

Este documento forma parte de la edición completa de la

COMPILACIÓN DE CRITERIOS DOCTRINALES

del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, cuyos contenidos engloban las siguientes materias:

I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

A. ASPECTOS GENERALES

- B. ÁMBITO SANITARIO
- C. ÁMBITO VIAL
- D. ÁMBITO LABORAL
- E. ÁMBITO ESCOLAR
- F. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE ACTIVIDADES MOLESTAS
- II. CONTRATOS Y CONCESIONES
- III. PROYECTOS DE REGLAMENTO O DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL
- IV. REVISIÓN DE OFICIO
- V. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Incorporamos en este compendio un prontuario con el contenido de los dictámenes y acuerdos más significativos sobre los aspectos jurídicos más controvertidos de los temas objeto de consulta preceptiva, que pudiera tener carácter orientativo para aquellos funcionarios sobre los que recae la responsabilidad de preparar y tramitar los expedientes que han de someterse, con tal carácter, al dictamen del Consejo; por más que puede ser, también, útil a cualquier interesado en conocer de modo sistemático nuestros criterios doctrinales.

Como no podía ser de otra manera, hemos de insistir en que su contenido no tiene carácter oficial ni fija una postura determinante sino meramente indicativa de cuál es la posición dominante o mayoritaria del Consejo, puede que a veces no única, en los dictámenes aprobados sobre los diferentes aspectos recogidos. Su utilización y seguimiento, en cada caso, es responsabilidad exclusiva del lector que en ningún supuesto deberá considerarse eximido de la lectura completa y contrastada de cada texto mencionado.

Por lo general, la mayor parte de los dictámenes y acuerdos citados en este documento pueden consultarse en la página web del Consejo, que ofrece una selección de los más relevantes a efectos doctrinales. Dada la frecuente actualización de los mismos, cualquier interesado en conocer alguno que pudiera no estar, actualmente, publicado podrá solicitarlo a través del correo institucional cemadrid@madrid.org.



I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN



A. ASPECTOS GENERALES

- 1. Prescripción del derecho a reclamar
 - 1. Consideraciones generales. Plazo
 - 2. Día inicial del plazo
 - 2.1. Actio nata
 - 2.2. Daños permanentes y continuados
 - 2.3. Resoluciones de incapacidad y minusvalía
 - 2.4. Daños por la anulación de actos o disposiciones administrativas
 - 3. Interrupción del plazo de prescripción
 - 3.1. Sustanciación de procesos penales
 - 3.2. Reclamaciones ante otra Administración o ante los órganos jurisdiccionales
 - 3.3. Reclamaciones extrajudiciales
 - 4. Interpretación restrictiva
- 2. Representación
 - 1. Introducción
 - 2. Falta de acreditación de la representación
 - 2.1. Acreditación mediante documentos privados
 - 2.2. Consecuencias de la falta de acreditación de la representación
 - 3. La representación de las comunidades de propietarios
 - 4. Representantes legales
 - 5. Criterio favorable (*pro actione*)
- 3. Requisitos generales de la responsabilidad
 - 1. Introducción
 - 2. El daño
 - 2.1 Caracteres y prueba del daño
 - 2.2. Daño emergente y lucro cesante
 - 2.3. Daños morales
 - 2.4. Daños permanentes y continuados
 - 3. Título de imputación. Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos
 - Relación de causalidad
 - 4.1. Requisitos
 - 4.2. Responsabilidad solidaria de Administraciones
 - 5. Factores de exoneración de responsabilidad
 - 5.1. Fuerza mayor y caso fortuito
 - 5.2. Intervención de la víctima o de un tercero
 - 6. Antijuridicidad del daño





4. Informes

- 1. Consideraciones generales
- 2. El informe del servicio causante del daño
- 3. El informe de la Inspección sanitaria

5. Prueba

- 1. Consideraciones generales
- 2. Carga de la prueba
- 3. Admisión e inadmisión de pruebas
- 4. Los distintos medios de prueba
 - 4.1. Documentos
 - 4.2. Testifical
 - 4.3. Pericial
 - 4.4. Presunciones
- 5. Valoración de la prueba

6. Responsabilidad del contratista

- 1. Introducción
 - 1.1. Normativa
 - 1.2. Doctrina
- 2. Contratos de obras y de concesión de obras públicas
- 3. Contrato de gestión de servicios públicos y de servicios
- 4. Contrato de suministro

7. Valoración del daño

- 1. Introducción
- 2. Criterios de valoración
 - 2.1. Aspectos generales
 - 2.2. Casuística
- 3. Momento de la valoración





1. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A RECLAMAR *

El derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración está sujeto al plazo de prescripción de un año, por lo que resulta esencial conocer el momento en que dicho plazo se inicia y las formas en las que se puede interrumpir su cómputo.

ÍNDICE

- 1. Consideraciones generales. Plazo
- 2. Día inicial del plazo
 - 2.1. Actio nata
 - 2.2. Daños permanentes y continuados
 - 2.3. Resoluciones de incapacidad y minusvalía
 - 2.4. Daños por la anulación de actos o disposiciones administrativas
- 3. Interrupción del plazo de prescripción
 - 3.1. Sustanciación de procesos penales
 - 3.2. Reclamaciones ante otra Administración o ante los órganos jurisdiccionales
 - 3.3. Reclamaciones extrajudiciales
- 4. Interpretación restrictiva

Dictámenes destacados: 439/11, 571/11, 726/11

1. Consideraciones generales. Plazo

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC, establece que el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho dañoso o de manifestarse su efecto lesivo. Cuando se trate de daños de carácter físico o psíquico, el plazo comenzará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, al igual que para la responsabilidad aquiliana establece el artículo 1968.2 del CC.

^{*} Elaborado por CARLOS YÁÑEZ DÍAZ, Letrado del Consejo Consultivo, basándose en el contenido de los dictámenes más significativos.





Como regla especial, el propio artículo 142 de la LRJ-PAC en su apartado 4°, establece que, tratándose de responsabilidad por la anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de actos o disposiciones, el plazo comenzará desde la resolución definitiva, no siendo de aplicación el apartado 5°. A su vez, el artículo 4 del RPRP precisa que el plazo se contará desde que la sentencia de anulación haya devenido firme.

Todos los dictámenes del Consejo analizan, antes de entrar en el fondo del asunto, si la reclamación se encuentra o no prescrita y son muy numerosos los que tratan problemas específicos relacionados con la prescripción del derecho.

En alguna ocasión -Dictamen 213/08, de 10 de diciembre-, se ha pretendido por algún reclamante entender que no era aplicable el citado plazo de un año por cuanto se estaría ejercitando una acción al amparo del artículo 1092 del CC, tratándose de una responsabilidad contractual por lo que sería de aplicación el plazo general de 15 años del artículo 1964 de dicho Código. El Consejo considera que, no existiendo sentencia penal condenatoria, la reclamación de responsabilidad a la Administración ha de seguir el plazo general de un año desde la sentencia absolutoria del proceso penal.

Tal y como recoge el citado dictamen «En principio, no existe duda de que si existe una sentencia condenatoria, se podría ejercitar la acción ex delicto, con un plazo de quince años. Pero, qué sucede si el proceso finaliza sin sentencia condenatoria, como ocurre en el presente caso al haberse declarado extinguida por prescripción la acción penal, o se sobresee el proceso por muerte del acusado, quien en su momento fue procesado pero que no pudo llegar a ser condenado al morir durante la tramitación del proceso, o bien finaliza el proceso penal por cualquier otra causa que no equivalga a una sentencia de condena. En estos casos, debe entenderse que no puede ejercitarse la acción "ex delicto", aunque suponga reducir el plazo de prescripción en 14 años. Y ello, porque solo cuando los hechos hayan sido declarados delictivos podrá aplicarse el art. 1092 del Código Civil, que es el que autoriza la aplicación de las normas civiles contenidas en el Código Penal, y solo así es posible apreciar el diferente plazo de prescripción.





De manera que si la acción aquiliana no hubiese prescrito cuando comenzó el proceso penal y este finalizó sin condena, volverá a comenzar el plazo de un año para que la acción de responsabilidad civil ex 1902 prescriba cuando gane firmeza la resolución que ponga término, definitiva o provisionalmente, a la causa criminal».

Cuando se trata de una reclamación planteada por una aseguradora en ejercicio del derecho de subrogación recogido en la Ley de Contrato de Seguro, el plazo el mismo que el del asegurado (dictámenes 74/10, de 17 de marzo y 209/13, de 22 de mayo).

2. Día inicial del plazo

El día inicial a partir del cual se debe computar el plazo de un año ha originado también numerosos problemas.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC, establece que la prescripción comienza desde el evento dañoso o desde que se manifieste su efecto lesivo y en el caso de daños de carácter físico o psíquico desde que se curen o se determine el alcance de las secuelas.

2.1. Actio nata

Son reiterados los dictámenes que afirman que también rige en este ámbito el principio de la *actio nata* (*actio nondum nata non praescribitur*) recogido en el artículo 1969 del CC, según el cual el plazo de prescripción comienza a correr desde que la acción pudo ejercitarse, es decir, cuando se conocieron los elementos que permitían su ejercicio, esencialmente el conocimiento del daño y de su ilegitimidad, así dictámenes 51/10, de 3 de marzo; 156/11, de 13 de abril y 439/11, de 27 de julio.

De esta forma, el Dictamen 282/09 de 20 de mayo consideró como *dies a quo*, no el diagnóstico sino la fecha de la factura al tener que ir a la sanidad privada, reclamándose los gastos originados en la misma. El Dictamen 219/08, de 17 de diciembre, entiende que hay que estar al momento en que se conocen los daños en un edificio y no a la declaración administrativa de ruina y el Dictamen 14/12, de 11 de enero, considera que en los daños causados por la





trasmisión de una finca hay que estar a la fecha de esa trasmisión, ya que: "El informe de la Dirección General de Coordinación Urbanística reconoce que no puede acreditar documentalmente la titularidad de dos fincas que también se comprenden en la reclamación: los números 10.263 y 13.058.

Sin embargo, como ha quedado expuesto en antecedentes, la reclamante transmitió estas dos fincas a terceros, la primera en escritura pública de 28 de septiembre de 2007 y la segunda en escritura pública de 14 de diciembre de 2006. Bien es cierto que, la reclamación sobre estas fincas se ciñe al periodo anterior a su transmisión, pero no es menos cierto que, por eso mismo, el daño producido sobre la mercantil en relación con estas fincas, habría terminado de producirse en el momento de transmisión de las mismas".

Un caso peculiar es el del Dictamen 130/13, de 10 de abril relativo a los daños atribuidos a radiaciones electromagnéticas producidas por un tendido eléctrico. Se considera prescrita tomando como *dies a quo* la fecha del informe que pretende establecer la relación de causalidad y no la fecha en la que los reclamantes alegan haberlo recibido al no existir ninguna prueba respecto a esta última fecha.

Igualmente el Dictamen 312/13, de 24 de julio considera que el plazo se computa desde la notificación del acto administrativo al que se imputa la causación del daño sin que la interposición de un recurso que se inadmite por extemporáneo permita tener como *dies a quo* el de esta última resolución.

2.2. Daños permanentes y daños continuados

El Tribunal Supremo ha venido recogiendo una consolidada doctrina en cuanto a la necesidad de distinguir entre los daños permanentes, aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota (en el sentido de producir sus efectos) en un momento concreto, resultando inalterable y permanente el resultado lesivo y son los daños continuados los que se producen día a día, de manera prolongada y sin solución de continuidad, siendo necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente sus consecuencias; por lo que el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos.





Esta distinción se recoge en numerosos dictámenes, aplicando esa doctrina en función de las circunstancias del caso. Podemos destacar los siguientes dictámenes:

- Dictamen 107/09, de 18 de febrero. Al estar pendiente el reclamante de la realización de una intervención quirúrgica, es un daño continuado.
- Dictamen 71/10, de 17 de marzo. Entiende que la falta de agua, es un daño continuado. Una fuga de agua seria un daño continuado pero una vez que se repara se convierte en permanente Dictamen 125/13, de 10 de abril.
- Dictamen 340/10, de 13 de octubre. Una situación en la que se superan los límites de ruido permitidos, se trata de un daño continuado.
- Dictamen 57/11, de 2 de marzo. Una intervención quirúrgica que requiere numerosos ingresos posteriores al alta, supone un daño continuado.
- Dictamen 259/11, de 25 de mayo. Al existir una secuela que procede de la patología base, se trata de un daño continuado.
- Dictamen 314/11, de 15 de junio. Considera la amputación de un miembro como un daño permanente e inalterable.
- Dictamen 726/11, de 21 de diciembre. Una enfermedad crónica sin que se acredite que se ha producido un agravamiento, sería un daño permanente.
- Dictamen 156/12, de 14 de marzo. Las raíces de unos árboles de titularidad municipal que causaban daño a los edificios colindantes, eran un supuesto de daño continuado, pero al ser talados por el Ayuntamiento, se convirtió desde ese momento en un daño permanente, comenzando entonces el plazo de prescripción.
- Dictamen 555/12, de 9 de octubre. La inacción de la Administración a la hora de aprobar unos instrumentos de planeamiento urbanístico es un supuesto de daño continuado.
- En el Dictamen 389/14, de 10 de septiembre se considera que en una reclamación por la "inactividad" de la Administración en el restablecimiento de





la legalidad urbanística cesa el daño con la finalización de las obras de ejecución sustitutoria ordenadas por la Administración.

- Dictamen 130/13, de 10 de abril. Considera que una leucemia es un daño continuado al indicar los informes médicos que la misma se encontraba "en remisión".
- Dictamen 204/13, de 22 de mayo. Los ruidos son un daño continuado hasta su cese.
- Dictamen 75/14, de 12 de febrero. Una situación de acoso laboral es un daño continuado si bien al cesar ese acoso (vgr. despido, traslado del personal, etc.) se convierte en permanente. Con frecuencia estas situaciones de acoso suponen verdaderos ilícitos ya sea penales o administrativos y por ello el Dictamen utiliza como diez a quo el fijado en sentencia penal.
- Dictámenes 174/14 y 175/14, de 30 de abril. Hepatitis C como supuesto típico de daño continuado por más que como afirma el Dictamen 175/14 las secuelas "tengan un alto grado de estabilización".
- Dictamen 260/14, de 11 de junio. Los daños derivados de la ocupación ilegal de un terreno cesan bien con el inicio del expediente expropiatorio o bien con el acta de ocupación.
- En los daños permanentes, se considera como *dies a quo* aquel en el que se conocen los daños. En el ámbito sanitario ello puede venir determinado por el alta médica (Dictamen 236/10, de 21 de julio); el alta laboral, si no se dispone de informes más precisos (Dictamen 170/10, de 23 de junio), o la fecha en que se diagnostica la enfermedad psiquiátrica (dictámenes 238/11, de 11 de mayo y 726/11, de 21 de diciembre), o se estabilizan sus efectos (dictámenes 368/11, de 6 de julio y 74/14, de 12 de febrero).

Los tratamientos posteriores tales como revisiones o aquellos que persigan mejorar la calidad de vida del paciente o evitar complicaciones no reabren el plazo de prescripción, como recoge el Dictamen 79/08, de 5 de noviembre con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007, según la cual "los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad





de vida o a evitar complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten".

En reclamaciones relativas a falta de detección durante el embarazo de malformaciones o enfermedades congénitas se atiende a la fecha en que se diagnostican que puede, o no, coincidir con el nacimiento (dictámenes 197/14, de 7 de mayo y 205/14, de 21 de mayo).

Frente a alguna jurisprudencia que considera lo contrario (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 (recurso 2244/2011), el Dictamen 313/10, de 29 de septiembre, fija como *dies a quo* la terminación del tratamiento rehabilitador.

2.3. Resoluciones de incapacidad o minusvalía

Son numerosos los dictámenes que rechazan como *dies a quo* el de la fecha de la resolución administrativa o judicial de minusvalía o incapacidad laboral, por cuanto esa resolución no hace sino constatar una realidad previa, así dictámenes 403/10, de 24 de noviembre; 63/11, de 2 de marzo; 90/11, de 16 de marzo; 153/11, de 13 de abril; 351/11, de 29 de junio; 364/11, de 29 de junio; 716/11, de 14 de diciembre, 237/12, de 18 de abril, 90/13, de 13 de marzo y los más recientes 19/14, de 8 de enero y 300/14, de 1 de julio.

Como recoge este último: "Es doctrina de este órgano consultivo (valga por todos la mención del dictamen 90/11, de 16 de marzo) que la declaración de incapacidad no constituye el dies a quo para el inicio del cómputo del plazo para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que dicha declaración, no es sino un reconocimiento a efectos laborales de una situación que ya existía con anterioridad, por lo que, las declaraciones de incapacidad o invalidez no pueden equipararse a la determinación del alcance de las secuelas".

No obstante, en algún caso dudoso, se ha tenido en cuenta para concluir que, incluso acudiendo a esa fecha, la reclamación estaría prescrita, así dictámenes 112/08, de 19 de noviembre; 250/11, de 18 de mayo y 372/11, de 6 de julio.





2.4. Daños por la anulación de actos o disposiciones administrativas

El Consejo ha establecido- siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la sentencia de 25 de enero de 2000, Miragall Escolano y otros c. España, declaró que se había vulnerado el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al considerar una interpretación particularmente rigurosa la efectuada por los tribunales internos, en el sentido de fijar como día inicial del plazo para reclamar responsabilidad, el de la fecha de la sentencia y no el día de su notificación- que hay que estar a la fecha en que se notifica la sentencia al reclamante o este conoce el contenido de la sentencia (si no ha sido parte en el proceso), así dictámenes 14/08, de 15 de octubre; 238/09, de 6 de mayo; 450/09, de 23 de septiembre; 520/09, de 23 de septiembre; 580/10, de 30 de junio; 252/10, de 28 de julio; 299/10, de 22 de septiembre; 571/11, de 19 de octubre y 286/12, de 9 de mayo.

El Dictamen 383/09, de 1 de julio considera que hay que estar, no a la fecha de la sentencia sino a la del conocimiento de los daños, por lo que, el plazo comenzará a correr con la demolición del edificio. Como recoge el Dictamen: "Sin necesidad de entrar en mayores razonamientos, dado que, como veremos más adelante al tratar del fondo de la reclamación, la demolición de la edificación realizada no ha tenido lugar a fecha de hoy, aún no está cerrado el plazo de prescripción, que, como se ha dicho, en aplicación de la teoría de la actio nata, recogida en el artículo 1969 del Código Civil, no empezará a correr sino desde el momento en que el daño por el que se reclama sea efectivo, lo que tendrá lugar a partir del momento de la demolición. En definitiva, la acción para reclamar no se encuentra prescrita".

En el mismo sentido el Dictamen 531/09, de 9 de diciembre: «En esta línea, es necesario distinguir entre aquellos supuestos en que la sentencia suponga la finalización del perjuicio, de aquellas otras en que la misma exija una actuación de la Administración para terminar con el daño, entendiendo que solo para el primer caso, el plazo de prescripción debe contarse desde la firmeza de la sentencia, mientras que para el segundo, fija el comienzo del plazo prescriptivo en la terminación del perjuicio. Esta interpretación guarda una cierta correspondencia con la doctrina jurisprudencial que declara que "no cabe



atender sin más, al hecho motivador como punto inicial del plazo –de prescripción–, sino que este empieza a correr desde que se estabilizan los efectos lesivos en el patrimonio del declarante, que es cuando hay conocimiento del mismo para valorar su extensión y alcance".

Teniendo en cuenta la expuesta posición jurisprudencial en cuanto al cómputo del plazo de prescripción que nos ocupa, el dies «a quo» para el inicio del cómputo de la prescripción para la concreta acción ejercitada, no puede ser la fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo revocando la medida cautelar de suspensión, sino el 23 de abril de 2008, fecha del cierre del establecimiento».

En el Dictamen 6/13, de 20 de marzo, se considera que, al reclamarse los daños derivados del retraso en la concesión de una licencia urbanística, el *dies a quo* ha de ser el de la notificación de su concesión y no el de la sentencia anulatoria de la resolución administrativa que la denegó inicialmente. Si se desconoce la fecha de la notificación el Dictamen 3/14, de 8 de enero, acude a la fecha más favorable para la reclamante.

En los casos de responsabilidad patrimonial derivada de la declaración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la vulneración por las autoridades españoles del derecho comunitario, el Consejo considera que ha de estarse a la fecha de publicación de la sentencia en el Diario Oficial (dictámenes 571/11, de 19 de octubre y 414/13, de 25 de septiembre). Este criterio se confirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014 (recurso 458/2012) según la cual "Esa cuestión del cómputo del citado plazo, se rige por una jurisprudencia de este Tribunal de sobra conocida que complementa aquel artículo 142.5 señalando, en lo que ahora es de interés: Que en casos como el de autos, su día inicial es el de la publicación de la sentencia del TJUE en el DOUE (por tanto, el 26 de noviembre de 2005 en el que enjuiciamos), pues es esa publicación la que permite por vez primera tener conocimiento pleno de los elementos de hecho y de derecho que integran la pretensión indemnizatoria, haciendo jurídicamente posible el ejercicio de la acción (por todas, sentencia de 9 de octubre de 2012, dictada en el recurso 520/2011, y las que cita, que aplican la conocida teoría denominada de la "actio nata").





3. Interrupción del plazo de prescripción

Al ser un plazo de prescripción y no de caducidad, es susceptible de poder ser interrumpido conforme establece el artículo 1973 del CC.

Como principales supuestos de interrupción del plazo de prescripción se pueden considerar los siguientes:

3.1. Sustanciación de procesos penales

Si bien el artículo 146 de la LRJ-PAC establece que los procesos penales que se sustancien contra el personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderán los procedimientos de responsabilidad patrimonial salvo que la determinación de los hechos en el proceso penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, la sustanciación del proceso penal interrumpe el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad.

En este sentido, los dictámenes 179/08, de 3 de diciembre (incluso aunque el proceso penal se hubiera seguido contra el reclamante como acusado); 104/09, de 18 de febrero y 175/13, de 30 de abril (aun cuando el Ayuntamiento no hubiera sido parte ni siquiera como responsable civil); 21/10, de 27 de enero; 42/10, de 17 de febrero; 113/11, de 30 de marzo; 105/12, de 22 de febrero.

Recuerda este último que: "En relación a la existencia de actuaciones penales y su posible eficacia interruptiva sobre los procedimientos de responsabilidad patrimonial, es preciso traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo (valga por todas las Sentencias, 18 de enero de 2006 (recurso 6074/2001), 23 de enero de 2001, recurso 7725/1996, y 16 de mayo de 2002, recurso 7591/2000) que admite la interrupción del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos de existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, en aplicación del principio de actio nata - conforme al cual la acción solo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-, de tal suerte, que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o





del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 LRJ-PAC".

El Dictamen 216/13, de 29 de mayo, considera que la existencia de diligencias penales cuyo estado procesal se desconoce y respecto de las cuales el instructor no efectúa ninguna actuación para conocer su estado hacen que deba entenderse que está interrumpido el plazo de prescripción.

En el Dictamen 391/13, de 18 de septiembre, se afirma que la interrupción también se produce en los casos que "(...) incoada causa penal, los reclamantes bien pudieron entender, con toda razón, no iniciado o interrumpido el plazo de prescripción del derecho a reclamar. Así lo entiende también la Administración consultante, que no alega la prescripción del derecho a reclamar, sin que este Consejo pueda reprochar jurídicamente la falta de esa alegación".

El citado dictamen considera que en ese supuesto de hecho (hipoxia causada en el parto) más que a la distinción entre daños permanentes y continuados, es preciso hacer "(...) una atinada interpretación del elemento legal, que no es otro que la estabilización de las secuelas" sin que el diagnóstico de una encefalopatía hipóxico-isquémica equivalga a "un conocimiento adecuado de las secuelas que puedan considerarse estable, aunque con variaciones accesorias derivadas de la rehabilitación, la medicación y la misma constitución del paciente", citando en apoyo de dicha tesis el Dictamen 601/12, de 31 de octubre.

A dicho dictamen se formuló voto particular que considera que la función consultiva que corresponde al Consejo consiste precisamente en advertir a la Administración consultante de la extemporaneidad de la reclamación sin que en el ámbito del derecho público se pueda renunciar a la prescripción ganada a diferencia del derecho privado.

Establecido lo anterior, considera el voto particular que el procedimiento penal se inició tres años después del primer reconocimiento y cuatro desde el nacimiento en el que ya se recogía el diagnóstico. Partiendo de este hecho y de numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo así como dictámenes del propio





Consejo Consultivo que consideran los daños neurológicos causados por hipoxia en el parto como un supuesto de daño permanente sin compartir el antecedente del Dictamen 601/12 ya que considera que son supuestos distintos.

En estos casos, se está a la fecha de notificación de la resolución que ponga fin a las actuaciones penales o a la fecha de la resolución si no se conoce la de la notificación (Dictamen 632/13, de 26 de diciembre).

El Dictamen 395/14, de 17 de septiembre, atribuye al reclamante que alega la existencia de actuaciones penales la prueba de las mismas.

3.2. Reclamación ante otra Administración o ante los órganos jurisdiccionales

El Consejo ha admitido la interrupción de la prescripción, bien por acudir a los tribunales contencioso administrativos (dictámenes 48/10, de 24 de febrero; 230/10, de 21 de julio; 294/11, de 8 de junio), bien por acudir a otras jurisdicciones si no resultaba una actuación irrazonable, así por ejemplo, la jurisdicción civil (dictámenes 158/09, de 18 de marzo, 73/12, de 8 de febrero y 415/13, de 25 de septiembre) o la social (Dictamen 53/09, de 2 de diciembre).

Así el Dictamen 73/12 considera que «Por tanto, la reclamación formulada ante la vía civil no puede calificarse como "manifiestamente inadecuada" y, en consecuencia, el cruce de cartas entre la reclamante y el Canal de Isabel II en junio, julio, septiembre y noviembre de 2004 y octubre de 2005, así como la demanda interpuesta contra el Canal de Isabel II en mayo de 2006 en vía civil, interrumpieron la prescripción. Así lo entiende el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de diciembre de 2004 (recurso de casación nº 2117/2001) en la que considera que, si la acción ejercitada no es manifiestamente inadecuada, si produce el efecto de interrumpir la prescripción al declarar lo siguiente: "... en el supuesto aquí examinado la acción ejercitada no puede estimarse manifiestamente inadecuada, dado que guarda una relación razonable con el objeto de la reclamación y las circunstancias de la misma, puesto que, los efectos sobre los que se proyectaba la demanda estaban depositados a cargo del Ayuntamiento, y la acción se encaminaba a hacer efectiva la responsabilidad del depositario, debe considerarse que la demanda civil produjo





interruptivo de la acción de responsabilidad patrimonial efecto administrativa. No podemos aceptar, en consecuencia, la alegación, genéricamente formulada por el Ayuntamiento y que la Sala de instancia acoge, de haber transcurrido sobrada y manifiestamente el plazo prescriptivo del año, pues para ello hubiera sido necesario que se acreditase de modo concreto -teniendo en cuenta la doctrina de esta Sala sobre la interrupción de la prescripción—, el transcurso del referido plazo entre dos fechas determinadas demostrativas de una inactividad del recurrente, que un examen del expediente administrativo y de la prueba practicada, acreditativa de la existencia de constantes reclamaciones y del sucesivo ejercicio de acciones jurisdiccionales por parte de aquel encaminadas a hacer valer sus derechos, ciertamente por sí mismo, no revela».

Obviamente, la realización de actuaciones judiciales cuando el plazo ya había prescrito, no hace renacer el plazo (dictámenes 58/10, de 3 de marzo y 40/13, de 6 de febrero).

Un supuesto de reclamación judicial irrazonable que no interrumpe el plazo lo constituye la interposición de un recurso contencioso que fue inadmitido por no existir actividad administrativa impugnable conforme (Dictamen 353/14, de 3 de septiembre).

También se ha considerado que interrumpía la prescripción, la reclamación ante otra Administración. Así, con cierta frecuencia, en materia de suministro de agua y alcantarillado entre entidades locales y el Canal de Isabel II (dictámenes 354/09, de 10 de junio; 51/10, de 3 de marzo; 45/11, de 16 de febrero; 422/11, de 19 de julio).

Según este último dictamen: "Es indudable que la reclamación ejercitada ante el Canal de Isabel II, revela la voluntad de la reclamante de exigir el resarcimiento de los daños sufridos, sin que, del hecho de que la hubiera deducido incorrectamente frente al Canal de Isabel II, pueda derivarse un perjuicio para el interesado en cuanto a la extemporaneidad de la acción, por cuanto que, no puede hacerse recaer sobre el reclamante la determinación de la competencia sobre el elemento dañino.





En este sentido se ha pronunciado este Consejo Consultivo en el Dictamen 354/09, de 10 de junio de 2009. Asimismo, puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 166/2007, de 28 de febrero (...)".

Interrumpe también el plazo, la reclamación presentada ante otra Comunidad Autónoma en la que también se reclamaba a la Comunidad de Madrid (Dictamen 76/12, de 8 de febrero), la reclamación ante la Administración General del Estado, que inadmite la petición por haberse transferido la competencia a la Comunidad Autónoma (dictámenes 222/08, de 17 de diciembre y 172/13, de 30 de abril) o la reclamación a una Administración en materias en las que ejercen competencias concurrentes como el Dictamen 157/14, de 3 de abril, por los daños causados por un mantenimiento deficiente de un centro escolar.

En el Dictamen 337/14, de 30 de julio, se contempla la interrupción de la reclamación por la interposición de la reclamación ante una Administración que la remite a un órgano constitucional (Congreso de los Diputados).

3.3. Reclamaciones extrajudiciales

Tal y como recoge el artículo 1973 del CC, también se interrumpe el plazo por la reclamación extrajudicial. Así se ha admitido la interrupción por la reclamación de reembolso de gastos sanitarios (Dictamen 48/11, de 23 de febrero); por la celebración de un acto de conciliación (Dictamen 149/08, de 26 de noviembre); por un burofax (dictámenes 158/09, de 18 de marzo y 654/11, de 23 de noviembre); la reclamación ante el Servicio de Atención al Paciente (Dictamen 459/11, de 21 de julio), o la reclamación a la compañía aseguradora de la Administración (Dictamen 87/10, de 7 de abril), si bien, el ofrecimiento de pago por esta no interrumpe el plazo (Dictamen 243/11, de 18 de mayo).

Tampoco se atribuye efecto interruptivo a un burofax que se limita a solicitar un acuerdo (Dictamen 83/08, de 5 de noviembre); a la solicitud de información manuscrita y sin sello de registro (Dictamen 457/11, de 21 de julio), ni a la solicitud de modificación de un plan urbanístico (Dictamen 461/09, de 23 de septiembre).





El Dictamen 327/14, de 23 de julio, recoge los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que los telegramas interrumpan la prescripción. En concreto se cita la sentencia de 22 de enero de 2013 que exige que el telegrama contenga los elementos precisos para propiciar una reacción de la Administración, es decir, cuando se informe del lugar, momento y circunstancias en que se produjo el daño, así como la identidad del perjudicado y la entidad y alcance de los daños.

4. Interpretación restrictiva

La Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo viene manteniendo una reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de entender que "(...) la prescripción, es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, por ello, su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva" (sentencia de 19 de diciembre de 2001 (recurso 2667/1997)).

Este criterio ha sido igualmente aceptado por la Sala 3ª, respecto del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración, en sentencias como la de 16 de noviembre de 2011 (recurso 4522/2009) y 17 de julio de 2012 (recurso 4152/2012), conectando esta interpretación restrictiva con el principio *pro actione*, así sentencia de 25 de abril de 2005 (recurso 6096/2001).

En línea con esta jurisprudencia, el Consejo Consultivo mantiene un criterio decidido respecto a que, todo caso en el que la aplicación de la prescripción genere dudas debe resolverse en el sentido de considerar no prescrito el derecho a reclamar, así los dictámenes 571/11, de 19 de octubre; 601/11, de 2 de noviembre, 689/11, de 7 de diciembre y 703/11, de 7 de diciembre.

En concreto, en el Dictamen 557/12, de 9 de octubre no se consideró prescrito el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, pese a que un escrito presentado en plazo en el registro de un Ayuntamiento que no había suscrito el convenio previsto en el artículo 38.4 b)





de la LRJ-PAC, tuvo entrada en el registro autonómico un mes después de expirado el plazo de prescripción.

Entiende el citado dictamen que: «Este criterio no puede ser compartido por el Consejo Consultivo ya que, si bien en la fecha de presentación de la reclamación el Ayuntamiento de Fuenlabrada aún no había suscrito el oportuno convenio, -ya que el Convenio Marco para la implantación de una Red de Oficinas Integradas de Atención al Ciudadano entre el Estado y la Comunidad de Madrid se suscribió el 15 de noviembre de 2007 y la adhesión del Ayuntamiento de Fuenlabrada no se publicó hasta el 17 de abril de 2008 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 91) fecha a partir de la cual han de entenderse vigentes las obligaciones de las Administraciones intervinientes y las entidades locales adheridas, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula décima del Convenio, y aunque la posibilidad de presentar escritos dirigidos a cualquiera de las Administraciones en los registros de los ayuntamientos de los municipios de gran población, no se reguló hasta la actual redacción del artículo 38.4b) LRJ-PAC realizada por el artículo 27.1 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, el cual, obviamente, no estaba en vigor en el momento de presentarse la reclamación-, no es menos cierto que hay argumentos razonables para entender que no hay prescripción, y que debe protegerse la posición jurídica del ciudadano, así el principio pro actione o de prohibición de la interpretación contra cives, juega aquí a favor de sostener la interpretación más favorable a la subsistencia de la acción, máxime cuando se trata de acciones personales. En apoyo de la interpretación a favor de considerar la reclamación en plazo, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 (recurso de casación nº 378/2008) que expresa en su FD tercero: "En el motivo segundo se alega vulneración de los artículos 24.1 de la Constitución, 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 38.4b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, por ser contraria a dichos preceptos la decisión de inadmitir el recurso de reposición por extemporáneo, habida cuenta de que dicho recurso se presentó dentro del plazo legal ante la Administración municipal, que lo aceptó y procedió a remitirlo a la Administración autonómica sobre presentación de escritos. El



motivo debe estimarse por las mismas razones que expusimos, para un supuesto similar, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2008 (casación 1093/2007), en la que también examinábamos una sentencia de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Al igual que dijimos entonces, no podemos compartir la interpretación dada por la Sala de instancia a lo dispuesto en el artículo 38.4b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues de ella se deriva un resultado contrario al principio de proporcionalidad que debe estar presente en la aplicación de los requisitos procesales y, en definitiva, incompatible con el principio pro actione que ha de presidir la resolución de la controversia cuando está en juego el acceso a la jurisdicción"».

En el Dictamen 601/12, de 31 de octubre, se mantiene una postura favorable a considerar que no ha prescrito el derecho a reclamar en el caso de un menor afectado por una encefalopatía hipóxica, frente al criterio de algunas sentencias del Tribunal Supremo como las de 18 de enero de 2008 (recurso 4224/2002) y 29 de noviembre de 2011 (recurso 4647/2009), ya que se considera que existía incertidumbre sobre la evolución del menor. A este respecto téngase en cuenta, como hemos puesto de relieve anteriormente en el apartado 3.1, la distinta valoración que de este dictamen efectúan el Dictamen 397/13 y el voto particular al mismo.



2. REPRESENTACIÓN *

La actuación ante la Administración se puede realizar por el propio interesado o por otra persona en nombre de este, dando lugar a distintos problemas a la hora de acreditar esa representación.

ÍNDICE

- 1. Introducción
- 2. Falta de acreditación de la representación
 - 2.1. Acreditación mediante documentos privados
 - 2.2. Consecuencias de la falta de acreditación de la representación
- 3. La representación de las comunidades de propietarios
- 4. Representantes legales
- 5. Criterio favorable (pro actione)

Dictámenes destacados: 570/12, 641/11, 156/12, 298/13

1. Introducción

El artículo 32 de la LRJ-PAC establece que los interesados con capacidad de obrar pueden actuar por medio de representante, distinguiendo dos tipos de actuaciones.

De un lado, para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Por el contrario, para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá la representación (artículo 32.3 de la LRJ-PAC).

^{*} Elaborado por CARLOS YÁÑEZ DÍAZ, Letrado del Consejo Consultivo, basándose en el contenido de los dictámenes más significativos.





En los casos de falta o insuficiente acreditación de la representación, ello no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto en el plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior si las circunstancias del caso lo requieren (artículo 32.4 de la LRJ-PAC).

En los procedimientos de responsabilidad patrimonial se han planteado con frecuencia problemas al respecto, tanto por la falta de acreditación de la representación, como por la acreditación mediante mecanismos que no cumplen las exigencias legales.

2. Falta de acreditación de la representación

En primer lugar, debe destacarse que, con frecuencia, no se acredita en forma alguna la representación en el escrito de iniciación del procedimiento y, pese a ello, la Administración tramita el expediente sin hacer ningún requerimiento para subsanar ese defecto.

El Consejo ha reiterado en numerosos dictámenes la necesidad de que se requiera la subsanación de ese defecto, si bien, con carácter general y habida cuenta que la Administración ha continuado la tramitación del procedimiento, el Consejo entra en el fondo del asunto aunque advirtiendo de la necesidad de que se acredite correctamente la representación. En este sentido, los dictámenes 354/10, de 20 de octubre; 462/10, de 22 de octubre; 364/11, de 29 de junio ,643/11, de 16 de noviembre, 73/14, de 13 de febrero y 103/14, de 12 de marzo.

Según este último: «Resulta del expediente que, ante la falta de acreditación de la representación, la Administración no ha requerido a la interesada para su subsanación, como debería haber hecho al amparo de lo dispuesto en el artículo 32.4 de la LRJ-PAC. "La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días, que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior, cuando las circunstancias del caso así lo requieran". En el presente





expediente, el instructor ha dado por suficiente la representación, ya que ha dictado la propuesta de resolución entrando en el fondo de la reclamación.

En anteriores dictámenes de este Consejo (así por ejemplo en el Dictamen 406/11), advertido el defecto de representación, nuestro órgano ha entrado en el fondo del asunto, cuando el instructor así lo ha hecho.

En el presente expediente, por las razones que expondremos en la consideración siguiente, no procede entrar en el examen del fondo del asunto, por lo que, resultaría oportuno que se acordara la retroacción del procedimiento para que el instructor requiera la subsanación del defecto de representación al amparo de lo establecido en el artículo 32.4 de la LRJ-PAC, con la advertencia a la reclamante de que el efecto de la no acreditación de la representación no es otro que, considerarle desistida en su reclamación».

En ciertos casos se ha hecho un especial hincapié en la necesidad de que se acredite la representación, debiendo la Administración proceder a requerir al reclamante. Así el Dictamen 148/11, de 13 de abril; el Dictamen 15/11, de 26 de enero, en el que, al proponerse la estimación, se recuerda a la Administración que, para que el pago sea liberatorio, conforme el artículo 1162 del CC, debe pagarse al representante previa acreditación de su condición, o el Dictamen 39/11, de 16 de febrero, en el que la abogada, sin acreditar la representación de su cliente, efectúa una sustancial rebaja de la indemnización solicitada inicialmente, que es aceptada por la Administración.

No obstante, en el Dictamen 163/10, de 16 de junio, los graves defectos que se apreciaron en la acreditación de la representación de una letrada, que no acreditaba ni la representación del reclamante, ni de una compañía aseguradora, determinaron, que se propusiese a la Administración la retroacción del procedimiento.

Si la Administración reclama la subsanación y el interesado no cumple el requerimiento, el Dictamen 354/14, de 3 de septiembre, considera que procede la desestimación.





2.1. Acreditación mediante documentos privados

Otro supuesto muy frecuente consiste en la acreditación de la representación mediante un documento privado. Si bien es cierto que, en el ámbito privado, el artículo 1710 del CC establece que el mandato puede ser expreso o tácito, y que el expreso puede otorgarse en documento público o privado, y aún de palabra, en el ámbito del procedimiento administrativo, el artículo 32 de la LRJ-PAC es muy explícito al exigir la acreditación de la representación.

Así, el Consejo ha señalado reiteradamente que los documentos privados no cumplen el requisito de "fehaciencia" impuesto por la normativa de procedimiento administrativo, pudiendo citarse, entre otros muchos dictámenes 354/09, de 10 de junio y 264/14, de 11 de junio (pese a que la Administración había solicitado un mero documento privado).

Los dictámenes suelen citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 1 abril de 2004, JUR\2005\3060, confirmando una resolución administrativa en la que no se admitía la representación otorgada a un abogado mediante documento privado, según la cual: "El adjetivo fidedigna, significa para la Real Academia Española de la Lengua, digno de fe y de crédito. Como la propia sentencia indica, los documentos privados solo producen efectos entre las partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil, pero no respecto de terceros, como es la Administración. Pero es que, además el precepto no es sino una garantía de los ciudadanos, evitando así la legislación, la posibilidad de que sean sorprendidos por el ejercicio ajeno de sus propias acciones".

Esta defectuosa acreditación de la representación, en ocasiones es, incluso promovida por la Administración que, en los requerimientos que efectúa para que se acredite, indica expresamente que bastaría documento privado, práctica que es rechazada rotundamente por el Consejo en diversas ocasiones, así los dictámenes 86/10, de 24 de marzo; 296/10, de 22 de septiembre o 714/11, de 14 de diciembre. Indica este último que: "Sin embargo, la Administración, no solo da por válido dicho documento, sino que, en su escrito de requerimiento admitía como acreditativo de la representación, la autorización manuscrita, sin





necesidad de ningún otro requisito más. En consecuencia, como ya se indicó en el Dictamen 296/10, resulta de aplicación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1997 (recurso número 4333/1991) según la cual, si la Administración que debió exigir la acreditación en forma de poder, no lo hace, no puede desprenderse de ello ningún vicio anulatorio de la resolución dictada en dicho recurso. Ello, sin perjuicio de la conveniencia de que por el/la representante de los reclamantes se acredite debidamente su representación".

Es más, en ocasiones, la Administración no solicita la subsanación de este defecto pese a haberse acordado la retroacción advirtiendo expresamente de este defecto en el dictamen que acordó la retroacción (Dictamen 532/13, de 6 de noviembre en relación con el Dictamen 462/12, de 26 de julio), actitud que choca frontalmente con los principios de legalidad y eficacia que deben presidir la actuación de las Administraciones Públicas.

2.2. Consecuencias de la falta de acreditación de la representación

El Consejo ha señalado que la no acreditación de la representación tras el requerimiento efectuado por la Administración conlleva el tener al reclamante por desistido y no la caducidad del procedimiento, así Dictamen 211/09, de 29 de abril. Igualmente ha destacado la necesidad de advertir de esa consecuencia al reclamante, en este sentido el Dictamen 386/11, de 13 de julio.

3. La representación de las comunidades de propietarios

Un supuesto particular lo constituyen las comunidades de propietarios, en las que el artículo 13 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, atribuye la representación al presidente. En aplicación de esa norma el Consejo ha rechazado reiteradamente, el que los secretarios o los administradores puedan formular reclamaciones de responsabilidad patrimonial, así dictámenes 487/09, de 14 de octubre; 149/10, de 9 de junio; 156/12, de 14 de marzo y 141/14, de 2 de abril, si bien, se ha admitido su subsanación si se aportaba posteriormente documentación firmada tanto por el secretario, como por el presidente, dictámenes 286/11, de 1 de junio y 397/11, de 13 de julio.





En el mismo ámbito, el Dictamen 123/11, de 30 de marzo, recogió el que una asociación vecinal no puede atribuirse la representación de las comunidades de propietarios que la integran.

En el Dictamen 38/13, de 6 de febrero, se recoge la posibilidad de que el presidente de la comunidad interponga reclamaciones respecto de elementos privativos tal y como admite la jurisprudencia civil -sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 15 de abril de 2004 (recurso 82/1998).

4. Representantes legales

En el caso de representantes legales, como es el caso de los padres que, conforme el artículo 162 del CC, ostentan la representación legal de los hijos menores de edad, el Consejo exige que se acredite la filiación mediante fotocopia del Libro de Familia¹, así dictámenes 69/08, de 5 de noviembre; 468/09, de 30 de septiembre; 610/11, de 2 de noviembre y 641/11, de 16 de noviembre y 173/14, de 23 de abril.

Ahora bien, tratándose de mayores de edad con capacidad de obrar, las relaciones de parentesco no permiten atribuir la representación por más que se confiera mediante documento privado, dictámenes 254/09, de 13 de mayo; 441/10, de 15 de diciembre; 461/10, de 22 de diciembre y 706/11, de 7 de diciembre.

Las particularidades de la capacidad de obrar en el procedimiento administrativo se tienen en cuenta en el Dictamen 489/12, de 5 de septiembre, en el que se reconoce capacidad para interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial a una chica de 17 años, a la luz del artículo 30 LR-PAC y de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la

Téngase en cuenta que la disposición transitoria 3ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil estableció que, desde la entrada en vigor de la citada ley (que conforme la disposición final 10ª se produciría a los tres años de su publicación, lo que tuvo lugar, el 22 de julio de 2014) no se expedirán más Libros de Familia, si bien los expedidos con anterioridad, mantendrán los efectos que recogía la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957.





autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Como es obvio, a la luz del artículo 71 del CC, el Consejo ha rechazado que un cónyuge pretenda actuar en representación del otro sin que esa facultad le haya sido expresamente conferida, así dictámenes 378/09, de 24 de junio y 668/11, de 30 de noviembre.

No obstante el Consejo, en atención a las circunstancias del caso, admitió en el Dictamen 215/10, de 14 de julio, que los familiares actuaran en representación de una persona mayor de edad pero que no podía valerse por sí misma, considerando a los familiares como guardadores de hecho.

En las comunidades hereditarias no se admite la representación mediante la aportación únicamente del certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, por cuanto no acredita la condición de heredero — Dictamen 494/09, de 21 de octubre.

5. Criterio favorable (pro actione)

En cualquier caso, el Consejo se muestra favorable a aplicar el principio *pro actione* siempre que, de cualquier forma, resulte acreditada fehacientemente la representación. Así, ha admitido la reclamación interpuesta por una persona sin poder suficiente pero a la que se otorga poder con posterioridad –Dictamen 92/08, de 12 de noviembre-, entendiendo que el apoderamiento convalida lo ya realizado; se ha considerado que la admisión de la actuación de un apoderado que ha aportado un poder incompleto, subsanaría ese defecto –Dictamen 105/08, de 19 de noviembre- o la confirmación posterior de lo actuado por parte del interesado –dictámenes 148/10, de 9 de junio, 492/10, de 29 de diciembre y 73/14, de 12 de febrero.

Incluso en un supuesto, el Consejo entendió que el representante de una mercantil ostentaba el poder de representar, al comprobar en otro expediente que el mismo estaba apoderado por la sociedad —Dictamen 386/11, de 13 de julio.



3. REQUISITOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD *

- 1. Introducción
- 2. El daño
 - 2.1 Caracteres y prueba del daño
 - 2.2. Daño emergente y lucro cesante
 - 2.3. Daños morales
 - 2.4 Daños permanentes y continuados
- 3. Título de imputación. Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos
- 4. Relación de causalidad
 - 4.1. Requisitos
 - 4.2. Responsabilidad solidaria de Administraciones
- 5. Factores de exoneración de responsabilidad
 - 5.1. Fuerza mayor y caso fortuito
 - 5.2. Intervención de la víctima o de un tercero
- 6. Antijuridicidad del daño

Dictámenes destacados: 535/09, 255/10, 464/10, 171/11, 207/11, 236/11, 14/12, 40/12, 93/12, 330/12

1. Introducción

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución Española al establecer que: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

El desarrollo legal de la previsión constitucional se contiene, primariamente, en la LRJ-PAC. En particular, su artículo 139, en su apartado 2, introduce la exigencia de que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.



^{*} Elaborado por EDUARDO PFLUEGER TEJERO, Letrado del Consejo Consultivo, basándose en el contenido de los dictámenes más significativos...



Igualmente hay que tener el cuenta el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Sobre esta base legal, la doctrina del Consejo Consultivo recoge un consolidado criterio jurisprudencial respecto de la concurrencia de los requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial, jurisprudencia que constituye el pórtico jurídico del análisis de los asuntos que sobre esta materia se someten al Consejo.

En síntesis en el Dictamen 171/11 este Consejo ha recogido esta doctrina que se mantiene, entre otros muchos en los dictámenes 248/11, 765/11 y 41/12, y hemos considerado que:

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

- 1°) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2°) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.
- 3°) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.





4°) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido".

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos: "(...) esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite





extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente".

De este modo es necesario analizar en cada asunto sometido a dictamen si concurren cumulativamente los requisitos que la jurisprudencia ha desarrollado en sus resoluciones judiciales para que se pueda apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En los epígrafes siguientes examinaremos a la luz de la doctrina del Consejo plasmada en diversos dictámenes, los elementos esenciales de cada uno de los requisitos expuestos.

Así, en primer lugar, conforme los hechos de cada asunto sometido a consulta se dilucida si ha existido un daño real, es decir una lesión efectiva evaluable económicamente, pues no todo acto desfavorable implica un derecho indemnizatorio. Así acontece por ejemplo, respecto de la necesidad de acreditar los perjuicios derivados de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños en viviendas o locales, los daños morales, o la realidad y determinación concreta de las secuelas en materia de asistencia sanitaria, entre otros muchos supuestos.

Consustancial a la realidad del daño es su antijuridicidad, de modo que el particular no tenga el deber de soportarlo. El examen de éste requisito en los diversos asuntos hace referencia a materias tales como los desperfectos en las vías públicas que provocan caídas o accidentes y que según su entidad o características pueden ser o no antijurídicos; los supuestos de reclamaciones por mala praxis médica en las que debe igualmente examinarse si el daño debió ser





soportado por el particular, al haberse actuado conforme la *lex artis*, o por ser un riesgo asumido en la asistencia sanitaria como en el caso de virus hospitalarios; o los supuestos de actos anulados, ya se ejerzan potestades discrecionales o no discrecionales, en los que se considera la actuación de la Administración como razonada y razonable por lo que el daño no es antijurídico.

Junto a la realidad del daño y la antijuricidad se exige la imputabilidad, es decir, que la acción u omisión administrativa entre en su esfera de actividad, entendida ésta en un sentido amplio. La Administración responde de sus acciones u omisiones propias, con lo que no se le puede imputar responsabilidad cuando el daño se ha producido por un elemento distinto a la misma, lo que se examina esencialmente en los supuestos de actividad contractual de la Administración cuando no ejerce potestades públicas, o cuando no puede atribuirse a dicha Administración la conducta del agente.

Por último debe existir un nexo causal, directo y objetivo, entre la acción u omisión administrativa y el daño que se produce. La distinta casuística que los dictámenes del Consejo analizan a este respecto se refiere a si las lesiones o secuelas físicas tuvieron su causa en la asistencia sanitaria, si la rotura de tuberías o colectores fueron la causa de los daños en la propiedad del interesado, si el accidente se produjo por el mal estado del pavimento o señalización, etc.

Junto a ello examinaremos también las distintas causas de exoneración de responsabilidad que pueden darse aún concurriendo los requisitos expuestos. Así, la fuerza mayor, el caso fortuito o la propia conducta de la víctima, son causas que de apreciarse eliminan la responsabilidad administrativa.

2. El daño

2.1. Caracteres y prueba del daño

"Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de





2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás)" (Dictamen 93/12).

Esencialmente el daño debe ser real y efectivo, sin que su existencia se deduzca por ejemplo de la simple anulación de un acto administrativo o de daños hipotéticos. En el caso planteado en el Dictamen 252/10 se reclamaban los daños y perjuicios que a entender del reclamante, se le habían ocasionado como consecuencia de la anulación por los Tribunales de Justicia de la decisión del Tribunal Calificador del proceso selectivo para cubrir las plazas de la Policía Local municipal. Esta resolución judicial obligaba a retrotraer el proceso al momento de admisión de los candidatos, dado que se habían presentado y habían sido admitidos candidatos que no reunían diversos requisitos. Se consideró que "no sólo no se le causó perjuicio alguno como consecuencia de la actuación administrativa desplegada para ejecutar la sentencia del Juzgado, sino que salió beneficiado, pues se le permitió tomar parte en un proceso selectivo del que se había visto excluido, y que le permitiría ya en agosto de 2009, ser nombrado funcionario de carrera y tomar posesión de su cargo".

Como este Órgano consultivo ya ha dictaminado en ocasiones como en nuestro Dictamen 535/09 (y 6/10 entre otros), "es doctrina consolidada la que declara que las expectativas desprovistas de certidumbre no son indemnizables. El Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998), ha establecido los requisitos que, con carácter general, han de concurrir para poder apreciarlo, a saber:

- a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, [...].
- b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.
- c) [...] es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una





prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.

d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad".

Hay que tener en cuenta que "en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000-)" y por tanto dicha carga afecta a la prueba de la existencia del daño (Dictamen 227/08).

Así por ejemplo en el Dictamen 6/10 no quedó acreditado en el expediente que efectivamente se hubiera producido el daño económico que el reclamante alegaba. No se acreditaron en forma alguna los daños en la fechada del local a consecuencia del acopio de material para unas obras. Tampoco se acreditó el daño económico consistente en una pérdida de ingresos derivada de una menor utilización del negocio pues no es suficiente para acreditar la realidad de este perjuicio económico la aportación de copia de su declaración de IRPF correspondiente al año 2007. Así se dijo que: "Los documentos aportados no permiten hacer prueba del daño alegado, por cuanto que no constituyen ninguna declaración oficial del volumen de negocio ni de los ingresos obtenidos





en otros ejercicios que permitan dar por acreditado el perjuicio económico, pues la mera alegación de un daño no hace prueba de la existencia del mismo".

Igualmente en el Dictamen 12/12 mientras que las secuelas físicas con base en las cuales se reclamaba sí estaban acreditadas, no se consideró así respecto a los perjuicios económicos que el reclamante dijo haber sufrido.

En el Dictamen 14/12 decíamos que "En primer lugar hemos de considerar si en el caso que nos ocupa existe daño real y efectivo. La empresa reclamante no indica cuál es el perjuicio que ha sufrido por la colocación de parquímetros de zona verde de estacionamiento regulado en las parcelas cuya titularidad invoca sino que lo que plantea es que el Ayuntamiento (...) ha tenido un enriquecimiento injusto por instalar estos parquímetros en parcelas de titularidad privada. Pero ese pretendido enriquecimiento injusto, de haber existido, en ningún caso hubiera sido a costa de la empresa reclamante sino a costa de los usuarios de las plazas de estacionamiento regulado que hubieran satisfecho el importe correspondiente al tiempo de uso de la plaza de estacionamiento. Por lo tanto, no cabe considerar que la actuación municipal haya ocasionado daño alguno al reclamante".

Como decíamos, además de la propia realidad y existencia del daño se requiere su carácter antijurídico para que resulte indemnizable, aspecto al que nos referimos en el epígrafe correspondiente.

2.2. Daño emergente y lucro cesante

El concepto de daño emergente corresponde al valor de un bien que ha sufrido un perjuicio y el lucro cesante hace referencia a la ganancia dejada de obtener como consecuencia de ese daño.

En el Dictamen 117/09 no se consideró daño emergente y por tanto partidas indemnizables, los costes del derecho de superficie, la redacción de proyectos, las tasas y presentación de escritos y gastos de aval, relativos a la solicitud de calificación urbanística para la instalación de una estación de servicio. Y en el Dictamen 436/09 no se consideró igualmente daño emergente diversos honorarios de profesionales, abogados y arquitectos, en un expediente de





inactividad de la Administración al no exigir licencia de actividad en local contiguo al del reclamante.

Por su parte, "para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditado la existencia de un perjuicio derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, no siendo indemnizables las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas". Criterio que puede verse en el Dictamen 114/10 donde se consideró lucro cesante las diferencias retributivas entre el puesto desempeñado y las que debieron corresponder al interesado por su puesto de trabajo a tiempo completo al que no pudo acceder por la incorrecta actuación de la Administración.

En el Dictamen 383/09 se estimó que "los daños derivados de un supuesto cese de negocio, que, según el decir de la reclamante, se produciría de llevarse a efecto la demolición de la edificación realizada al amparo de la licencia ilegal, en ningún caso serían indemnizable, porque de un lado, la demolición de lo edificado viene impuesta por Ley, y no por el actuar de la Administración, y de otro, porque la pérdida de beneficios derivados del cese de la actividad mercantil de dicho establecimiento no merecería la consideración de daño antijurídico". En dicho dictamen se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1997, en la que también se señala por ejemplo que "si bien como tiene declarado la jurisprudencia, la indemnización debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante, es lo cierto que no pueda computarse como lucro cesante a efectos indemnizatorios, el beneficio que se pensaba obtener de una actividad ilícita, aunque haya mediado autorización administrativa para tal actividad, posteriormente anulada".

En el Dictamen 392/12 se consideró que estábamos ante meras expectativas de negocio y no ante un lucro cesante indemnizable, respecto de diversos conceptos que se reclamaban por la dilación en la tramitación de una licencia de actividad, y recogidos en una memoria explicativa de pérdidas y ganancias aportada por el propio reclamante.





No se consideró lucro cesante el perder una oferta de empleo como consecuencia de las lesiones producidas en una caída en la vía pública en el Dictamen 739/11.

En el Dictamen 181/12, se analizó la acreditación del lucro cesante mediante contrato formalizado en documento privado aportado por la reclamante, y se consideró que: «La indemnización por el lucro cesante debido a la resolución del contrato de arrendamiento no resulta acreditada ya que, si bien es posible celebrar contratos sobre cosas futuras-artículo 1271 Código Civil-, el artículo 1227 de dicho Código, establece que "la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio".

Dicho precepto es interpretado de forma reiterada por la jurisprudencia.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 6 de febrero de 2008 (Recurso 128/2001): "... constante doctrina de esta Sala que ha señalado, al interpretar el art. 1227 del Código Civil, -por todas, Sentencia de 22 de febrero de 2002- que «atiende a la fecha y no a la eficacia de su contenido», para el caso de que «por el documento o documentos se pretenda justificar determinado hecho tratando de evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quién no hubiere intervenido en el mismo (Sentencias, entre otras, 25 enero 1989 y 12 diciembre 1994)».

2.3. Daños morales

También son indemnizables los daños morales, y así por ejemplo se ha apreciado en el Dictamen 4/11 entre otros muchos, que, «acreditada la existencia de un hecho, la muerte de una persona, tal circunstancia provoca un "daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierta" y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1972, 12 de marzo de 1975, 27 de noviembre de 1993, 19 de noviembre de 1994 y 28 de febrero de 1995-, aunque de difícil valoración económica».





Además en el caso de reclamación de daños por fallecimiento de familiar, "no habiéndose reclamado ni acreditado la dependencia económica de los reclamantes respecto del finado, el daño se circunscribe al estrictamente moral" (Dictamen 498/11).

A los daños morales también nos referimos en nuestro Dictamen 402/11, donde se reclamaban por persona jurídica daños supuestamente derivados de la inactividad municipal en el desalojo de una ocupación ilegal, basándose en el deterioro del prestigio de la empresa constructora, que a su juicio ha tenido lugar por haberse interpuesto dos demandas por parte de compradores de las viviendas y por la publicidad en determinados foros de internet. Se consideró en dicho dictamen que la reclamante no ha acreditado desprestigio alguno ni otro daño moral derivado de la interposición de las mismas. Por otro lado, la existencia de comentarios en un foro no acredita, por sí sola, la existencia de desprestigio alguno y, por tanto, un daño moral.

En alguna ocasión hemos dictaminado sobre la procedencia de reconocer una indemnización por daños morales ante una situación de zozobra y padecimiento psíquico, ante las dudas generadas por el error de la administración sanitaria relativas al padecimiento de una enfermedad de extrema gravedad, que se manifestaron en la propia queja de la reclamante cuando consideró que de no haber acudido a la sanidad privada podría estar muerta, y ello con independencia de que, al final, no existieron daños físicos (Dictamen 181/10).

En el Dictamen 112/08 se contempló la posibilidad de indemnización en el caso de nacimiento de un hijo no esperado y se consideró que: "tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad. Sin embargo, sí 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. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr. (RTC 1985, 53), F. 8, «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 (artículo 10 [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «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 [...]".

2.4. Daños permanentes y daños continuados

Por otra parte es necesario distinguir entre daños permanentes y daños continuados, distinción de singular importancia en relación con la prescripción.

Así en nuestro Dictamen 90/11 decíamos que: «El hecho de que el reclamante continuase padeciendo los dolores derivados de la neuropatía que le ocasionó la cirugía de la hernia inguinal no supone que pueda considerarse que el plazo para reclamar queda abierto indefinidamente en el tiempo. La jurisprudencia, en concreto, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007, dictada en el Recurso de Casación 3743/2004, señala que "A tal efecto, como se indica en la sentencia de 11 de mayo de 2004 (RJ 2004/4053, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y daños continuados, entre otras, las siguientes sentencias de 12 de mayo de 1997(RJ 1997, 3976, 26 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3164, 29 de junio del 2002 (RJ 2002, 8799) y 10 de octubre del 2002 (RJ 2002/9805), según la cual, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados "son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, "el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos", o como señala la sentencia de 20 de febrero de 2001 (RJ 2001, 5382), en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el «dies a quo» será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencias, entre otras, de 8





de julio de 1993 [RJ 1993/5463, 28 de abril de 1997 [RJ 1997/3240, 14 de febrero de 1994 [RJ 1994/1474, 26 de mayo de 1994 [RJ 1994/3750] y 5 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8621])". Del mismo modo, es de tener en cuenta lo que hemos dicho en reiteradas Sentencias, por todas la de 28 de febrero de 2007 (Rec. 5526/2003 SIC [RJ 2007, 3678]), en la que se señala: "El dies a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten».

En este punto, en el Dictamen 112/08 expresábamos que "A tal efecto es necesario distinguir entre daños permanentes y daños continuados, por los primeros debe entenderse aquéllos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados "son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo". Y por eso, para este tipo de daños, "el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos", o como señala la sentencia de 5 de octubre de 2000 [RJ 2000/8621], en estos casos, "para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el «dies a quo» será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto".

3. Título de imputación. El funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos

"Requisito esencial para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración es que exista un título de imputación, esto es, que exista un funcionamiento normal o anormal de un servicio público, en su más amplio





sentido, como consecuencia del cual se produzca un daño a indemnizar. La idea de servicio público implica, lógicamente, una actividad administrativa calificada como tal por las disposiciones legales y consistentes en la prestación ofrecida al público de manera regular y continúa en el marco del giro o tráfico administrativo" (Dictamen 207/11).

La acción u omisión que cause el resultado dañoso debe por tanto pertenecer al funcionamiento del servicio público entendido éste como sinónimo de toda actividad administrativa, de giro o tráfico administrativo, o de la gestión administrativa en general.

Es la teoría de la imputación directa, de modo que cuando los funcionarios de la Administración actúan es como si la Administración misma actuase, con lo que el requisito de la culpa del agente desaparece y la lesión es directamente imputable a la Administración como tal. Y ello sin perjuicio de la matización y limitación que sobre dicho carácter objetivo implica la exigencia de los demás requisitos necesarios para apreciar responsabilidad administrativa. La imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, supone que "al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, implique la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece" (Dictamen 2/11).

Por otra parte el mecanismo resarcitorio que prevén los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC puede tener su origen en cualquier tipo de actividad administrativa (actividades administrativas formales, actividades materiales e incluso la inactividad administrativa), con la única excepción de la actividad contractual de la Administración. La responsabilidad que eventualmente pudiera surgir para la Administración en el seno de una relación contractual en la que sea parte podría ser exigida por la vía jurisdiccional correspondiente (contencioso-administrativa o civil, según la naturaleza del contrato en cuestión), pero no mediante el mencionado mecanismo de los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

Así puede verse en el ya citado Dictamen 207/11 respecto de la resolución contractual y desahucio de viviendas de Instituto de la Vivienda de Madrid, en





que decíamos que "el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de junio de 2010 (recurso de casación nº 5392/2008) en una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por incumplimiento de un contrato de arrendamiento de unos locales adjudicados por concurso declara que la "resolución de un contrato concertado entre una Administración y un particular cualquiera que sea la naturaleza del mismo no constituye título de imputación para sostener que exista un funcionamiento normal o anormal de un servicio público del que derive un daño indemnizable".

Otra cuestión, analizada en nuestro Dictamen 248/10, con ocasión de un acoso laboral sufrido por funcionario, llevó a examinar la facultad de reclamar por los daños causados por el funcionamiento de un servicio público, cuando aquéllos se han sufrido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Ello llevó a plantearse en qué medida el encontrarse en una situación de sujeción especial, como es la relación estatutaria con la Administración, lleva consigo la obligación de soportar los posibles daños que puedan producirse en el seno de la misma. La posibilidad de encuadrar dentro del término "particulares" también a los funcionarios públicos, cuando los daños por los que reclaman se han causado en el ejercicio de sus funciones públicas, ha sido expresamente admitida por el Tribunal Supremo. Así, la Sentencia de 10 de junio de 1997 (RJ 1997\4638), se pronuncia en estos términos: "(...) sin que en modo alguno quepa excluir de la responsabilidad proclamada, pese a cuanto ha sido afirmado en estos autos, los daños que sufran los funcionarios «en cuanto insertos en la relación funcionarial», o «en el marco de una relación jurídico-estatutaria especial», pues, sobre no poderse basar, según decíamos, una tal interpretación ni en el artículo 106 de la Constitución ni en el precitado artículo 40, es de observar además que los que ejercen funciones públicas ciertamente pueden resultar lesionados por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos, no existiendo razón alguna que autorice su discriminación, lo cual supondría la infracción del principio constitucional de la igualdad, para negarle derechos reconocidos a todos los administrados".





4. Relación de causalidad

4.1. Requisitos

El requisito de la relación de causalidad (Dictamen 236/11), "es definido por la jurisprudencia, entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 (RJ 7648), como "una conexión causa efecto, ya que la Administración – según hemos declarado entre otras, en nuestras Sentencias de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001, y de 13 de marzo y de 10 de junio de 2002, - sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputable a conductas o hechos ajenos a la organización, o actividad administrativa", puesto que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender, por tanto, el concepto de responsabilidad para dar cobertura a cualquier acontecimiento, lo que significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad de la infraestructura material para prestarlo, no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administración Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico".

Ha de darse una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir y es preciso que una vez comprobada la existencia del daño y sus requisitos se demuestre que la causa de dicho daño es la actuación administrativa. La teoría más comúnmente aceptada es la de la causalidad adecuada, de modo que determinada actuación sea suficiente para haber causado el daño. Dicha causalidad adecuada debe ser examinada a la luz de cada supuesto de hecho a fin de, atendidas las circunstancias de cada caso, considerar o no la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño. Dicho examen del nexo causal





puede verse especialmente en los supuestos de caídas en vías públicas, lesiones tras asistencia sanitaria, daños por la ejecución de obras públicas, etc.

Debe exigirse una estricta relación de causalidad entre la actividad administrativa que se censura y el daño que acontece. Así, en el Dictamen 195/11, de las distintas lesiones que padecía el reclamante "sólo puede admitirse como daño que guarda relación de causalidad con el accidente la contusión costal".

En este sentido, en los casos de caídas en vías públicas, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Consejo Consultivo en dictámenes 173/08, 166/09, o 12/10, entre otros muchos, para dar cumplida acreditación a dicha relación de causalidad tal como exige la jurisprudencia, se exigiría una prueba que diera razón de la mecánica de la producción de los daños con carácter de inmediatez, lo que lógicamente es casi imposible, salvo en el caso de los accidentes en los que existe un atestado policial o informes que dan razón de la forma en que el daño se produjo.

Sin embargo, este tipo de informes no suelen existir en el caso de caídas o golpes casuales en la vía pública, de menor importancia, que constituyen un porcentaje importante de las reclamaciones presentadas. Por el motivo que se acaba de indicar en relación con este tipo de asuntos, el examen de la pertinencia y de la práctica de la prueba debe realizarse con atención cuidadosa al caso y sin incurrir en generalidades poco razonables y justas, de modo que se conjuguen la eficacia y objetividad de la actuación administrativa con la salvaguarda y garantía de los derechos del administrado.

En casos concretos por ejemplo, se contempló la existencia de relación de causalidad en el fallecimiento de un peatón que se cayó mientras evitaba una ambulancia, "porque aún cuando la ambulancia no hubiese llegado a colisionar materialmente con el peatón, su maniobra de frenada ante el paso de peatones por el que cruzaba aquél, fue la causa determinante de la caída y posterior fallecimiento del mismo" (Dictamen 5/11).





En el Dictamen 40/12 se estimó la existencia del necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño que padeció el reclamante al desplomarse un ascensor de un centro hospitalario, pues se consideró dicho ascensor como "está afecto al servicio público sanitario del que constituye elemento instrumental".

En el Dictamen 71/11 no se consideró acreditada la existencia de un daño consistente en el padecimiento de secuelas derivadas de una tuberculosis, en concreto las bullas existentes en los pulmones, que se imputaban a un diagnóstico tardío de la enfermedad por no existir nexo causal.

4.2. Responsabilidad solidaria de Administraciones

Se han examinado los casos en que las distintas Administraciones Públicas intervienen en la relación de causalidad que liga la actividad de cada una de ellas con el resultado dañoso, y deba concluirse con una responsabilidad solidaria de las mismas (posibilidad reconocida por otra parte en el art. 140 LRJ-PAC).

Así, en el Dictamen 33/11 se consideró ésta responsabilidad solidaria por los daños causados por la rotura de una tubería de agua. En dicho dictamen se consideró que "así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre ellas".

Igual estimación de responsabilidad solidaria puede verse en el Dictamen 349/10.

5. Factores de exoneración de la responsabilidad

Es frecuente que en la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño que se produzca intervengan factores externos que inciden en dicha relación de causalidad. Es necesario tener así en cuenta la fuerza mayor, el caso fortuito, y la intervención de la propia víctima o de un tercero.





5.1. Fuerza mayor y caso fortuito

La responsabilidad administrativa desaparece cuando existe fuerza mayor pues es causa de exoneración que habrá de apreciarse en cada caso concreto. Se entiende por fuerza mayor una causa que no es previsible o que aún siéndolo es inevitable.

Con ello se distingue la fuerza mayor del caso fortuito. Se define la fuerza mayor como aquellos hechos que, aún siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 –R.J. 1999/61754–) mientras que se considera que existe caso fortuito cuando se dan acontecimientos o hechos imprevisibles pero insertos en el funcionamiento de cada actividad o servicio (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1978). Se afirma así que el régimen de responsabilidad patrimonial "permite excluir la fuerza mayor, pero no el caso fortuito" (Sentencia del Tribunal Supremo nº 562/2003, de 10 de abril – JUR/2003/267303–).

Así ocurrió por ejemplo en el asunto estudiado en el Dictamen 74/10 en el que "la avería de un vehículo destinado a la extinción de incendios, aún siendo imprevisible, no cabe dudar que se encuentre inserta en el funcionamiento del servicio, por lo que no puede argumentarse para excluir la responsabilidad de la Administración".

Igualmente se estimó que los daños causados por lluvias torrenciales constituyen fuerza mayor y no caso fortuito en el Dictamen 255/10 donde decíamos que "el ámbito del concepto jurídico fuerza mayor, en cuanto exonerador de la responsabilidad patrimonial, viene determinado por esa noción del otro concepto jurídico, caso fortuito, éste en cuanto evento interior de la actuación administrativa que limita la extensión del riesgo que surge como consecuencia de la imputación de daños a la Administración, en el sentido de que ésta tiene la obligación general de repararlos, siempre que sean efecto de accidentes producidos por o en el marco de la organización administrativa, excepto si son debidos a una causa extraña a esa organización (fuerza





mayor), correspondiendo siempre a la Administración que la invoca la carga de acreditarla".

En el caso examinado en el Dictamen 351/10, se estimó la existencia de fuerza mayor en el caso de precipitaciones torrenciales de lluvia, por aplicación del Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios, que establece como límite cuantitativo a partir del cual se considera como riesgo extraordinario, a los efectos de cobertura del riesgo por el citado Consorcio, las precipitaciones superiores a cuarenta litros de agua por metro cuadrado y hora, cantidad que se superó en nuestro caso y que justificó el abono de los daños por parte del Consorcio de Compensación de Seguros. "La intensidad del fenómeno meteorológico, en los umbrales establecidos en el citado Real Decreto y la consiguiente asunción del pago de la indemnización por el Consorcio son parámetros empleados en ocasiones por la jurisprudencia para la consideración de la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor".

No todo evento meteorológico se considera fuerza mayor, y así no se consideró que existiera dicha causa de exoneración de responsabilidad en el Dictamen 464/10, ya que el día de los hechos no hubo ninguna situación meteorológica adversa (viento, lluvia) que justificase el desprendimiento de la rama del árbol, y mucho menos, que mereciese calificarse como de evento constitutivo de "fuerza mayor", sobre la base de cuya concurrencia hubiera podido exonerarse de responsabilidad la Administración.

En el Dictamen 82/10 se apreció fuerza mayor respecto de la causa del fallecimiento por suicidio de un menor durante las primeras horas de su ingreso en un centro de menores.

En el Dictamen 429/09 se apreció falta de nexo causal, y también se analizaron los requisitos por los que no se considera fuerza mayor el supuesto estudiado, que consistió en los daños sufridos por una alumna al recibir en el ojo el impacto de una piedra de procedencia desconocida. En análogo caso puede verse el Dictamen 107/09 en el que tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, (sentencias de 16 de marzo de 2000 y 8





de marzo de 2001 [JUR 2001, 294189], entre otras), se considera que "no todo hecho y consecuencias producidos en un centro docente pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios o inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio y propios del afectado".

5.2. Intervención de la víctima o de un tercero

Como ya pusimos de manifiesto en nuestro Dictamen 11/10, la culpa de la propia víctima como elemento que exonera de responsabilidad a la Administración ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así la Sentencia de 13 de julio de 2000 (recurso de casación para unificación de doctrina nº 1050/1997) señala en su fundamento de derecho cuarto que "la consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla".

En relación a ello, en el Dictamen 9/12 se estudió el caso de un menor de 17 años de edad en la fecha en que ocurrieron los hechos, que sufrió un accidente al subirse a la cubierta de una edificación en estado de semi abandono para coger una pelota de papel durante el horario escolar. Se consideró en este caso que, sin haber prueba de la culpa in vigilando del centro escolar, "es la conducta del menor, con capacidad suficiente para discernir el peligro que suponía subirse a la cubierta de un edificio para recuperar una pelota con la que estaba jugando, la que pone de manifiesto una actuación no sólo temeraria sino evidentemente peligrosa, lo que produce la ruptura del nexo causal".

En el Dictamen 105/10 se consideró que la falta de cuidado de la víctima rompió el nexo causal. Así, el reclamante resbaló en una instalación deportiva a causa de un charco de agua que había fuera del plato de ducha y que atribuyó al





mal mantenimiento de las instalaciones. Consideramos en dicho dictamen que "siendo conocedor de que con el uso de la ducha se acumula agua fuera del plato de la misma, debiera el perjudicado haber extremado el cuidado al salir de ella, cuidado que, por otra parte, es un deber que incumbe a quien transita por las inmediaciones de una ducha, precisamente para evitar resbalones como el que se produjo; de tal forma que la omisión de la debida precaución que debiera haber tenido el perjudicado, máxime siendo sabedor de la formación del charco, provoca la ruptura del nexo causal entre el daño y el funcionamiento de las instalaciones deportivas de gestión autonómica".

Igual ruptura del nexo causal por culpa de la víctima se consideró en el Dictamen 210/11. En este caso el interesado acudió a urgencias por presentar un corte en el tercer dedo de la mano derecha. Se le realizó cura de la herida, sutura y, para proteger la herida, se le colocó un dedil. Alega el reclamante que la mala colocación del dedil le produjo una excesiva compresión del dedo que provocó una isquemia con evolución tórpida, por lo que precisó de intervención quirúrgica. Resulta incontrovertido que el dedil le presionó en exceso el dedo hasta provocarle un síndrome compartimental agudo que desembocó en la isquemia y el infarto venoso del dedo afectado. Ahora bien, no hay evidencia de que el dedil se le colocara incorrectamente, sino que todo apuntaba, a que la compresión del dedil se produjo por el aumento del edema del dedo transcurridas unas horas. Ahora bien, decíamos en el dictamen mencionado que "no puede pasarse por alto la actitud expectante del paciente, que dejó pasar cuarenta y ocho horas a pesar de la agravación del cuadro que padecía, de los fuertes dolores y del mal aspecto que presentaba el dedo, lo que pudo comprobar puesto que él mismo se retiró el dedil".

La incidencia de un tercero en la apreciación del nexo causal puede verse esencialmente en materia de contratación administrativa, donde la Administración es titular de la obra o el servicio pero actúa a través de un sujeto privado adjudicatario con aplicación de las normas de contratación pública. La existencia de éste tercero en la producción del daño rompe el nexo causal por lo que habrá que estar a las circunstancias de cada caso y al tipo de contrato (la





responsabilidad del contratista se examina en el punto correspondiente al que nos remitimos).

6. Antijuridicidad del daño

La calificación del daño como antijurídico no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto (Dictamen 9/10).

En el marco de actos anulados, se excluye la antijuridicidad cuando la actuación de la Administración resulta ser "motivada y razonable" (Dictamen 38/10). En el precitado dictamen se recoge la Sentencia del Tribunal Supremo 31 enero 2008 (recurso número 4065/2003) que señala "siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio". Con base en dicha doctrina se estimó que no existió motivación razonada de la Administración y por tanto el daño fue antijurídico en el error en la valoración de méritos para acceder a una bolsa de trabajo.

Este mismo criterio de razonabilidad se aplicó en el Dictamen 330/12, para considerar indemnizables los daños ocasionados como consecuencia de la clausura de un local en explotación, daños derivados de una sanción por exceso de ruido, anulada por los órganos jurisdiccionales. Consideramos en dicho dictamen que: "en este caso no puede sostenerse que la actuación de la Administración sancionadora se ha ajustado a criterios de razonabilidad en la imposición de la sanción después anulada por los órganos judiciales, pues a pesar de la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene realizando de la ordenanza municipal en la que se establece el protocolo para la medición de ruidos, la Administración municipal no ha corregido su interpretación, por lo que deviene en irrazonable su actuación, al seguir manteniendo de forma obstinada una interpretación que ha sido enmendada por los tribunales. La irracionabilidad del actuar municipal en el





procedimiento sancionador conduce a considerar (...) que el daño ocasionado a la empresa reclamante reviste el carácter de antijurídico".

En materia de responsabilidad sanitaria, en los supuestos en que el daño se hubiera producido por o a pesar del empleo de la praxis adecuada, o pudiera no haberse producido de no haber intervenido la acción de la Administración, esto es entendiendo que sí existe nexo causal, la responsabilidad requiere, al igual que en el resto de los ámbitos de la responsabilidad patrimonial, que el daño sea antijurídico, pasando a ser lesión resarcible, esto es que el perjudicado directamente tenga la obligación jurídica de soportar el daño. Existe esta obligación de soportar cuando existe la aceptación expresa del paciente o enfermo, en el llamado consentimiento informado, por cuanto "en los casos de actividad administrativa de prestación ésta se asume voluntariamente, y se debe soportar su posible efecto adverso" (Dictamen 9/11).

Por otra parte se estima que no existe daño antijurídico a efectos indemnizatorios cuando dichos daños estaban contemplados como posibles en el documento de consentimiento informado. Así, en el Dictamen 449/10 decíamos que: "El hecho de que el documento de consentimiento informado recoja como riesgo el daño en el que la paciente fundamenta su reclamación (recidiva del hallux valgus que requiere nueva intervención quirúrgica y rigidez por un posible daño en los tendones extensores no confirmado, aunque tampoco descartado, en la RMN de 4 de julio de 2009) determina que dichos daños no pueden calificarse de antijurídicos, sino que la interesada tenía la obligación jurídica de soportarlos, puesto que los conocía y los asumió al someterse a la intervención quirúrgica".

Este riesgo consentido que excluye la antijuridicidad tiene como requisito en todo caso la existencia de una adecuada praxis. En este sentido el Dictamen 57/11: "Además, aun cuando la perforación estuviera prevista como riesgo genérico en el consentimiento informado que se firmó, la materialización del riesgo por imprudencia ante la presencia inesperada de un divertículo, supone la concurrencia de la antijuridicidad, pues el hecho de que exista consentimiento informado con previsión del riesgo no exime de indemnizar en presencia de mala praxis, dado que el paciente presta su consentimiento a una actuación





arriesgada, pero no imprudente; la interpretación contraria, supondría confundir el consentimiento informado con un derecho a la irresponsabilidad".

En el Dictamen 471/11 se consideró el daño como antijurídico y por tanto que el particular no tenía el deber jurídico de soportarlo, consistente en el golpe recibido por la víctima al ser trasladado a un centro sanitario, partiendo como en el caso anterior de la existencia de mala praxis.

El daño consistente en el olvido de una gasa en una intervención quirúrgica que requirió una re-intervención se consideró antijurídico y por tanto indemnizable en el Dictamen 108/11. Y en el Dictamen 707/11 no se consideró antijurídico el daño consistente en lesiones tras una intervención quirúrgica pues ésta se desarrolló conforme los criterios de la *lex artis*.

Respecto de la antijuridicidad del daño en materia por ejemplo de caídas en vías públicas, como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la imputabilidad de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene como título, el deber de mantenimiento y conservación de las vías públicas en adecuado estado para el fin al que sirven, lo que hace que el daño sea antijurídico cuando el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social (STS de 5 de julio de 2006, recurso 1988/2002). En este sentido en el Dictamen 228/11 se consideró que el desperfecto era de entidad suficiente para considerar como antijurídico el daño que produjo la caída. No así en el Dictamen 450/10.

En el Dictamen 511/09 se consideró antijurídico el daño que se produjo al reclamante como consecuencia de no figurar incluido en las listas de interinos a determinado cuerpo funcionarial.

En el Dictamen 280/12 se estudió la posible antijuridicidad del daño producido a un ingeniero técnico forestal al servicio de una empresa contratada por la Administración para colaborar en la extinción de incendios forestales, partiendo que dicha actividad conlleva unos especiales riesgos y concluyéndose que el daño resultó antijurídico. Así decíamos en dicho dictamen que es





necesario analizar si el daño sufrido es consecuencia de lo que se puede considerar un riesgo ordinario sin que haya existido un funcionamiento anormal de la Administración, en cuyo caso éste no podría considerarse antijurídico y por tanto no habría obligación de indemnizar en los términos que recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007 (Recurso 3721/2002). Si el resultado de dicho análisis fuese la concurrencia de un funcionamiento anormal, sobre el perjudicado no pesaría la obligación de soportar el daño que debería ser indemnizado por la Administración.

En el supuesto contemplado en el Dictamen 86/12 "la falta de coordinación dio lugar a que los reclamantes no vieran cumplido su deseo de conservar el cordón umbilical pese a lo que les había asegurado el Jefe de Servicio de Ginecología por lo que se les ha causado un daño antijurídico".



4. INFORMES*

La LRJ-PAC regula con carácter general la emisión de informes en el procedimiento administrativo. En el procedimiento de responsabilidad patrimonial, cobra un especial relieve el preceptivo informe del servicio al que se le atribuye haber causado el daño.

ÍNDICE

- 1. Consideraciones generales
- 2. El informe del servicio causante del daño
- 3. El informe de la Inspección sanitaria

Dictámenes destacados: 53/11, 610/11, 273/12

1. Consideraciones generales

Los artículos 82 y 83 de la LRJ-PAC contemplan la petición y evacuación de los informes en el procedimiento administrativo común. A su vez, en el RPRP, el artículo 10 se dedica expresamente a los informes en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, distinguiendo entre el informe del servicio al que se le atribuye ser el causante del daño, que deberá solicitarse "en todo caso" y los demás informes, cuya solicitud queda a la decisión del instructor.

En cuanto al plazo para su evacuación, el artículo 10 del RPRP establece que los informes deberán emitirse en el plazo de diez días, salvo que el instructor, en función de las características del informe, solicite su emisión en un plazo menor o mayor, sin que este caso pueda superar el mes.

En todo caso el artículo 83.3 de la LRJ-PAC establece que, de no emitirse el informe en plazo, y sin perjuicio de posibles responsabilidades del responsable,

Elaborado por CARLOS YÁÑEZ DÍAZ, Letrado del Consejo Consultivo, basándose en el contenido de los dictámenes más significativos.





se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, salvo que sean informes preceptivos determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.

En los dictámenes del Consejo, se han planteado fundamentalmente dos tipos de problemas en cuanto a los informes en este tipo de procedimientos.

2. El informe del servicio causante del daño

Este informe se configura en el RPRP como preceptivo, pero con cierta frecuencia, dicho informe no figura en el expediente remitido al Consejo.

En estos casos, el Consejo ha entendido que, si el informe había sido solicitado y existían datos suficientes para tomar una decisión, procedía entrar en el fondo, así dictámenes 53/11, de 23 de febrero; 361/11, de 29 de junio; 543/11, de 5 de octubre; 610/11, de 2 de noviembre, 750/11, de 28 de diciembre y 187/14, de 7 de mayo.

Establece el Dictamen 750/11 que: «Por lo que se refiere al preceptivo informe del servicio causante del daño, consta haberse solicitado, si bien no se ha emitido. Como ya ha señalado este Consejo en dictámenes anteriores, verbigracia Dictamen 220/08, se considera que dicha omisión constituye una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, toda vez que con el informe que ya obra unido, en el que se analiza la historia clínica de la paciente, hay datos suficientes para emitir un juicio médico acerca de la corrección de la asistencia sanitaria dispensada, y en su caso, la supuesta relación de causa a efecto con los servicios públicos.

En este sentido, ya el Consejo de Estado, en su dictamen nº 2072/1999 de fecha 8 de julio de 1999, ha entendido que por "...informes determinantes del contenido de la resolución los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo 'determinar' contenida en el Diccionario de la Lengua Española. Esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser





calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Solo tienen tal carácter, los que ilustran a los órganos administrativos, de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo".

A la luz de la doctrina sentada por el Alto Órgano Consultivo, se llega a la conclusión de que, en el caso examinado, el contenido del informe omitido no hubiera resultado determinante del contenido de la resolución a dictar, toda vez que ya obran en el expediente elementos de juicio bastantes para ilustrar al órgano administrativo acerca de la realidad de lo acontecido, y de la actuación médica desplegada para con la paciente».

En el Dictamen 48/14, de 29 de enero, se considera que si un servicio ofrece información suficiente que permite resolver la reclamación no es necesaria la retroacción por más que stricto sensu hubiera correspondido a otro servicio informar sobre ese aspecto de la reclamación.

En los casos en los que no se había solicitado dicho informe o bien no existían datos suficientes en el expediente para adoptar una decisión sobre el fondo, el Consejo ha entendido que debía procederse a la retroacción del procedimiento para su emisión y posterior concesión al reclamante de un nuevo trámite de audiencia. En este sentido los dictámenes 388/11, de 13 de julio; 554/11, de 13 de octubre; 583/11, de 19 de octubre, 73/12, de 8 de febrero, 616/12, de 14 de noviembre y 302/14, de 9 de julio.

Se ha considerado necesario retrotraer el procedimiento cuando el informe del servicio causante del daño no permitía comprobar la relación de causalidad del daño reclamado con los hechos (Dictamen 109/13, de 3 de abril).

También es frecuente que, imputándose el daño a la actuación de varios servicios (dictámenes 281/11, de 1 de junio; 551/11, de 5 de octubre) o a dos Consejerías (Dictamen 142/11, de 6 de abril), deba retrotraerse el procedimiento para recabar los informes de todos los servicios implicados.





En los mencionados dictámenes, el Consejo viene destacando, además, la especial importancia del informe del servicio causante del daño en el ámbito sanitario, por la necesidad de conocer el criterio de la persona que ha tratado al paciente, a la luz del concepto de la *lex artis* y por el carácter científico de la materia (dictámenes 554/11, de 13 de octubre y 273/12, de 3 de mayo).

3. El informe de la Inspección sanitaria

En los procedimientos de responsabilidad en el ámbito sanitario es habitual la petición de informe a la Inspección sanitaria. Esa petición se formula al amparo del artículo 10.1 del RPRP, en cuanto el instructor considera necesario ese informe para resolver.

El Consejo ha destacado igualmente, la especial importancia que adquiere este informe en esta materia, que con frecuencia exige determinar si una actuación, es conforme a la práctica médica, por lo que valora positivamente su incorporación al procedimiento, y de hecho, en algunas ocasiones ha recomendado la retroacción del procedimiento para que la Inspección amplíe su informe y se pueda lograr una decisión con un mayor grado de certeza (Dictámenes 691/11, de 7 de diciembre y 192/14, de 7 de mayo).

La importancia de este informe se puede apreciar igualmente en la jurisprudencia y así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de abril de 2013 (recurso 583/2011) destaca su importancia como prueba documental en cuanto no se puede considerar como pericial, recogiendo que "(...) en los informes de la Inspección Sanitaria la opinión de los técnicos se ha obtenido extraprocesalmente y no ha sido traída al proceso como prueba pericial, sino como documental inserta en el expediente administrativo, pero ello no supone que tales opiniones queden privadas de fuerza de convicción, ya que ha de ser ponderada como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba, siendo de significar que los Inspectores Médicos son independientes del caso y de las partes y actúan con criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad".

En este sentido los dictámenes 190/14, de 7 de mayo y 379/14, de 3 de septiembre.





Ha de tenerse en cuenta a los efectos de la omisión de este informe lo recogido en el Dictamen 298/13, de 24 de julio en cuanto que la Orden 317/2013 de 6 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen los criterios de actuación en materia de inspección sanitaria y se aprueba el Plan Integral de Inspección de Sanidad de la Comunidad de Madrid para el período 2013 a 2015, establece como uno de los criterios de actuación sanitaria: "Analizar la adecuación de la asistencia sanitaria prestada en los procedimientos de reclamaciones por responsabilidad patrimonial", si bien los procedimientos anteriores a su entrada en vigor continuaran rigiéndose por la normativa anterior, toda vez que la citada Orden carece de normas transitorias. En este sentido los dictámenes 531/13, de 6 de noviembre, 458/13, de 16 de octubre y 103/14, de 12 de marzo.

No obstante todo lo anterior, el Consejo ha considerado en diversos dictámenes, a la vista de determinadas circunstancias, que su omisión no impedía resolver sobre el fondo, así dictámenes 192/10, de 30 de junio; 13/11, de 26 de enero y 213/11, de 4 de mayo, entre otros.



5. PRUEBA*

La prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial resulta esencial para determinar la concurrencia de los requisitos legales de la misma. La doctrina del Consejo trata con gran frecuencia los múltiples problemas probatorios que plantean los expedientes sometidos a dictamen.

ÍNDICE

- 1. Consideraciones generales
- 2. Carga de la prueba
- 3. Admisión e inadmisión de pruebas
- 4. Los distintos medios de prueba
 - 4.1. Documentos
 - 4.2. Testifical
 - 4.3. Pericial
 - 4.4. Presunciones
- 5. Valoración de la prueba

Dictámenes destacados: 375/11, 166/08, 307/11, 612/12

1. Consideraciones generales

Los artículos 80 y 81 de la LRJ-PAC regulan de forma muy escueta la prueba en el procedimiento administrativo, limitándose a recoger que los hechos relevantes podrán ser acreditados mediante cualquier medio de prueba, acordándose por el instructor, bien porque no tenga por ciertos los hechos alegados o bien por la naturaleza del procedimiento, la práctica de un periodo de prueba. A estos efectos el instructor, solo podrá rechazar las pruebas propuestas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias y siempre de forma motivada.

^{*} Elaborado por CARLOS YÁÑEZ DÍAZ, Letrado del Consejo Consultivo, basándose en el contenido de los dictámenes más significativos.





A su vez y sobre la práctica de la prueba, se establece que deberá realizarse comunicándolo con la antelación suficiente a los interesados, pudiendo estos comparecer asistidos por técnicos, y si a petición de los interesados deben practicarse pruebas que impliquen gastos que no debe soportar la Administración, esta podrá exigir el anticipo a reserva de la liquidación efectiva.

A su vez en el RPRP, el artículo 9 se limita a señalar que habrá un periodo probatorio de treinta días, y que solo podrán rechazarse las pruebas propuestas por los interesados, cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

También se podrá acordar por el instructor a propuesta de los interesados, un periodo extraordinario de prueba.

2. Carga de la prueba

El Consejo aplica la regla general en materia de carga de la prueba, que considera que quien afirma debe probar, por lo que, corresponde al reclamante tal y como se deriva del artículo 217 LEC (antiguo artículo 1214 CC), si bien ese precepto establece en su apartado 7°, que se deberá tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes.

En este sentido los dictámenes 179/08, de 3 de diciembre; 227/08, de 17 de diciembre; 341/09, de 10 de junio; 35/11, de 9 de febrero; 253/11, de 18 de mayo y 601/11, de 2 de noviembre y 249/14, de 4 de junio, recogen la regla general de la carga de la prueba, si bien en numerosos dictámenes, se recogen distintas modulaciones de esta regla general.

Así, por ejemplo, en el Dictamen 160/08, de 3 de diciembre, se recoge que corresponde al reclamante, tanto la prueba del daño y de su relación con la actuación administrativa, como de la valoración de ese daño, en tanto que a la Administración, le correspondería la prueba de la existencia de fuerza mayor.

En palabras del mencionado dictamen: «Es abundantísima la jurisprudencia que establece que el daño indemnizable es únicamente el que se ha producido de una forma real y efectiva (vid. por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989, y las que cita; RJ 1989\809), y que la prueba de





la efectividad del daño incumbe al que reclama. En efecto, respecto de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, la jurisprudencia viene afirmando que: "la presunción de legalidad de los actos administrativos, si bien desplaza sobre el administrado la carga de accionar, para evitar que se produzca la figura del acto consentido, no afecta a la carga de la prueba, que ha de regirse por las reglas comunes deducidas del artículo 1214 del Código Civil" (vid. entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1987 [RJ 1987\6525] y de 14 de diciembre de 1993 [RJ1993\9516]). Pues bien, de conformidad con el artículo 1214 del Código Civil –hoy sustituido por el artículo 217.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil-, incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.

En materia de responsabilidad patrimonial, el Tribunal Supremo aplica dicho artículo distribuyendo la carga de la prueba de la siguiente manera: incumbe al reclamante de la indemnización la prueba de la efectividad del daño, su montante y que el daño se produjo como consecuencia de una actuación administrativa; y pesa sobre la Administración la carga de la prueba de la existencia de fuerza mayor que exonera a esta de responsabilidad (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1982 [RJ 1982\5376], y de 16 de mayo de 1983 [RJ 1983\3407]), así como, la prueba de la intervención o culpa del perjudicado o de un tercero (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 [RJ 1997\5945])».

En cualquier caso el mero relato del reclamante no permite tener por acreditados los hechos (Dictamen 365/14, de 3 de septiembre).

En el Dictamen 227/08, de 17 de diciembre, se recoge que corresponde a la Administración la prueba de que ha actuado conforme a los estándares de diligencia y que, por tanto, el daño no puede considerarse como antijurídico, afirmando que: "No realizan, ni la Administración ni el contratista, una actividad probatoria que desvirtúe los hechos afirmados en el escrito de reclamación presentado, y que quedan sustentados en el informe policial. Alegan tanto Administración como contratista en su favor que la intervención de un tercer agente causante del vertido, produciría el efecto de romper el nexo





causal entre el daño y la obligación de mantenimiento de la Administración, añadiendo en su defensa, esta última, que la presencia de gravilla parece un hecho aislado, pues de no ser así, se habrían producido otros percances con anterioridad en el mismo lugar.

Sin embargo, resulta acreditada la falta de adecuada conservación de la vía, en el propio atestado de la Guardia Civil, que constata la existencia de gravilla en la carretera, circunstancia que se ve agravada por el hecho de que el accidente tuviera lugar en una rotonda de una carretera principal donde los movimientos de tráfico y las maniobras implican más riesgo que en cualquier otro tramo de la misma".

A estos efectos, los dictámenes 311/13, de 24 de julio y 401/13, de 25 de septiembre acuerdan retrotraer las actuaciones para que se practiquen pruebas que puedan acreditar que la Administración cumple los estándares de actuación.

Especialmente en el ámbito sanitario se ha aplicado una cierta inversión de la carga de la prueba puesto que la Administración, al ser titular tanto de los servicios sanitarios como de la Inspección médica, tiene una facilidad probatoria mucho mayor que el reclamante. En este sentido los dictámenes 30/08, de 5 de noviembre; 347/09, de 10 de junio; 463/10, de 22 de diciembre; 104/11, de 23 de marzo, 375/11, de 6 de julio, 284/14 de 18 de junio y 287/14, de 16 de julio.

Así el Dictamen 104/11 recoge que: «Conforme a reiterada jurisprudencia, la carga de la prueba corresponde a los reclamantes –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— salvo la concurrencia de la fuerza mayor o la existencia de dolo o negligencia de la víctima que corresponde probar a la Administración. Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha admitido la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (Recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre de 2007 (Recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2008 (Recurso nº 3800/04).





De acuerdo con dicha jurisprudencia, a pesar de que la reclamante no ha aportado elemento probatorio alguno que permita sustentar su reclamación, podría resultar de aplicación el principio de la "facilidad de la prueba", establecido por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03), en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, acreditado el daño por el reclamante, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido. Podemos reproducir por su claridad la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6ª) de 27 de junio de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: "(...) Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como este, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido"».

También el Dictamen 23/13, de 23 de enero, aplica esa inversión puesto que los informes de los servicios causantes del daño eran meramente descriptivos de la asistencia prestada y el de la Inspección no daba una explicación clara al posible contagio por hepatitis de la reclamante.

Fuera de ese ámbito sanitario también se ha aplicado esa facilidad probatoria en algunos casos, por ejemplo, los dictámenes 141/10, de 26 de mayo y 146/11, de 13 de abril.

El Consejo ha recogido en numerosos dictámenes la imposibilidad de obligar a la prueba de hechos negativos, siguiendo la concepción clásica de ese supuesto como una suerte de "prueba diabólica", así 179/08, de 3 de diciembre; 110/09, de 18 de febrero; 47/10, de 24 de febrero y 296/12, de 16 de mayo según el cual: "El que el inspector señale que no se puede descartar completamente que exista esa relación, no quiere decir que la misma exista y la prueba correspondía haberla hecho al reclamante, no pudiendo obligarse a la Administración a probar hechos negativos, supuesto tradicional de prueba diabólica (STC 342/2006, de 11-12), conociendo además el reclamante que





la trombosis era uno de los riesgos de la intervención tal y como constaba en el consentimiento informado".

3. Admisión e inadmisión de pruebas

Como se ha indicado, tanto la LRJ-PAC como el RPRP, establecen que el instructor puede rechazar motivadamente la práctica de pruebas solicitadas por los interesados.

Ello es debido a que el derecho de prueba no es un derecho ilimitado, por lo que se pueden rechazar aquellas pruebas que sean innecesarias. Como recoge la STC 272/2006, de 25 de septiembre, el derecho a la prueba es un derecho fundamental de configuración legal que "(...) no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada que faculte para exigir cualesquiera pruebas que el interesado tenga a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi (SSTC 168/1991, de 19 de julio, F. 4; 233/1992, de 14 de diciembre, F. 2; 26/2000, de 31 de enero, F. 2; 96/2000, de 10 de abril, F. 2; 165/2001, de 16 de julio, F. 2; y 43/2003, de 3 de marzo, F. 2, por todas)".

Ahora bien, es muy habitual que, en los procedimientos sometidos a dictamen, el instructor no practique las pruebas solicitadas ni las rechace de forma motivada. El Consejo ha destacado la necesidad de pronunciarse sobre la prueba propuesta, así el Dictamen 240/10, de 28 de julio, indicando, no obstante, que si no hay otras pruebas que permitan resolver el fondo del asunto, se produce una evidente situación de indefensión debiendo procederse a la retroacción del procedimiento (dictámenes 166/08, de 17 de diciembre y 200/10, de 7 de julio), pero si en el expediente obran datos suficientes, no existe tal situación, por lo que no se considera preciso retrotraer (dictámenes 303/09, de 27 de mayo, 200/11, de 4 de mayo, 717/11, de 14 de diciembre). Si por el contrario el instructor no se pronuncia sobre pruebas pertinentes, se causa indefensión (Dictamen 210/14, de 21de mayo).





En todo caso, como recuerda el Dictamen 436/09, de 9 de septiembre, el instructor ha de pronunciarse motivadamente sobre la prueba propuesta.

Así el Dictamen 240/10 consideraba que: "Sin embargo, en el caso objeto del presente dictamen la Administración desestima la reclamación por considerar que no queda acreditada la relación de causalidad entre el daño padecido por la interesada y la asistencia sanitaria prestada, sin valorar las alegaciones que formula esta en el trámite de audiencia, que contradicen las afirmaciones mantenidas en los informes periciales de la Inspección sanitaria y de la compañía aseguradora y sin pronunciamiento alguno sobre la pertinencia y relevancia de la prueba propuesta para acreditar los hechos que afirma la reclamante. Dicha falta de pronunciamiento expreso vulnera el artículo 80.3 de la LRJAP-PAC y artículo 9 del RPRP, ocasionando un defecto de forma que genera anulabilidad del procedimiento si ha ocasionado indefensión, de conformidad con el artículo 63.2 de la LRJAP-PAC"; en tanto que, el Dictamen 200/11 entendía que: «No consta que haya existido pronunciamiento sobre la solicitud de incorporación al expediente de las radiografías del paciente como prueba documental acreditativa del empeoramiento que alega. En este sentido, no cabe desconocer que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 80 LRJPAC en el procedimiento administrativo podrán acreditarse los hechos por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Es cierto que, el instructor de un procedimiento administrativo no está vinculado en todo caso a la solicitud de prueba del administrado, es decir, no necesariamente ha de llevar a cabo todas y cada una de las pruebas que se propongan en el curso del procedimiento, pero tampoco cabe pasar por alto lo dispuesto en el apartado tercero del meritado artículo 80, conforme al cual "el instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada", norma que se incorpora, asimismo, en el artículo 9 RPRP. Del reproducido precepto resulta, interpretado a sensu contrario, que la discrecionalidad de la Administración en la determinación de las pruebas a practicar en cada caso tiene su límite infranqueable en que las que se rechacen no sean, de forma palmaria improcedentes o innecesarias.





La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras en la Sentencia 30/1986, de 20 de febrero, establece "que el artículo 24.2 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de 'utilizar los medios de prueba pertinentes' en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que, deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación".

En todo caso, no encontramos que se produzca indefensión al perjudicado ya que el estado del paciente queda suficientemente acreditado por los informes médicos incorporados al expediente».

Para el Dictamen 175/14, de 30 de abril, no causa indefensión el no aportar la historia clínica anterior a los cinco años durante los que legalmente existe la obligación de custodia.

4. Los distintos medios de prueba

La remisión del artículo 80 LRJ-PAC a los medios de prueba admitidos en derecho, supone el tener que acudir a los medios regulados en la LEC, tanto a los enumerados en el apartado 1º del artículo 299, como al *numerus apertus* que recoge el apartado 3º del mencionado precepto.

4.1. Documentos

La prueba de documentos aparece regulada en la LEC y en algunos preceptos del CC. En la práctica del Consejo, se han planteado como principales problemas los relativos a los documentos expedidos por funcionarios públicos, el valor probatorio de la historia clínica y el de las fotografías.

En el Dictamen 227/08, de 17 de diciembre ya se señaló el valor privilegiado de los **atestados** a la hora de acreditar los hechos consignados en los





mismos, apoyándose en lo dispuesto en el artículo 137 LRJ-PAC, indicando que: "Además, este Consejo Consultivo, considera que es el informe o atestado policial el documento que debe tenerse en consideración a efectos probatorios, toda vez que es el que incorpora la firma del agente instructor, que es el elemento que le otorga la fehaciencia derivada de los informes de la autoridad pública y que implican el carácter probatorio de los mismos. (...) En este sentido, son múltiples las sentencias que reconocen la relación de causalidad en accidentes ocasionados en la vía pública, como consecuencia de deficiencias en la conservación y mantenimiento de las mismas, puestas de manifiesto mediante atestados policiales o de la Guardia Civil. Así, entre otras, podemos citar la Sentencia del TSJ Madrid de 20 marzo de 2007, (JUR 2007\248538), del TSJ C. Valenciana, de 3 marzo de 2006 (JUR 2006\221620) o del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 16 noviembre de 2006, (JUR 2006\75594)".

Ello no impide que los atestados policiales no puedan ser criticadas sin dar por ciertos los hechos que recogen, así el Dictamen 12/11, de 19 de enero, en tanto, por el contrario la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de octubre de 2012 (recurso 472/2010) que resuelve ese mismo supuesto afirma que "El informe atestado que se ha realizado por los agentes de la autoridad, constituye una pericial que goza del principio de imparcialidad de los Agentes de la Autoridad, que realizaron "in situ" una inspección ocular, sin que se produjera modificación alguna de los elementos del siniestro, lo que constituye una prueba de percepción directa en su estadio final del acontecer del evento dañoso. Dicho documento público, emitido por los funcionarios de la Guardia Civil, en el ejercicio de sus funciones, entendemos que hace prueba plena de los hechos o estado de cosas que documenta, así como de los intervinientes y de la fecha que incorpora" y que "En lo concerniente a las aseveraciones y manifestaciones acerca de la tierra y gravilla que se encontraba en la carretera, debemos valorarla de conformidad con lo que dispone el artículo 376 de la LEC, con arreglo a la sana crítica, sin que las manifestaciones de los testigos puedan considerarse suficientes para enervar los hechos acreditados en el documento público consistente en Informe Atestado de los Agentes de la Autoridad".





En parecidos términos, en cuanto al valor privilegiado como prueba de los informes policiales, los dictámenes 601/11, de 2 de noviembre, 308/13, de 24 de julio, 246/14, de 4 de junio y 377/14, de 3 de septiembre.

En el dictamen 313/12, de 23 de mayo, se dice literalmente: "Resulta patente la insuficiencia de dichas pruebas. Ni unas fotos antiguas ni un certificado de alquiler de una caja de seguridad pueden probar con un mínimo de seriedad la existencia actual de los objetos, que pertenecieran a la reclamante, y mucho menos que estos desaparecieran con motivo de la actuación municipal, actuación esta que fue recogida en las correspondientes actas firmadas junto con la interesada por los diversos funcionarios públicos actuantes (inspectores de gestión ambiental y urbana, agentes de Madrid Salud, trabajadora social, Samur y agentes de la policía), (folios 117 a 124).

Dichas actas, como documentos públicos con la fuerza probatoria que a los mismos atribuyen los artículos 317 a 319 de la Ley 1/2001 de Enjuiciamiento Civil, reflejan la situación de peligro que para la salud pública implicaba el estado de la vivienda, acreditando la necesidad de la actuación pública así como, que fueron adoptadas las medidas encaminadas a asegurar los bienes y demás derechos de la reclamante".

El valor probatorio de la historia clínica se encuentra recogido en su utilización constante en los dictámenes a la hora de establecer los hechos, y es objeto de una especial atención en el Dictamen 486/11, de 14 de septiembre que destaca, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la misma no constituye un documento público, pudiendo ser desvirtuada por otros medios probatorios.

En ese dictamen, en el que se discutía por la reclamante los datos consignados en la historia clínica, se afirmó que: «Nos encontramos ante una historia clínica que contiene datos acreditativos del suministro en tiempo y forma del tratamiento que la reclamante niega ofreciendo pruebas testificales en apoyo de su tesis contraria a los datos consignados. El Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia sobre el valor probatorio de la historia clínica. Así, en sentencia de 5 de junio de 1998 (RJ 1998/4257), se entiende que el tribunal de





instancia provoca indefensión vulnerándose el artículo 24 de la Constitución Española cuando del total de las pruebas aportadas al proceso, solo se valora la historia clínica, señalando:

"El error de la Audiencia ha sido estimar como intocable lo que se dice en la historia clínica, como hechos probados, sin apercibirse que tal historia no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser verídico, confrontado con los demás medios probatorios. No haciéndolo, o si se ha hecho no se manifiesta cómo ha sido, queda la historia clínica como verdad irrefutable, lo que no puede admitirse".

Otra sentencia posterior, del mismo tribunal y Sala de fecha 14 de febrero de 2006 (RJ 2006/884), en el mismo sentido manifiesta: "No es necesario, en consecuencia, señalar, no aceptando la posición del recurrente -que refleja la opinión de un sector doctrinal-, que la historia clínica, aun cuando sea elaborada por médicos ligados por una relación jurídica de naturaleza pública con los servicios de salud, no tiene un carácter asimilable al de los papeles o libros privados, pero tampoco ostenta el carácter de documento público determinante de plenitud de prueba respecto de los extremos que dispone la Ley, pues, aunque quien la emita tenga la condición de funcionario, en ella se plasma la realización de actos médicos y se recogen valoraciones de reconocimiento o diagnóstico como elemento de la actividad médica para cumplir con la lex artis, y no en función del carácter funcionarial o no del facultativo, ni para conseguir una finalidad de constancia propia del ejercicio de la función pública, ni como expresión de la competencia o facultades reconocidas a la unidad orgánica administrativa en que se integra el titular con virtualidad para producir formalmente efectos jurídicos frente a terceros (STS de 28 de diciembre de 1979 [RJ 1979, 4663], que niega a la historia clínica, a efectos del recurso de casación, el requisito de la literosuficiencia como documento auténtico y, a efectos argumentativos, SSTS, Sala Tercera, de 17 de abril de 1996 [RJ 1996, 2964] y 10 de junio de *2003)*.

El historial médico, con esto, no hace fe por sí mismo de los datos que contiene, los cuales pueden ser contrastados con los demás medios probatorios,





pues no tienen carácter intocable, como declara la STS de 5 de junio de 1998 (RJ 1998, 4275), ya que la historia no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser verídico, y debe ser confrontado con los demás medios probatorios, incluso, a falta de norma específica, si se les reconoce el carácter de documentos administrativos, como reconoce hoy el art. 319.2 LECiv/2000 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)". De ello debemos deducir el derecho que asiste a la reclamante a proponer medios de prueba con la finalidad de refutar los datos contenidos en la historia clínica.

La ausencia de motivación con conocimiento de la reclamante del rechazo de una prueba propuesta que, además, por lo anteriormente argumentado, resulta procedente (guarda relación con el procedimiento) y necesaria (es idónea para la aclaración de los hechos) para resolver con garantías de acierto, nos lleva a concluir que se ha provocado una indefensión en la reclamante que viene a reforzar la decisión de retrotraer argumentada en la anterior consideración jurídica y que este Consejo Consultivo debe resaltar ya que precisamente su finalidad es "ilustrar al órgano decisor y potenciar la legalidad y acierto de su decisión" (Dictamen del Consejo de Estado nº. 42.764, de 11 de diciembre de 1980)».

Señalar, igualmente, que en numerosos dictámenes se recoge que las **fotografías** no hacen prueba en las caídas en la vía pública de cómo se produjeron estas (Vid. Apartado 2.2.2).

4.2. Testifical

En cuanto a la prueba testifical, el Consejo, desde un primer momento, rechazó las tesis de algún ayuntamiento de repudiar sistemáticamente esa prueba, por considerar que la misma era escasamente fiable. El Consejo considera que esa motivación no es correcta, de tal forma que la prueba testifical ha de admitirse en el procedimiento administrativo, así dictámenes 166/08, de 17 de diciembre y 183/08, de 3 de diciembre.

Como recuerda este último: "No cabe desconocer que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 80 LRJ-PAC en el procedimiento administrativo podrán acreditarse los hechos por cualquier medio de prueba admisible en





Derecho, entre los que se encuentra la prueba de declaración de testigos, prevista en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 360 a 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y cuya práctica no puede rechazarse de plano y con carácter general en el ámbito administrativo, por el simple hecho de que en la esfera administrativa la declaración de testigos no pueda ir acompañada, a diferencia de lo que sucede en sede jurisdiccional, de sanción por falso testimonio".

Doctrina que se ha mantenido, desde entonces y cuya última expresión es recogida por última vez en el Dictamen 248/14, de 4 de junio.

En el Dictamen 612/12, de 7 de noviembre, se analiza extensamente la valoración de esta prueba.

Admitida esta prueba en el procedimiento administrativo, se plantean con frecuencia numerosos problemas en su correcta realización. Es cierto que, diversas previsiones de la LEC no pueden aplicarse en el procedimiento administrativo, como la obligación de comparecer (artículo 292), así el Dictamen 366/14, de 3 de septiembre en el que una testigo se niega a declarar, el juramento o promesa de decir verdad, previa advertencia de las penas por falso testimonio (artículo 365), o las indemnizaciones a los testigos (artículo 375) pero ello, no obsta, a que deban aplicarse todas las demás normas que aseguran la efectividad de la prueba, partiendo de sus principios básicos de oralidad, inmediación y contradicción.

Por ello, este Consejo rechaza considerar como prueba testifical, la aportación de documentos en los que el testigo de los hechos relata los mismos. Así el Dictamen 385/10 de 10 de noviembre, que además advierte al Ayuntamiento consultante sobre la improcedencia de pedir al reclamante que aporte la prueba testifical por escrito, indicando que "En el caso que nos ocupa la interesada solicita la práctica de prueba testifical, que es sustituida por la instructora por una prueba documental consistente en la declaración escrita del testigo. La propuesta de resolución rechaza esta prueba documental (...)

Sin embargo, esta prueba documental (que no testifical como bien expresa la propuesta de resolución citando Jurisprudencia de hace algunos años) no es





presentada unilateralmente por la reclamante, sino solicitada por la instructora, precisamente en sustitución de la prueba testifical que la interesada sí solicitó por dos veces en la tramitación del expediente. Y se presenta, pues, en la forma y con los requisitos solicitados por la instrucción que son, que sea declaración bajo juramento o promesa y con indicación de nombre completo, dos apellidos y DNI del declarante. Si la instrucción consideraba necesario que constase la relación del declarante con la perjudicada podía haberlo hecho constar así en el requerimiento de la práctica de esta prueba documental, lo que no hizo.

En la práctica de la prueba testifical que la reclamante sí solicitó, de haberse practicado, la instructora podría haber preguntado al testigo lo que considerase más conveniente en relación con los hechos y habría podido decidir sobre la veracidad del testimonio, introduciendo las garantías de contradicción que hubiese estimado pertinentes, sin limitarse a argumentar sobre la fiabilidad de una prueba que la propia instrucción solicita para rechazarla sin más y sin practicar la realmente solicitada".

En el Dictamen 487/11, de 14 de septiembre se acuerda retrotraer de nuevo el procedimiento porque la Administración, tras omitir la prueba testifical solicitada por el reclamante que motivó una primera retroacción, se limitó a solicitar una declaración escrita. Este hecho y la ausencia de audiencia a la contratista hace que el dictamen recuerde que: "Dentro de la función ilustrativa que corresponde a este Consejo y en tanto han de retrotraerse las actuaciones, cabe poner de manifiesto que la falta de credibilidad que el instructor otorga al testimonio que se contiene en el documento de declaración testifical remitido por la reclamante, se basa en dudas razonables sobre la personalidad del testigo y la autoría del documento que se hubiesen podido solventar dando efectividad al principio de contradicción, si se hubiera llevado a efecto la prueba testifical ofrecida en la forma regulada en los artículos 360 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y por cuya omisión se acordó por parte de este Consejo con fecha 15 de septiembre de 2010 la retrotracción de las actuaciones. En este sentido y como solo a una deficiente instrucción de la Administración actuante que no puede obrar en perjuicio de la reclamante, obedecen las dudas suscitadas en la credibilidad de la prueba incorporada como documento





recogiendo las declaraciones del testigo, sería conveniente que se procediese a practicar prueba testifical en la forma legalmente establecida en los artículos 360 a 381 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil".

En términos semejantes se pronuncia el Dictamen 460/09, al indicar que: "Dicha norma supone, que el derecho a la prueba es compatible y no atenúa el deber del instructor de realizar de oficio cuantos actos puedan resultar conducentes a determinar los hechos relevantes para dictar la resolución que instructor debía haber practicado la prueba fundamentalmente de las dos personas que firman el escrito y presenciaron los hechos denunciados, verificando si dichas personas ratificaban los hechos relevantes. Si se aceptase la falta de valor probatorio de estos testigos, antes de tomarles declaración, se estaría incurriendo en el grave error de confundir libertad de valoración de la prueba con arbitrariedad en su apreciación, ya que, como ha sentado la jurisprudencia, las pruebas llamadas de libre valoración han de ser valoradas en su expresión legal más precisa conforme a las reglas de la sana crítica. De haberse procedido así, sin duda, habría podido el instructor formarse un juicio fundado sobre la parcialidad o no de los firmantes y, fundamentalmente de la realidad y características de conocimiento de los hechos. Debemos señalar, además, que en estos procedimientos, la asistencia letrada no es preceptiva y no resulta razonable exigir al ciudadano conocimientos técnico-jurídicos en sus reclamaciones administrativas. Por todo ello, el instructor debería haber practicado la prueba testifical con estos testigos presentados por la reclamante".

El Consejo en estos casos no priva totalmente de valor a esa prueba, sino que como establece el Dictamen 38/11, de 9 de febrero: "Respecto de las declaraciones testificales incorporadas al expediente por escrito, la propuesta de resolución les priva de todo valor a los efectos que venimos considerando, por entender que, no habiendo comparecido tales testigos a prestar declaración a presencia del instructor, no procede entrar a valorar sus manifestaciones.

Este razonamiento, sin embargo, no es admisible en sus propios términos. Bien es verdad que las declaraciones juradas de los testigos que se han incorporado al expediente constituyen documentos privados y no pueden





valorarse como tal prueba de testigos, por no habérseles tomado declaración a presencia del instructor y con las garantías derivadas del principio de inmediación. Sin embargo, las declaraciones juradas -que la misma Administración consultante recabó de la reclamante en este caso y que viene admitiendo e incluso solicitando en otros casos a consecuencia de proposiciones de prueba testifical- pueden ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica como prueba documental, y más concretamente, como documentos que incorporan declaraciones de conocimiento.

No parece coherente y equitativo a este Consejo que la Administración consultante, que bien pudo disponer en su momento, de modo directo, la citación de los testigos propuestos por la reclamante, para ser examinados por el instructor, recabase de la reclamante la aportación de las declaraciones y solo a la vista de su contenido ordenase la citación personal inicialmente procedente, con el resultado de pretender que la posterior incomparecencia de los citados priva de todo valor probatorio a las declaraciones escritas inicialmente solicitadas y efectivamente aportadas".

En resumen: 1ºLos instructores no están obligados a practicar la prueba testifical que haya podido solicitar la parte reclamante pero si rechazan su práctica deben hacerlo de forma motivada; 2º Si se acuerda su práctica ha de realizarse de forma oral ante el instructor debiendo comunicarse su realización a los interesados en el procedimiento para que asistan si lo desean (en caso contrario el Dictamen 577/12, de 24 de octubre, entiende que procede la retroacción); 3º Las declaraciones presentadas por escrito no son una verdadera prueba testifical por lo que los instructores no deben solicitar su aportación a los proponentes de la prueba, y 4ºLas declaraciones que se aporten por escrito deberán ser tenidas en cuenta pero no como prueba testifical.

Naturalmente, en la valoración de la prueba testifical se ha de tener presente lo dispuesto en la LEC sobre la tacha de testigos, puesto que si bien al no existir dualidad de partes no procede la tacha, sí ha de tenerse en cuenta la concurrencia de alguna de esas circunstancias, tal y como expone el Dictamen 414/10, de 24 de noviembre: "Aparte de que la facultad de tachar al testigo en quien concurra dicha circunstancia de matrimonio o parentesco hasta el cuarto





grado civil, es potestativa para la parte contraria, en el caso del procedimiento administrativo es evidente además que la tacha no resulta posible, por no existir parte contraria alguna, como sucede en el proceso.

Hecha esta salvedad, ni que decir tiene que cuando el testigo o los testigos propuestos por el interesado en el procedimiento se encuentren ligados con él por vínculo de parentesco o amistad, o tengan interés directo o indirecto en el asunto, ello obliga al instructor del expediente a ponderar con la debida cautela sus declaraciones, otorgándoles valor siempre con arreglo a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran (cfr. artículo 376 de la LEC)".

En el Dictamen 493/12, de 5 de septiembre se recoge, con cita de jurisprudencia contencioso-administrativa y social que las actas notariales de manifestaciones no pueden ser valoradas como prueba testifical al faltar las notas de inmediación y contradicción.

El Dictamen 560/13, de 20 de noviembre, aplica lo establecido en el artículo 366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a que los testigos no pueden comunicarse entre sí, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de julio de 2012 (recurso 990/2009), en un caso en el que los testigos reconocían que habían consensuado sus declaraciones.

4.3. Pericial

La prueba pericial resulta habitual en los procedimientos de responsabilidad patrimonial al exigirse con frecuencia conocimientos científicos o técnicos para determinar la concurrencia de los elementos que dan lugar a la responsabilidad, necesidad que alcanza sus mayores cotas en la materia sanitaria.

Como señala el Dictamen 760/11, de 28 de diciembre los informes periciales han de ser valorados "(...) de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal y como establece el artículo 348 LEC, teniendo en cuenta la autoridad científica del perito, la aceptabilidad conforme al conocimiento común de los métodos científicos aplicados por el mismo, y sobre todo, la coherencia lógica de la argumentación desarrollada por este en el dictamen", teniendo en cuenta que los





informes emitidos por funcionarios no tienen prevalencia, recordando el Dictamen 30/08, de 5 de noviembre que: "Para apreciar la ocurrencia de una buena práctica sanitaria, es imprescindible llevar a cabo una rigurosa evaluación de la prueba, contraponiendo los informes periciales contrarios, sin que tenga prevalencia la realizada por peritos funcionarios, porque, si bien les es predicable independencia y objetividad, no es menos cierto que otros peritos pueden tener análogas condiciones. La prueba debe sustentarse en perito que reúna la mayor especialidad posible que abarque la procedencia de la lesión ocurrida, como indica el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

A este respecto, ha de recordarse que, para otorgar fuerza probatoria a la prueba pericial, especialmente en materia sanitaria, el perito ha de partir de los datos existentes en el momento en que ocurrió el supuesto hecho lesivo y no en función de datos posteriores, recogiendo la jurisprudencia la llamada "prohibición de regreso" (dictámenes 52/13, de 20 de febrero y 365/13, de 11 de septiembre.

De igual forma el Consejo, apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2011 (recurso 593/2008), rechaza el que los dictámenes periciales se limiten a dar por acreditados los hechos tal y como les son relatados a los peritos por la parte que encarga la elaboración del informe pericial (dictámenes 618/13, de 18 de diciembre y 68/14, de 12 de febrero).

4.4. Presunciones

En algunos supuestos el Consejo también ha utilizado la llamada prueba de presunciones, en la cual, a partir de un hecho cierto se extrae otro incierto, de acuerdo con las máximas de la experiencia. En este sentido los dictámenes 468/09 de 30 de septiembre; 19/10, de 27 de enero y 446/10, de 15 de diciembre (si bien efectúa una valoración conjunta de la prueba).

En el voto particular al Dictamen 66/10, de 10 de marzo, se realiza un extenso y motivado análisis de la posibilidad de aplicar este medio de prueba en las caídas en la vía pública. En términos similares el Dictamen 309/13, de 24 de julio.





El Dictamen 159/14, de 9 de abril, alude a los "juicios probabilísticos" y las presunciones a la hora de entender que existe un daño desproporcionado en la asistencia sanitaria.

5. Valoración de la prueba

En la valoración de las pruebas se aplican los criterios que recoge la LEC teniendo en cuenta en todo caso la llamada valoración conjunta de la prueba, tesis de origen jurisprudencial recogida implícitamente en el artículo 218.2 LEC y acogida de forma expresa por dictámenes como el 446/10, de 15 de diciembre: "Este órgano consultivo entiende que en el caso dictaminado, la existencia de relación de causalidad entre las lesiones sufridas por la hija del reclamante y la actuación de la Administración educativa, ha quedado suficientemente acreditada mediante la referida prueba de presunciones, llevando a la misma conclusión la apreciación conjunta de la prueba".

En el dictamen 760/11, de 28 de diciembre se dice: "La apreciación conjunta de la prueba aportada, nos lleva a considerar que el citado informe pericial no llega a acreditar la vulneración de la lex artis, ofreciendo mayor credibilidad el resto de informes médicos evacuados en este procedimiento de responsabilidad patrimonial que afirman la correcta prestación de asistencia sanitaria" o el 626/12, de 21 de noviembre.

El Dictamen 257/14, de 11 de junio, considera que una valoración conjunta de la prueba permite entender acreditada la relación de causalidad aunque los testigos no contemplasen la caída.

De igual forma, el Consejo viene estableciendo el respeto por la valoración que de la prueba haya hecho el instructor salvo que la misma resulte irracional, ilógica, arbitraria o vulnerase preceptos legales, así el Dictamen 138/11, de 6 de abril: "Por analogía con lo establecido en el ámbito jurisdiccional, la revisión por este Consejo Consultivo de la prueba practicada en la instrucción debe respetar la valoración de aquellas pruebas, como las declaraciones testificales, practicadas con una inmediación de la que carece el Consejo. El mismo respeto a la valoración del instructor resulta razonable mostrar cuando esta ha llevado a cabo una apreciación conjunta de pruebas, si algunas de ellas han sido practicadas con inmediación. Solo cuando la valoración del instructor fuera





manifiestamente irracional, arbitraria o ilógica o vulnerase preceptos legales, podría este Consejo Consultivo apartarse de lo apreciado por el instructor, por lo que procede atenerse a la conclusión recogida en la propuesta de resolución, de considerar el resultado de las pruebas practicadas como insuficiente para considerar acreditados o probados los hechos correspondientes".

Especialmente importante son los dictámenes 307/11, de 8 de junio y 531/13, de 6 de noviembre, en cuanto a la valoración de la prueba pericial de acuerdo con las reglas de la "sana crítica". Recoge este dictamen que: «Por la remisión general del Art. 80.1 LRJ-PAC al Derecho probatorio, confirmada por la constante invocación y aplicación de preceptos de esa naturaleza (muy especialmente los contenidos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC), tanto por órganos administrativos como por los Tribunales de Justicia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los dictámenes de periciales han de ser valorados conforme a "las reglas de la sana crítica" (Art. 348 LEC). No es necesario extenderse aquí sobre el significado de esa consagrada expresión legal y es suficiente recordar que, contrapuesta la valoración o apreciación de la prueba según parámetros legales firmes seguros ("prueba legal") a la "libre valoración de la prueba", la invocación de las "reglas de la sana crítica" significa, por un lado, vedar tajantemente una valoración arbitraria, caprichosa y plenamente inmotivada, y por otro, indicar como guía de la valoración de la prueba, la consideración debida a reglas de la experiencia que son generalmente aceptadas y utilizadas por personas con buena capacidad de juicio. Los dictámenes de ciertos expertos, los peritos, pese a caracterizarse por aportar conocimientos generales en determinados ámbitos, conocimientos que no tiene por qué poseer quien es llamado a dictaminar o enjuiciar conforme a Derecho, carecen secularmente de fuerza vinculante, que, por lo demás, sería inviable en todos los casos, nada infrecuentes, de dictámenes divergentes o contradictorios. Quiere nuestro ordenamiento jurídico que sea la autoridad dictaminante o enjuiciadora quien, conforme a criterios razonables, decida el valor atribuible a un dictamen pericial, y más en concreto, para casos de pluralidad de dictámenes qué opinión experta merece mayor credibilidad en los puntos en que sea relevante el criterio del perito o peritos».

A las dificultades de valoración de esta prueba en casos de informes periciales contradictorios alude el Dictamen 392/14, de 10 de septiembre.





En la prueba testifical se destaca, para tener por probados los hechos, la coincidencia de los testigos y la coherencia interna de sus testimonios (Dictamen 632/11, de 16 de noviembre), en tanto que las contradicciones y las dudas en las declaraciones conducen a no dar fuerza probatoria al testigo que incurre en ellas (Dictamen 683/11, de 30 de noviembre).



6. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA*

ÍNDICE

- 1. Introducción
 - 1.1. Normativa
 - 1.2. Doctrina
- 2. Contratos de obras y de concesión de obras públicas
- 3. Contrato de gestión de servicios públicos y de servicios
- 4. Contrato de suministro

Dictámenes destacados: 563/09, 19/10, 278/12, 336/12, 131/13, 379/13

1. Introducción

1.1. Normativa

La actual regulación legal se contiene en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Con carácter general, "Será 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". Art. 214 (con idéntica redacción el art. 198 de la anterior Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público).

Y específicamente para el contrato de concesión de obra pública en el art. 246.e) TRLCSP ("Indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 214").

En cuanto al contrato de gestión de servicios públicos es obligación del contratista "Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño

Elaborado por EDUARDO PFLUEGER TEJERO, Letrado del Consejo Consultivo, basándose en el contenido de los dictámenes más significativos.





sea producido por causas imputables a la Administración" Art. 280c) TRLCSP.

En cuanto al contrato de servicios "El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato" Art. 305.2 TRLCSP.

A partir de esta normativa, la jurisprudencia y la doctrina del Consejo Consultivo recogen diversos particulares que es necesario tener en cuenta.

1.2. Doctrina

Como se recoge en el Dictamen 563/09:

"En el orden contencioso administrativo han convivido dos tesis: una, la que permite al particular reclamar a la Administración contratante, titular de la obra pública, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, y la otra, la que interpretaba el antiguo artículo 134 del Reglamento General de Contratación en su literalidad, de forma que el contratista era el responsable de los daños ocasionados, salvo que éstos obedecieran a defectos del proyecto o a una orden de la Administración".

En el mismo dictamen recogíamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001(RJ 2001/6852): "Esta segunda línea jurisprudencial es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala no sólo porque el texto del artículo 134 citado es clarísimo, en su misma redacción literal, pues carece de sentido —pues atenta al principio de economía procesal— que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo".

De este modo, aun existiendo una empresa contratista que ejecuta la obra o desempeña el servicio (supuestos principales), el particular puede dirigirse a la Administración en solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial administrativa; ésta debe examinar si dicha responsabilidad resulta procedente y





si debe responder dicho contratista o la misma Administración. La decisión dependerá tanto del tipo de contrato en que nos encontremos como de la existencia o no de circunstancias de hecho que puedan dar lugar al derecho de repetición.

Sentado lo anterior, es necesario antes de referirnos a cada uno de los contratos administrativos, mencionar la existencia de otro supuesto de atribución de responsabilidad a la Administración y es el relativo a la falta de tramitación de la reclamación efectuada por el perjudicado. De este modo la Administración ha de pronunciarse sobre la responsabilidad o no del contratista, y su ausencia da lugar a la estimación de la responsabilidad de dicha Administración. Tal criterio puede verse en la importante Sentencia de 30 de marzo de 2009 (recurso de casación núm. 10680/2004).

2. Contratos de obras y de concesión de obras públicas

Cuando se trata de un contrato de obras, la doctrina jurisprudencial ha proclamado la regla general de responsabilidad del adjudicatario por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de su ejecución, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que trata de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto (así Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009, recurso casación 10680/2004).

Esta doctrina puede verse condensada en nuestro Dictamen 341/12, sobre reclamación de responsabilidad existiendo un contrato de concesión de obra pública:

«En la actualidad, el Tribunal Supremo se decanta por una interpretación literal del artículo 198 de la LCSP, así la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007,3691) en interpretación del hoy derogado artículo 134 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, pone de manifiesto las dos líneas jurisprudenciales que han venido conviviendo, considerando como





la tesis correcta la que atribuya la responsabilidad al contratista en el contrato de obra, como es el del caso. Dicha sentencia con cita de las sentencias de 30 de abril de 2001 (RJ 2001, 6852) y 24 de abril de 2003 (RJ 2003, 5409), declara "... obliga a entrar en el fondo de la cuestión debatida y ello determina, a la luz de los propios preceptos citados que se reputan infringidos por la Sentencia de instancia -en concreto el art. 134 del Real Decreto 3410/75- no proceda la responsabilidad de la Administración solicitada por la Empresa Nacional de Celulosas, SA., en la instancia, sin perjuicio de las reclamaciones que en su caso pueda formular contra la contratista de la obra, toda vez que como se ha dicho, los daños por los que se reclama que trajeron su causa en la ejecución del contrato de obra, no se derivaron de manera directa e inmediata de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto por ella elaborado, ni cabe imputar a la misma ningún género de negligencia al respecto".

Se consagra el principio general de responsabilidad del contratista salvo en los supuestos de orden directa de la Administración o de vicios del propio proyecto elaborado por la misma. En la noción de "órdenes" se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos en su puesta en práctica (Sentencias de 11 de julio de 1995 (recurso n° 393/1993) y de 8 de julio de 2000 (recurso 2731/1996).

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, dictada en el recurso 1344 /2002 (RJ 2006, 3388), señala que frente a la regla general de responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, la responsabilidad de la Administración sólo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. Se modula así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con





ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es titular de la obra y la responsable de alcanzar el fin público que se trata de satisfacer. Por otra parte, esta tesis no supone una carga especial para el perjudicado en cuanto a la averiguación del contratista o concesionario, pues el propio precepto señala que basta que el mismo se dirija al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el responsable de los daños».

Otro supuesto puede verse en el Dictamen 157/09, en este caso sobre reclamación por daños ocasionados al edificio propiedad del reclamante a consecuencia de la ejecución del proyecto de obras de un parque central de bomberos colindante. En dicho dictamen se parte que "se consagra el principio general de responsabilidad del contratista salvo en los supuestos de orden directa de la Administración o de vicios del propio proyecto elaborado por la misma.

Añadíamos que:

"En estas circunstancias, falta el nexo causal entre la actuación de la Administración y el perjuicio padecido por la reclamante, pues, como se recoge en la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2003 (RJ 2003, 5409), entre "la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa a efecto, ya que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenas a la organización o a la actividad administrativa, pues la responsabilidad de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de otros sujetos de derecho que no guardan relación alguna con el servicio", sentencia que consideró improcedente la responsabilidad patrimonial de la Administración, por esa causa, en un supuesto de contratación administrativa aun teniendo en cuenta la legislación anterior; en el mismo sentido la sentencia de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8401)".

Al fundamento de la ruptura del nexo causal para excluir la responsabilidad administrativa en el contrato de obras como regla general, nos referimos igualmente en nuestro Dictamen 56/10, en el que se estudió el supuesto de





daños causados en un edificio por una máquina perforadora en la ejecución de una obra pública. Así recogimos que "En estas circunstancias, falta el nexo causal entre la actuación de la Administración y el perjuicio padecido por la reclamante, pues, como se recoge en la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2003 (RJ 2003, 5409), entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa a efecto, ya que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenas a la organización o a la actividad administrativa (...)".

En el mismo añadíamos que: «Dicha postura resulta acorde a la propia naturaleza del contrato de obra, definido en el artículo 6 de la LCSP como el contrato que tiene por objeto la realización de una obra, en los términos del artículo 6.2, como "el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble". Este precepto debe completarse con lo dispuesto en el artículo 1544 del Código Civil, por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra y otra a pagar un precio cierto. Por el contrato de obra una de las partes se obliga a una prestación de resultado, con independencia del trabajo que lo crea. Y así el contratista asume los riegos que la ejecución del contrato conlleve hasta que se produce la recepción de las mismas en los términos previstos por los artículos 205 y 218.1 de la LCSP.

En definitiva, para que pudiera estimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento sería necesario que la sociedad reclamante acreditara la existencia de relación de causa a efecto entre los perjuicios invocados y la actuación de la Administración, lo que no se prueba en el presente procedimiento, pues en ningún momento plantea y menos justifica que tales perjuicios sean consecuencia de una orden de la Administración o de vicios del proyecto elaborado por la misma, como establece el artículo 97 del TRLCAP».

En el Dictamen 278/12 se analizó el supuesto de un accidente producido por un socavón existente en el asfalto como consecuencia de la ejecución de un





contrato de concesión de obra pública, y que carecía de la debida señalización. Decíamos entonces que "por lo que se refiere al contrato de concesión de obra pública, el artículo 243.e) de la LCAP le impone la de indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 97 de esta Ley. Por lo que se aplicará el mismo régimen que al contrato de obras cuando se causen daños en las operaciones de ejecución de la construcción".

En el Dictamen 19/10 se reclamó con base en la caída que se produjo cuando se atravesaba una zona de obras que se estaban efectuando en la vía pública, existiendo un adjudicatario del contrato de obras de conservación del pavimento. Consideramos entonces que "la finalidad del surgimiento del instituto de la responsabilidad de la Administración permite constatar que el título de imputación, aparte de otros que lo complementan, es el de la integración del servicio público en la organización administrativa, de forma que sólo cuando el agente daños aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa administrativa, podrá ser posible atribuir a aquélla el resultado dañoso; en consecuencia hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación (directamente o a través de entes filiales sometidas al Derecho privado o por contratistas o concesionarios), la posición del sujeto dañado no tiene porqué ser recortada en su esfera garantizadora, frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa, en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo, y ello sin perjuicio, naturalmente, de que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables. En suma, pues, como se desprende tanto del artículo 97.3 de la LCAP como de el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF), el particular perjudicado puede dirigirse a la Administración titular de la obra o el servicio público, la cual debe resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre su cuantía y quién debe pagarla". En este caso como la caída se produjo por no haber habilitado el contratista un paso de peatones se atribuyó a ésta la responsabilidad.





Otro ejemplo de responsabilidad patrimonial del contratista de obras por el mal estado de la vía en que se estaban ejecutando sin las debidas precauciones, puede verse en el Dictamen 15/11, en el que se consideró que "el accidente debido a la existencia de cemento en la calzada, no puede considerarse como derivado de una orden o de un vicio del proyecto de la Administración, por lo que la responsabilidad por los daños causados resulta imputable al contratista".

En supuestos de deficiente señalización de obras puede verse igualmente el Dictamen 181/09.

En el Dictamen 52/10 los daños reclamados consistieron en la inundación de un local por rotura de tubería utilizada por los bomberos para casos de incendios, y consideramos que "En definitiva para que pudiera estimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento sería necesario que la sociedad reclamante acreditara la existencia de relación de causa a efecto entre los perjuicios invocados y la actuación de la Administración, lo que no se prueba en el presente procedimiento, pues en ningún momento plantea y menos justifica que tales perjuicios sean consecuencia de una orden de la Administración o de vicios del proyecto elaborado por la mima, conforme establece el artículo 97 del TRLCAP. Por el contrario, consta en el expediente informe de la empresa (...) que declara que los daños se deben a la ejecución de las obras (...)".

En el mismo dictamen expresábamos que "como ya se ha manifestado en dictámenes anteriores (v.gr. 157/09 y 298/09), este Consejo Consultivo, sin desconocer la doctrina del Consejo de Estado al respecto, que rechaza la interpretación acogida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2007, derivada, a su juicio de una lectura apresurada del artículo 98 LCSP, que lleva a considerar que el tercero perjudicado tiene que dirigir su acción de responsabilidad extracontractual contra el contratista si el daño o lesión es consecuencia de las operaciones propias de la ejecución del contrato y contra la Administración cuando el daño se produce como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de vicios proyecto, considera más ajustada al tenor literal del artículo 97 del TRLCAP, la





interpretación que realiza el Tribunal Supremo y procede declarar la responsabilidad del contratista".

En el caso examinado en el Dictamen 491/13, se trataba de una caída que tuvo su origen en un resbalón provocado por el aceite mezclado con gravilla que existía en la rampa de acceso a los portales en una zona en la que se estaban realizando obras por una empresa contratada por el Ayuntamiento. En dicho Dictamen decíamos que: "Trasladando al presente caso la doctrina jurisprudencial anteriormente mencionada cabe señalar que no se da ninguno de los presupuestos que permitirían trasladar la responsabilidad a la Administración, dado que aquella solo responderá cuando los daños causados se deban a una orden directa e inmediata suya o a un vicio del proyecto- lo que no es el caso-, y resultado acreditado que los daños se habría causado en la ejecución del contrato de obras en el que la empresa contratista habría vertido aceite y otros materiales de obra en las zonas de acceso a los peatones, lo que habría provocado la caída de la reclamante según lo expuesto en la consideración anterior".

Por otra parte puede darse la responsabilidad concurrente o solidaria de Administración y contratista intervinientes. Así lo consideramos en el Dictamen 168/11 en un supuesto de daños y perjuicios ocasionado por la caída de un árbol al transitar por una calle en la que se estaban realizando obras de remodelación. En dicho dictamen, sentada la responsabilidad del contratista también se estimó la responsabilidad solidaria de la Administración puesto que "la responsabilidad puede atribuirse a la Administración no sólo por los vicios del proyecto u órdenes directas sino también por la omisión del cumplimiento de sus obligaciones. En los supuestos de responsabilidad por omisión es necesario que los resultados lesivos pudieran haberse evitado o paliado mediante una actuación adecuada, por lo que la relación de causalidad no media entre la omisión y el resultado, sino en la virtualidad causal de la hipotética acción que hubiera podido o debido realizarse para evitar dicho resultado. (...) El Ayuntamiento tiene la competencia de conservación de los parques y jardines, por lo que ante una obra que pueda afectar a los árboles debe exigir que se adopten las medidas oportunas para evitar su deterioro, máxime cuando se





trata de obras promovidas por la misma Administración y se trata de árboles de gran envergadura".

3. Contrato de gestión de servicios públicos y de servicios

Este Consejo, sin desconocer la discusión doctrinal y jurisprudencial respecto de la responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en este tipo de contratos, se hace partícipe de la doctrina que considera que la Administración debe responder ante los terceros perjudicados por los daños ocasionados por sus servicios y actividades, siempre que se cumplan el resto de requisitos exigidos por la LRJPAC y ello pese a la dicción literal del artículo 280.c) del TRLCSP, interpretando el mismo como una norma que tiene por objeto regular las relaciones contractuales de la Administración, obligando a las partes del contrato, sin que pueda perjudicar a un tercero y alterar el régimen de responsabilidad patrimonial consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución.

De este modo, la titularidad y la asunción del servicio público constituyen títulos de imputación a la Administración de los daños que se deriven a terceros siempre que concurran los requisitos establecidos para apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración. "La Administración es gestora como agente y responsable necesaria de los intereses colectivos prevalentes" (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1989), "sin que sea posible quedar exento de responsabilidad so pretexto de la actuación de un concesionario" (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998).

Esta titularidad del servicio la hace responsable frente a terceros como regla general y así, en la Sentencia de 3 de noviembre de 2008 la Sala estimó la solicitud de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por la caída de un ascensor en un centro hospitalario afecto al servicio público, considerando como título de imputación el deber de vigilar el buen funcionamiento y conservación a pesar de la existencia de un servicio de mantenimiento contratado por la Administración. Así "en tales supuestos no cabe hablar de la irrupción de un elemento ajeno que rompe el nexo causal, porque la Administración titular del servicio ha de velar por el buen funcionamiento y el adecuado entretenimiento de los medios materiales suministrados para





desenvolver su actividad; si no lo hace así y causa daños a terceros, incurrirá en culpa in vigilando, título bastante para imputarle la responsabilidad".

A esta jurisprudencia es a la que atiende este Consejo al examinar los supuestos de responsabilidad derivados de la ejecución de contratos de gestión de servicios públicos.

Así en el Dictamen 642/11 exponíamos que "el hecho de que la gestión de determinados servicios se encuentre contratada externamente no modifica la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento en el ejercicio de sus competencias, y, en este caso, por incumplimiento del deber de conservación y pavimentación de la vía pública de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 22 de septiembre de 2003, recurso 1412/1999, y 22 de diciembre de 1994, recurso 2463/1991)".

En análogo sentido examinamos en el Dictamen 515/09, el expediente de responsabilidad patrimonial derivado de la reclamación por daños de una persona, a consecuencia de una caída producida por un desnivel existente en una tapa de hierro que había en la acera que alojaba en su interior una llave de corte de agua. La propuesta de resolución del Ayuntamiento, partía del contrato suscrito entre él mismo y la empresa adjudicataria, calificado como de concesión para la gestión de un servicio público de mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal. Desestima la reclamación porque en virtud del contrato y del pliego de prescripciones técnicas, son obligaciones del contratista la de revisar diariamente el estado general de conservación de los pavimentos en aceras y la elaboración de los partes correspondientes, así como proceder a su reparación continuada de los elementos o piezas deterioradas, así como del pavimento de la calzadas.

Sentados estos antecedentes concluimos en nuestro dictamen precitado que:

"Se plantea la cuestión de si la firma de un contrato de gestión indirecta del servicio público constituye parámetro bastante para excluir el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial contra el titular del servicio, como pretende el Ayuntamiento consultante. Este Consejo Consultivo no comparte la tesis expresada en la propuesta de resolución, al entender que la





Administración que ostenta la titularidad del servicio ha de responder de los daños que este produce a terceros en el marco de su funcionamiento normal o anormal, sin que la previsión de un pacto convencional por cuyo cauce se asigne tal responsabilidad al propio prestatario del servicio o la mención normativa citada evite este resultado. La responsabilidad extracontractual de la Administración le viene exigida en tanto en cuanto es titular del servicio correspondiente, por cuyo funcionamiento, normal o anormal, se produce el resultado dañoso, en relación de causa a efecto siendo indiferente que realice directamente la gestión del servicio de que se trate o indirectamente a través de las técnicas legalmente previstas, como la contratación administrativa, por tanto, es distinto el título en virtud del cual se puede exigir la responsabilidad a la Administración, en que basta que la lesión sea consecuencia del funcionamiento del servicio, con la excepción de la fuerza mayor, o a los sujetos privados concurrentes a la producción del daño (...)".

Insistimos en ello en nuestro Dictamen 18/14:

"Es también muy reiterada doctrina de este órgano consultivo, expresada en numerosos dictámenes (valga por todos el Dictamen 642/11, de 16 de noviembre), que el hecho de que la gestión de determinados servicios se encuentre gestionada de modo indirecto no modifica la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por el ejercicio de sus competencias y, en este caso, por incumplimiento del deber de conservación y pavimentación de la vía pública, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se ha dicho que las vías públicas, por ser de uso común constituyen bienes de dominio público municipal (ex. artículo 79 LBRL) sobre las cuales, la Administración tiene un deber de mantenimiento en condiciones de seguridad (ex artículo 25.2d) de la LBRL). La ineludible indemnidad de la víctima y la circunstancia de que los daños se desarrollan en el marco de un servicio público cuyo ejercicio es garantizado y asumido por una cierta Administración (que elige a la persona encargada de ejercitarlo en concreto) hace que ésta deba asumir los perjuicios generados en su desarrollo. Esta asunción no impide que luego la Administración pueda repetir contra el prestatario del servicio público por considerar que la causa determinante del daño fue, precisamente, la





transgresión de obligaciones asumidas por éste en el vínculo establecido al efecto. (Dictamen 130/10, de 19 de mayo)".

En el mismo sentido pueden verse los dictámenes 167/11, 173/12 ó 257/14.

De este modo, la titularidad de la competencia es la que, como regla general, determina la responsabilidad administrativa de los daños que haya podido producir el servicio público, aún cuando éste se desempeñe a través de un adjudicatario, y sin perjuicio del derecho de repetición de la Administración cuando exista un incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales.

Así, en nuestro Dictamen 379/13, decíamos que:

"Sin embargo es doctrina reiterada de este Consejo Consultivo, que las competencias de los municipios en orden a la pavimentación de las vías públicas urbanas y sobre el alcantarillado -artículo 25.2.d) y 1), respectivamente, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local -, son título suficiente para hacer responder al Ayuntamiento de Madrid, en su caso, de los daños y perjuicios derivados de su defectuoso estado de conservación. Ello sin perjuicio del posible ejercicio del derecho de repetición, de existir motivos para ello, contra la empresa titular del elemento urbano relacionado con la caída (en dicho sentido, nuestros dictámenes 404/10, 33/13).

De este modo el hecho de que la titularidad de la tapa de registro no corresponda al Ayuntamiento no modifica la responsabilidad patrimonial de éste por incumplimiento, en su caso, del deber de vigilancia y mantenimiento de las vías en condiciones de seguridad, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 22 de septiembre de 2003, recurso 1412/1999, y 22 de diciembre de 1994, recurso 2463/1991)".

En el mismo sentido el Dictamen 428/14:

«Por tanto, acreditada la falta de limpieza de la vía donde se produjo el accidente, resulta responsable el Ayuntamiento de Madrid como titular de la vía, sin perjuicio de su derecho de repetición contra los responsables del





cumplimiento de dicha obligación de limpieza a los que se refiere el artículo 18.1 de la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y de Gestión de Residuos:

"Serán responsables solidarios del cumplimiento de dicha obligación la persona física o jurídica titular de la licencia de obra, el constructor o contratista, el promotor y la propiedad de la obra"».

En el Dictamen 563/09 se trató el supuesto de la responsabilidad derivada de daños personales a un niño por caída de una carpa. Dicha carpa se instaló por la empresa contratista en el ámbito de un contrato de servicios de organización, gestión y prestación del servicio de un campamento infantil de verano. En este caso consideramos adecuado estimar la responsabilidad de la administración municipal, pues ésta es igualmente la titular del servicio y responsable de sus instalaciones. Por eso expresamos que:

"(...) debe adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar que, por un defectuoso mantenimiento de aquéllas, puedan causarse daños a terceros. En el presente caso, en el que se contrata la prestación de un servicio de campamento para niños resultando necesaria la instalación de una carpa, esta carpa o tienda de campaña constituye una instalación municipal y, por tanto, al tiempo de su montaje debió ser inspeccionada por la Administración, revisando y comprobando su perfecta instalación, así como su correcta conservación y mantenimiento durante los días que permaneció instalada, debiendo igualmente adoptar las medidas de seguridad oportunas en caso de condiciones climatológicas adversas, como ocurrió en el presente caso".

A la responsabilidad administrativa respecto de los daños causados en el desempeño de los servicios públicos por incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control exigibles conforme las circunstancias del caso, nos referimos también en el Dictamen 141/10 en el que se examinó la reclamación presentada por los daños causados por un accidente sufrido cuando un vehículo circulaba por la vía pública y existía un contratista encargado del mantenimiento de la misma. En el mismo dijimos que "la ausencia de elementos probatorios para acreditar el cumplimiento del estándar de calidad exigible en la limpieza y





mantenimiento de la vía y su correcta vigilancia por parte del Ayuntamiento unida a la prueba documental aportada por la Policía Municipal del deficiente estado de la calzada y la también deficiente colocación de los muros New Jersey permite concluir que el Ayuntamiento no ha cumplido suficiente y correctamente con su función de vigilancia y control de la empresa contratista, lo que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta más arriba y asumida por este órgano consultivo, determina que la imputación de la responsabilidad recaiga sobre el Ayuntamiento (...)".

La Administración responde así de los daños causados salvo que acredite una diligente ejecución del servicio público que tiene encomendado a un adjudicatario; a ello nos referimos igualmente en el supuesto estudiado en el Dictamen 13/14, con ocasión de un accidente de ciclomotor provocado por una mancha de aceite en la calzada. Así expresábamos que:

"De este modo, corresponde a la Administración municipal, bien por sí misma o a través del contratista que venía ejecutando el servicio de limpieza en la fecha del accidente, demostrar cumplidamente que dicho servicio efectivamente se ha desarrollado y que dicha ejecución se corresponde con los términos contractuales pactados entre el Ayuntamiento, titular de la competencia del servicio de limpieza, y la empresa que lo desarrolla".

En ocasiones, no obstante la existencia de un contrato de servicio público se ha establecido la responsabilidad de la empresa contratista y no de la Administración.

Así en el Dictamen 336/12 partíamos de que "la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad de la infraestructura material para prestarlo, no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las administración públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema de responsabilidad universal no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico".





En el caso examinado en el precitado dictamen los daños se ocasionaron por el derrumbe del techo de un local donde se estaba desempeñando un servicio público pero se consideró que "al constituir una de las obligaciones del adjudicatario la adecuación de los locales a las características físicas establecidas en los pliegos y al desempeñar en dichos locales el servicio a que se comprometieron, deviene ineludiblemente una responsabilidad de dicha empresa adjudicataria por los daños que ocasionó el desplome del techo. En este sentido hay que subrayar que el daño no se produce por la gestión en sí del servicio público, sino por la obra desarrollada por el contratista en su local, responsabilidad única del mismo".

En el mismo sentido puede verse el Dictamen 131/13; se trataba de los daños ocasionados por un vehículo de la empresa de limpieza viaria – contratista del Ayuntamiento -, que causó daños a un tercero al no respetar un semáforo en rojo. Expresábamos que:

«Por lo que atañe al contrato de gestión de servicios públicos rige la regla especial contenida en el artículo 162 c) de la LCAP, y recogida por los textos posteriores, en la actualidad en el artículo 280 c) del TRLCSP, según la cual el contratista está obligado a "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". El legislador limita la responsabilidad del contratista a los daños derivados de las operaciones requeridas para su desarrollo. El término "operaciones" según el diccionario de la RAE, se refiere a ejecutar algo, por tanto a una actuación positiva del contratista que produce un cambio en la realidad exterior. Por ello, la posible responsabilidad del contratista debe ceñirse a los supuestos en que la ejecución material del contrato cause un daño concreto a un tercero ajeno a la relación contractual.

En ocasiones la jurisprudencia ha acudido a la "culpa in vigilando" para la atribución de la responsabilidad a la Administración por los daños ocasionados por los contratistas en la ejecución de los contratos, cuando la Administración incumpla los deberes de inspección sobre la ejecución del contrato





administrativo. A tal efecto, el artículo 279.2 del TRLCSP, al igual que los textos precedentes, establece que la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. Para ello, la jurisprudencia ha acudido al concepto de los estándares medios. (...) El precepto citado establece un régimen general de vigilancia sin que implique un deber específico de seguimiento de la total actividad del contratista, verificando todas las opciones que sigue y controlando previamente las decisiones que adopta. De hecho, la prerrogativa de dirección e inspección tiene como límite el respeto al ámbito de autonomía y libertad de organización que está en la base de la proclamación del principio de riesgo y ventura. Probablemente los principales problemas en este ámbito surgen a la hora de determinar cuál es la conducta debida. En otros términos, no es evidente cuál es el alcance de los poderes de inspección, o lo que es lo mismo, es difícil precisar la intensidad con la que la Administración está obligada a supervisar los distintos actos de ejecución del contrato.

En este caso, sin embargo, resulta claro, pues escaparía de toda lógica, que no se puede exigir a la Administración una vigilancia tan estrecha que le obligue a controlar todos y cada uno de los movimientos y actividades realizadas por los vehículos que prestan el servicio de limpieza viaria, por lo que no cabe duda de la imputación de la responsabilidad a la empresa contratista al tratarse de daños derivados de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio y no ser exigible un deber de vigilancia extremo de la total actividad del contratista por parte de la Administración».

4. Contrato de suministro

El Consejo ha tenido oportunidad de examinar diversas reclamaciones patrimoniales en el ámbito de la asistencia sanitaria en las que se alegaba un daño ocasionado por defectos en el material suministrado, en estos casos prótesis de cadera.

En tales supuestos expresábamos en nuestro Dictamen 329/13 que: "En ellos ya consideramos que conviene recordar que el Texto Refundido de la Ley de





Consumidores y Usuarios (en adelante TRLCU), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, regula en su libro III la Responsabilidad Civil por bienes o servicios defectuosos, que sustituye a la Ley 22/1994 de 6 de julio, que adaptaba a nuestro Derecho la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985.

De esta manera, el artículo 135 del TRLCU, establece la responsabilidad civil de los productores cuando señala que: "los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o imponen". Son numerosas las sentencias de la jurisdicción civil que se pronuncian sobre la responsabilidad del productor. Podemos citar a título de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de diciembre de 2012 cuando señala que «... el responsable del daño que produzca un producto defectuoso conforme a esta la Ley sería el fabricante y, en su caso, el importador (hoy unificados en el concepto "productor" en el art. 135 del TRLDCU)».

En cuanto a este tipo de responsabilidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2006 la ha calificado de objetiva pura en los supuestos que contempla, cuando el daño se origine pese al correcto uso y consumo de los bienes y servicios que, por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de claridad hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario, y que en todo caso se encuentran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos farmacéuticos y los servicios sanitarios, entre otros. (...) Conforme a lo expuesto, acreditado el carácter defectuoso del producto, la responsabilidad por dicha deficiencia debe recaer en el productor conforme a lo establecido en el artículo 135 del TRLCU, y por tanto debe estimarse que la Comunidad de Madrid carece de legitimación pasiva en el presente procedimiento de reclamación".

En el mismo sentido nuestros dictámenes 436/12 y 254/13.





7. VALORACIÓN DEL DAÑO*

ÍNDICE

- 1. Introducción
- 2. Criterios de valoración
 - 2.1. Aspectos generales
 - 2.2. Casuística
- 3. Momento de la valoración

Dictámenes destacados: 61/10, 93/12

1. Introducción

Las cuestiones más esenciales sobre la valoración del daño que el Consejo examina a través de las distintas consultas, son las relativas al momento de la valoración y los criterios de valoración, además de la variada casuística que implican los numerosos asuntos que se dictaminan.

El daño ha de ser evaluable económicamente por lo que dicha valoración se convierte en sustancial al punto de estimar una reclamación de responsabilidad patrimonial.

2. Criterios de valoración

2.1. Aspectos generales

El criterio habitual cuando se trata cuantificar daños de carácter físico en las personas y los de índole moral asociados a éstos es, como puede verse en el Dictamen 93/12, "el empleo orientativo de los criterios de baremación establecidos por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, plasmados actualmente en el Texto Refundido aprobado

Elaborado por EDUARDO PFLUEGER TEJERO, Letrado del Consejo Consultivo, basándose en el contenido de los dictámenes más significativos..





por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, si bien, ante las sucesivas alteraciones anuales de las tablas conformadoras de este sistema de valoración, el proceso de cuantificación impone utilizar los criterios y cantidades correspondientes al momento de acaecimiento del percance o al de la estabilización de las secuelas resultantes del mismo, por ser el procedimiento que literalmente impone el artículo 141.3 de la LRJ-PAC, de 26 de noviembre".

De esta manera el baremo se actualiza anualmente mediante resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, de modo que el baremo aplicable será el vigente a la fecha en la que ocurrieron. Igualmente es necesario actualizar dicha cantidad a la fecha de la resolución estimatoria, con arreglo al índice de precios al consumo.

A la utilización con carácter orientativo de esta normativa, nos referimos en nuestro Dictamen 133/12:

«La aplicación del baremo citado para valorar el daño sufrido se viene realizando con la finalidad de objetivar dicho daño, siempre y cuando los criterios de cuantificación se adapten a las peculiaridades de cada caso. El carácter meramente orientativo del citado baremo se desprende de consolidada jurisprudencia, y en este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7303):

"Pero ya hemos dicho, de conformidad con reiterada Jurisprudencia, que el baremo tiene un simple valor referencial u orientativo que requiere su adaptación al caso concreto Previsto para determinar la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación de vehículos a motor, mal cabe su aplicación o al menos sin correcciones al caso de autos, en el extremo relativo a la indemnización de las secuelas del recurrente. No se puede dejar de valorar que el fatal desenlace se produce cuando la esposa e hija del recurrente se encontraban en el domicilio familiar y que el siniestro es contemplado por este cuando estaba trabajando en el campo, quien al acudir de inmediato a comprobar lo ocurrido se encuentra con su casa en parte derrumbada y en parte ardiendo, sin señales de su mujer y de su hija Y es que las circunstancias





con las que se presentan los acontecimientos, se revelan como especialmente trágicas, espeluznantes, conmovedoras, y por ello acreedoras de un resarcimiento que, si bien es de muy difícil valoración, lo que está claro es que no se consigue con la aplicación de un baremo previsto para acontecimientos menos dramáticos en atención a las responsabilidades de las compañías aseguradoras contratantes de seguros de vehículos a motor».

Algunos supuestos en que puede verse la aplicación de la puntuación del baremo para el cálculo de la indemnización correspondiente, se contienen en nuestros dictámenes 103/11, 362/11, 458/11, 40/12, 93/12, ó 196/14.

Por otra parte, como decíamos en nuestro Dictamen 169/12: "En materia de responsabilidad sanitaria, a la hora de realizar una valoración, la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 –RJ 8676-, 15 de abril de 1988 –RJ 3072- y 1 de diciembre de 1989 –RJ 8992-) que derive de una "apreciación racional aunque no matemática" (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 –RJ 154-), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso".

Además no cabe duda que en la apreciación de las circunstancias de cada caso se introduce un factor discrecional, en el que el órgano que examina el asunto, judicial o consultivo, concluye en una cifra indemnizatoria a través de una razonable interpretación de los hechos. La variada casuística y los diversos acontecimientos que pueden darse en los supuestos de daños corporales exigen por ello una valoración no matemática. En realidad se trata de aplicar el principio de equidad en el examen de asuntos particularmente complejos (vid. Dictamen 435/12).

Por otra parte el daño debe ser debidamente acreditado en cada caso concreto, sin que puedan valorarse secuelas no acreditadas. Así en el Dictamen 41/12 se consideró que "no puede valorarse el resto de las secuelas que dice padecer la reclamante (cicatrices, problemas de consolidación de la fractura, dolor, etc.) al





no aportar ningún documento médico que permita comprobar su realidad y valorar su importancia".

En el Dictamen 362/11 no se consideraron probados determinados daños a pesar del esfuerzo probatorio del reclamante, y así decíamos que: "En cuanto al perjuicio estético, no ha quedado acreditado en el expediente la existencia de tal perjuicio. Tan solo obran en el expediente unas fotografías aportadas por el reclamante del rostro de este en los días posteriores a la caída, pero no ha quedado probado que le hayan quedado cicatrices como secuela, una vez sanadas las lesiones o, en el caso de existir, la entidad de aquéllas, por lo que el perjuicio estético reclamado no puede ser considerado".

En el mismo sentido, en el Dictamen 32/14, no se consideraron probados ni determinadas secuelas físicas, ni gastos médicos ni de desplazamiento que se reclamaban.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en los supuestos de daños en las cosas, debe modularse el importe de la indemnización mediante el factor de depreciación aplicable en cada caso, a fin de evitar un enriquecimiento injusto del perceptor de la indemnización. Con ello se refleja la disminución del valor del bien dañado que ocasiona el uso o el estado (dictámenes 78/12 o 267/12). Así por ejemplo, en nuestro Dictamen 8/14, aplicamos dicho factor de corrección en el caso de daños en una vivienda ocasionados por la rotura de una tubería de agua, y decíamos que:

"El criterio de valorar los daños teniendo en cuenta su depreciación ha sido seguido por este Consejo en dictámenes como el 77/08, de 5 de noviembre de 2008 y el 242/2010, de 28 de julio de 2010, entendemos correcta esa valoración toda vez que sigue lo establecido en el artículo 26 de la Ley de Contrato de Seguro (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1) de 12 de noviembre de 2003 (Recurso 112/1998) así como lo establecido en la normativa de expropiación forzosa, en concreto en el artículo 22. 3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto-legislativo 2/2008, de 20 de junio".





2.2. Casuística

■ Daño moral

Se ha reconocido que el fallecimiento de una persona provoca "daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto aunque de difícil valoración económica. (...) No habiéndose reclamado ni acreditado la dependencia económica de los reclamantes respecto del finado, el daño se circunscribe al estrictamente moral" (Dietamen 50/13).

En muchas ocasiones la valoración del daño moral supone una apreciación global según las circunstancias de cada caso; puede verse en los supuestos en los que es necesario valorar el daño moral producido a los padres por padecer el recién nacido deficiencias congénitas que se debieron detectar durante el embarazo. Así, en nuestro Dictamen 318/13 decíamos que:

"(...) en este tipo de casos, motivados por el nacimiento de niños aquejados de deficiencias congénitas que podrían haber sido detectadas durante la gestación, si se hubieran realizadas las actuaciones imprescindibles conforme a la lex artis, se puede apreciar la concurrencia de dos clases de daños: unos de carácter estrictamente moral, ligados a la privación del poder de decisión sobre la posibilidad de interrupción del embarazo, y otros, de carácter económico o material, asociados al coste de los cuidados especiales requeridos para atender una persona afectada de dicha patología. También hemos indicado que esta dualidad de indemnizaciones viene siendo acogida por la jurisprudencia (así la ya citada Sentencia de 28 de marzo de 2012). En este caso resulta que ambos tipos de daños son reclamados por los interesados. (...) Este Consejo consultivo en línea con la jurisprudencia que acabamos de citar, considera que debe indemnizarse a ambos progenitores por el daño moral asociado al nacimiento de un hijo con síndrome de Down. En cuanto a la cuantificación de ese daño hemos señalado reiteradamente la dificultad de su valoración, dado que se carece de parámetros o módulos objetivos (así nuestros dictámenes 429/10 y 299/11). Por ello estimamos razonable, teniendo en cuenta las dificultades de valoración apuntadas, reconocer una cantidad de 75.000 euros para cada unos





de los progenitores, lo que resulta acorde a lo reconocido por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010".

En el mismo Dictamen se analizó, la posibilidad de estimar adecuada, además de una cantidad por daño moral derivado de las secuelas, otra cantidad adicional para atender a los gastos materiales extraordinarios que comporta esa circunstancia; así:

"Por lo que respecta al daño material asociado al nacimiento de un hijo con síndrome de Down, ya hemos indicado que de acuerdo con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal, implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, el Tribunal entiende que puede haber daño y proceder la indemnización.

La indemnización por los daños materiales asociados a los costes económicos que lleva implícito el cuidado de una persona afectada del referido síndrome de Down, están condicionados por la concreta situación del menor, de la que resultarían unas necesidades específicas de atención. Sin embargo, este Consejo no puede constatar cuales serían los gastos extraordinarios que deben afrontar los padres, ya que no disponemos de datos que nos permitan conocer el estado actual del niño. Por otro lado, los mencionados gastos de atención al hijo discapacitado tienen un componente de variabilidad, en cuanto que las cargas económicas dependerán de la mejoría o empeoramiento del enfermo. Y que a añadirse que se trata de un resarcimiento indeterminado temporalmente. Por ello, consideramos procedente el abono de una pensión ligada a la vida del hijo de los reclamantes mediante pagos periódicos mensuales de 800 euros, posibilidad prevista en el artículo 141.4 LRJ-PAC, en cuanto manera más efectiva de atender a la variabilidad y temporalidad de los gastos extraordinarios a afrontar por los padres. El pago de esta manera ha sido acogido por diferentes sentencias, así por ejemplo la del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 que confirma la sentencia de instancia que condenaba a los demandados a abonar a la persona que ostente la patria potestad o tutela" del menor discapacitado una suma mensual . En el mismo sentido la Sentencia





del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 23 de octubre de 2009, confirmada por Auto del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2010. También la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010".

En el Dictamen 105/11 se examinó la procedencia de indemnizar por daño moral cuando hay ausencia de consentimiento informado, debiendo en estos casos valorar el daño con una minoración respecto de la indemnización que hubiera correspondido a las secuelas físicas. Así "hemos de considerar, a estos efectos, que el daño sufrido por la interesada es el daño moral derivado del defecto del consentimiento informado y no el daño físico, en este caso la paraplejía, derivado de la administración de la anestesia toda vez que no existió mala praxis en la misma. Como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid afirma en la Sentencia nº 213/2008, de 26 de febrero (RJCA) 2008/247) "debemos, por tanto, fijar una indemnización por el daño moral padecido por la actora por esta ausencia de información, con la dificultad que ello siempre entraña, indemnización que no pude equipararse a la que le hubiera correspondido por los diversos daños que en la demanda se describen, pues dichos daños, como hemos argumentado, no son susceptibles de ser indemnizados por no ser daño antijurídico ni guardar, tampoco, relación causal alguna con la ausencia del consentimiento informado". De este modo cuando "el reproche jurídico a la actuación sanitaria derivaría únicamente de la falta de probanza de la concurrencia del requisito del consentimiento *informado*", ello permite modular los efectos indemnizatorios.

En análogo sentido nos pronunciamos en nuestro Dictamen 37/13: "En la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2012 (recurso 3925/2011), se destaca una vez más el que la ausencia de información constituye un daño moral que deberá ser indemnizado si de la actuación médica se derivan daños. En el caso que no ocupa, ese daño vendría constituido por la infección de la herida y la falta de éxito de las intervenciones, aspectos sobre los cuales la información suministrada guarda un absoluto silencio".

En el Dictamen 86/12 se analizó "si los reclamantes han sufrido un daño moral como consecuencia de la frustración de su deseo (al que la





Administración había dado su consentimiento) de guardar el cordón umbilical para su posible uso autólogo si lo precisasen en un futuro".

Se estableció una indemnización por daño moral aminorada por las circunstancias ya que se tuvo en cuenta que "debemos partir de que el cordón podía no ser susceptible de conservación por inidoneidad (circunstancia expresamente prevista en la cláusula 7.13 del contrato privado), el que los reclamantes pueden no necesitar nunca del trasplante autólogo o alogénico intrafamiliar o que, ante esa necesidad, pueden encontrar respuesta en un banco público o privado en territorio español. Estas circunstancias contribuyen a aminorar el daño moral sufrido por los reclamantes ante la falta de conservación del cordón umbilical por los servicios del Hospital (...)".

En el Dictamen 425/14 contemplamos un caso, en el que la reclamación se basaba en la existencia de un supuesto error de diagnóstico que hizo necesario el sometimiento a una ligadura de trompas, y en el que los reclamantes eran la paciente, su esposo y sus hijas representadas por aquéllos. Aunque la reclamación se desestimó por otras causas, respecto al daño moral decíamos que:

"En cuanto a los daños morales tampoco pueden considerarse mínimamente probados. No se ha acreditado a estos efectos que los reclamantes tuvieran un deseo de más descendencia que se viera frustrado y mucho menos el daño moral que se afirma padecen las hijas de los reclamantes por no tener hermanos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014 (recurso 1493/2013) con cita de la de 12 de noviembre de 2010 (recurso5803/2008) liga la existencia de un daño moral a la privación de la capacidad para decidir pero en este caso no existió tal privación puesto que la reclamante optó por la ligadura de trompas pudiendo optar por otros medios anticonceptivos o incluso por tener más hijos adoptando precauciones ante el riesgo trombótico".

Pérdida de oportunidad

En estos supuestos ha de atenderse a las circunstancias de cada caso, de modo que se valoran las posibilidades de que una actuación a tiempo hubiera





producido un resultado más favorable. Ello conlleva un estudio de probabilidad y una minoración de la indemnización correspondiente al resultado dañoso producido que, con carácter de generalidad suele fijarse en el 50% si bien existe variada casuística.

Así, "En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, el objeto de reparación no es el daño final, sino, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud del paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió" (Dictamen 568/11).

En el Dictamen 71/11, en un supuesto de pérdida de oportunidad se reflejó que "teniendo en cuenta que no puede predecirse cuál hubiera sido el desenlace final de haberse diagnosticado la tuberculosis de forma precoz y si las consecuencias hubieran sido las mismas, corresponde fijar una indemnización no por los daños físicos, sino por el daño moral ocasionado por la falta de atención inmediata a los síntomas reiterados padecidos por la reclamante. Para cuantificar el importe de los daños morales y de acuerdo con la jurisprudencia, debe realizarse una apreciación racional aunque no matemática (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 −RJ 1990/154), ponderándose todas las circunstancias concurrentes. Por ello, en atención a las circunstancias del caso, procede reconocer una indemnización por todos los conceptos de 50.000. €".

En parecido sentido el Dictamen 226/12 en el que decíamos que "parece razonable que, en el caso sometido a dictamen, en el que esté valorando esa pérdida de oportunidad, o lo que es lo mismo, la probabilidad de que una ecografía u otra prueba hubiera permitido diagnosticar con anterioridad el tumor vesical de la reclamante y ello le hubiera permitido un mejor pronóstico. Este Consejo Consultivo cifra esta probabilidad en un 40%, ya que muchos de los daños sufridos se le habrían producido igual, de haber sido diagnosticado el tumor antes".





En el Dictamen 91/12 se consideró que "el daño que debe ser indemnizado es el del padecimiento físico y psíquico del reclamante por la mala evolución de su enfermedad y la disminución de sus posibilidades de supervivencia concretado en las lesiones padecidas por el cáncer", y se aplicó a cada una de dichas lesiones la puntuación que correspondía en el baremo de general aplicación para establecer la indemnización.

Gastos en la sanidad privada

"Las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo reconocen el derecho de los pacientes a ser indemnizados en la cuantía de los gastos realizados por tener que acudir a la medicina privada, siempre y cuando, ante la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, el enfermo no haya tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada (vid. por todas, la Sentencia núm. 699/2007, de 31 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9^a, nº de recurso: 174/2004)" (Dictamen 209/09).

Así, en el Dictamen 48/11 no se valoraron como indemnizables los daños puesto que "la decisión de acudir a la sanidad privada sólo es atribuible a la propia interesada puesto que se encontraba correctamente asistida por la sanidad pública, constando de hecho que mejoró con dicho tratamiento. (...) Por lo tanto los gastos derivados de su decisión de acudir a la sanidad privada perfectamente respetable, no constituyen daño alguno".

• Ponderación de patologías previas en la valoración del daño

A pesar de la aplicación orientativa del baremo, la valoración del daño puede variar atendidas las circunstancias del caso. Especialmente en materia sanitaria cuando el reclamante y perjudicado tiene antecedentes que han podido influir en el resultado final. Así en el Dictamen 169/12 decíamos que "debe ponderarse adecuadamente que el reclamante tenía unas patologías previas en el ojo izquierdo que mermaban su visión, hasta el punto de que, tras la segunda intervención quirúrgica, tan solo percibía con ese ojo movimiento con las manos, por lo que razonablemente puede estimarse que por tal circunstancia la





cuantía de la indemnización puede quedar reducida a un treinta por ciento, lo que supone una indemnización de 8.600,76 €".

Y en el mismo sentido los dictámenes 136/14 y 166/14.

Días impeditivos y no impeditivos a efectos de valoración

A la distinción entre días impeditivos y no impeditivos nos referimos en el Dictamen 491/13:

«En la Tabla Y letra A) del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor se contienen las indemnizaciones básicas por incapacidad temporal y distingue entre días con estancia hospitalaria y sin estancia hospitalaria. Y entre los segundos, los clasifica en día "impeditivo" y día "no impeditivo":

A la hora de determinar qué se entiende por día impeditivo, la tabla aporta como criterio para su consideración "aquél en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual. La jurisprudencia civil se ha encargado de precisar el concepto de día impeditivo, y no lo equipara a la baja laboral, aunque la misma se considera como un indicio para considerar el día impeditivo. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de enero de 2009 señala lo siguiente:

"La jurisprudencia civil se ha encargado de precisar el concepto de día impeditivo, y no lo equipara a la baja laboral, aunque la misma se considera como un indicio para considerar el día impeditivo. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de enero de 2009 señala lo siguiente:

"no es posible equiparar de forma absoluta días de baja laboral con días impeditivos, de tal forma que éstos podrán abarcar periodos en los que no existe tal baja laboral y por otro lado no toda la extensión de la misma implica automáticamente la consideración como impeditivos. Son conceptos, como bien señala la apelante, que si bien guardan una cierta relación entre ellos, sin embargo son totalmente independientes en atención al diferente campo en el que son aplicables".





Sobre el concepto de día impeditivo es significativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de noviembre de 2005 cuando dispone lo siguiente:

"Si bien bajo la denominación de día impeditivos no es adecuado que se identifique la incapacidad con la pérdida laboral, pues aquel concepto es mucho más amplio que éste, como la misma Ley reconoce al establecer los factores de corrección no con referencia a la pérdida de trabajo sino a la «incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima». Y que el concepto de incapacidad abarca todos aquellos supuestos en que objetivamente el lesionado sufre una disminución en su posibilidad de realizar la actividad a la que anteriormente venía desarrollando, esto es; aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual". La prueba de tales días de impedimento corresponde a la reclamante, conformidad con las reglas generales sobre la carga de la prueba».

Es necesario acreditar debidamente la existencia de días impeditivos y de los no impeditivos que resulten indemnizables por la existencia de lesiones, debiendo acudir a los medios de prueba ordinarios y a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso.

En el Dictamen 171/11 no se consideraron como días impeditivos los relativos a determinados partes de baja que no guardaban relación con la causa del daño cuya indemnización se solicitaba. O en el Dictamen 278/12 en el que no se acreditaron diversos días no impeditivos que se reclamaban, por lo que no se valoraron.

Retraso de diagnóstico

Los supuestos de valoración del daño con ocasión de estimar la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por retraso de diagnóstico, parten de una adecuada ponderación de las circunstancias de cada caso.

Así, en el Dictamen 18/13, concluimos que hubo un error de diagnóstico al no detectarse la fractura que padecía la reclamante y que este error supuso un





sufrimiento que pudo haberse evitado pues hubiera resultado evidente la necesidad de traslado urgente. Y consideramos que para la valoración del daño "debemos tener en cuenta las circunstancias del caso, esencialmente, que lo que resulta indemnizable es el padecimiento de la reclamante durante las horas que transcurrieron entre la llegada de la asistencia sanitaria que denegó indebidamente el traslado en ambulancia y el correcto diagnóstico y tratamiento de la factura que padecía que derivó en intervención quirúrgica, 14 horas según refiere la reclamante".

En el Dictamen 211/12 examinamos los daños derivados del retraso en practicar una cirugía por error de diagnóstico, que se concretaron en una mayor duración del período de curación.

■ Sobre la solicitud que la indemnización por responsabilidad patrimonial comprenda los intereses que establece el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS)

En nuestro Dictamen 279/13 decíamos en este punto que:

«Dichos intereses están recogidos en la legislación de seguros como una garantía adicional del perjudicado frente a la entidad aseguradora. Su aplicación en la jurisdicción contencioso administrativa ha sido objeto de diversas sentencias, en ocasiones contradictorias, sin perjuicio de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considere que procede su aplicación si bien valorando las circunstancias de cada caso concreto.

Ahora bien, el que pudieran ser de aplicación los intereses de demora del artículo 20 de la LCS no significa que la Administración (a salvo de lo que pueda disponer el pliego de condiciones del contrato de seguro que no se ha facilitado a este Consejo) pueda imponer a la aseguradora su pago, por lo que la resolución administrativa deberá limitarse a fijar el importe que hemos considerado como adecuado, ya que el artículo 20.4° de la LCS establece expresamente que los citados intereses se impondrán "de oficio por el órgano judicial".





Por ello y sin perjuicio de que en el seno de un proceso judicial pudieran imponerse los citados intereses lo cierto es que la Administración no puede imponer a la aseguradora su aplicación».

 Valoración del daño ocasionado por la clausura del local derivada de una sanción por exceso de ruido, anulada por los órganos jurisdiccionales

En el Dictamen 330/12 se estudió la valoración del lucro cesante y se consideró que "Para hacer la valoración del daño, según reiterada jurisprudencia (vg. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009) se debe tomar en consideración las cuentas anuales de los dos años anteriores".

En el mismo caso examinado no se contempló como indemnizable el coste del alquiler del local, ya que "de no haberse impuesto la sanción de suspensión de la actividad la reclamante hubiera soportado tal gasto a deducir de los ingresos para obtener la ganancia del negocio. En consecuencia, si se indemniza el lucro cesante, es decir, la ganancia dejada de percibir, no puede indemnizarse también, pues en tal caso se produciría una duplicidad de este gasto consustancial al negocio de la interesada". El mismo criterio se siguió en cuanto a los salarios de los trabajadores.

• Compatibilidad entre las prestaciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad Social y las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de la Administración

En el Dictamen 280/12 analizamos esta cuestión y recogiendo la doctrina del Consejo de Estado considerábamos que:

«El Consejo de Estado en su Dictamen nº 1727/2011, de 17 de noviembre, con cita de anteriores dictámenes, concluye que "De acuerdo con lo expuesto, la vía de la responsabilidad patrimonial y las pensiones extraordinarias de clases pasivas no son siempre incompatibles. Dada la distinta naturaleza y fundamento de las pensiones extraordinarias y las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial, procederá reconocer una indemnización al amparo de los artículos 139 y siguientes de la Ley





30/1992, en aquellos casos en los que la correspondiente pensión extraordinaria no sea suficiente para lograr reparar íntegramente el daño sufrido por el interesado (por todos, dictámenes 1.779/2009, de 21 de octubre, y 484/2010, de 25 de marzo)".

Ello supone, en definitiva, el que aun siendo la regla general la compatibilidad de las prestaciones, si el daño ha quedado suficientemente reparado mediante las prestaciones de seguridad social, reconocer asimismo una indemnización por la responsabilidad patrimonial supondría una doble indemnización que daría lugar a un enriquecimiento injusto».

 Algunas cuestiones referidas al cálculo de la indemnización y la aplicación del baremo

El factor de corrección del 10% en razón a los perjuicios económicos se aplica a cualquier víctima en edad laboral aunque no se justifiquen los ingresos (Dictamen 24/14).

No se considera correcta la aplicación del factor de corrección de la Tabla V del baremo, factor referido a indemnizaciones por incapacidad temporal, cuando el reclamante no se encontraba en edad laboral ni se ha acreditado que tuviera ocupación alguna de este tipo.

A ello nos referíamos en nuestro Dictamen 13/14:

"Tampoco podemos entender correcta la aplicación del factor de corrección de la Tabla Y (indemnizaciones por incapacidad temporal), habida cuenta que el reclamante no estaba en edad laboral (73 años), ni se ha acreditado que desempeñara alguna actividad de este tipo. En este sentido, el propio informe pericial revela que se halla jubilado respecto de su profesión de arquitecto y que se dedica a la docencia. En el escrito de reclamación se manifiesta que se acreditará con posterioridad la condición de arquitecto profesor universitario del reclamante, acreditación que no se ha producido a lo largo del procedimiento y que obliga por tanto a rechazar el mentado factor de corrección".





En el Dictamen 50/14 examinábamos la aplicación de la Tabla IV en lo que se refiere al perjuicio moral complementario de los familiares:

"Para la aplicación de este factor de corrección de acuerdo con la jurisprudencia se exige un doble condicionante, por un lado subjetivo, que se trate de familiares próximos al incapacitado, lo que indudablemente concurre en el caso del padre y, segundo, la objetiva, que como consecuencia de la incapacidad, se haya producido una alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada al lesionado, circunstancia que también se aprecia en este caso, pues J.C.G-, según los informes aportados al procedimiento, es dependiente para las actividades básicas de la vida diaria. En atención a esta consideración, y teniendo en cuenta las circunstancias señaladas anteriormente en relación con la evolución favorable del paciente tras el tratamiento rehabilitador, cabría reconocer por el perjuicio moral complementario una cantidad de 70.000 euros, a la que habría de aplicarse también la reducción del 50% en atención a la pérdida de oportunidad".

También hemos tenido ocasión de analizar la solicitud de indemnización de hermanos del accidentado viviendo los padres de éste. En el Dictamen 356/14 decíamos que: "De acuerdo con este baremo de accidentes de circulación, la pervivencia de padres excluye la indemnización de los hermanos, salvo que fueran menores de edad y convivieran con la víctima, circunstancias que no concurren en el caso que nos ocupa (...)". Sin embargo, con fundamento en el carácter orientativo del baremo concluíamos que: "Consideramos que la aplicación del baremo no puede excluir la posibilidad de indemnización de hermanos u otros allegados análogos a la víctima, sino que habrá que examinar y atender a las circunstancias de afectividad, convivencia u otras relevantes que pudieren concurrir en cada caso. En consecuencia, entiende este Consejo que obedece a mayores criterios de equidad, y se ajusta mejor a las circunstancias concurrentes, indemnizar a la madre del finado con 60.000 euros y al hermano con 15.000 euros".

El mismo criterio seguimos en nuestro Dictamen 374/14.





3. Momento de la valoración

Como regla general el criterio de valoración que se aplique ha de ir referido al momento de acaecimiento del percance, por ser el procedimiento que literalmente impone el artículo 141.3 de la LRJ-PAC, de 26 de noviembre. Es decir "al momento en que la lesión efectivamente se produjo" (Dictamen 105/11).

Así en el Dictamen 61/10 decíamos que "queda, al amparo del artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, valorar los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse, por expresa indicación del artículo 141.3 LRJ-PAC, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, esto es, el 2 de marzo de 2007, fecha del accidente".

En el caso de responsabilidad en materia sanitaria o cuando existen lesiones, hay que atender al momento de estabilización de las secuelas en su caso, único momento en el que pueden fijarse y determinarse los daños que deben ser objeto de indemnización. La existencia de lesiones que llevan aparejados períodos de tiempo para su curación plantea la dificultad en muchos casos de determinar el momento en que dichas lesiones se encuentran estabilizadas o consolidadas con independencia de tratamientos rehabilitadores, farmacológicos o de revisiones periódicas. En algunos casos la finalización del período de tratamiento puede coincidir con dicha consolidación y en otros no por lo que habrá de estarse al caso concreto.

Así por ejemplo, en el Dictamen 458/11: "Puesto que la fijación de las secuelas se produjo con el alta en rehabilitación de la paciente, el 7 de abril de 2009, es la Resolución de 20 de enero de 2009 la que resulta de aplicación". Igualmente en el Dictamen 681/11.

En un supuesto de retraso de diagnóstico se consideró que "ya que el artículo 141.3 LRJ-PAC exige que la valoración de los daños se realice con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo", dicha valoración debe comprender todo el período de padecimiento del paciente hasta el correcto diagnóstico (Dictamen 252/11).





En análogo sentido en el Dictamen 765/11, se consideró el momento del perjuicio y por tanto el que se tomó en consideración para la valoración del daño, el período que transcurrió entre una actuación quirúrgica y sucesivas actuaciones clínicas no adecuadas que derivaron en daños posteriores, y así se dijo que: "En consecuencia, a la luz de los informes periciales designados judicialmente en las diligencias previas abiertas en la causa penal, resulta acreditada la incorrección de la actuación médica en lo que se refiere a la asistencia sanitaria dispensada desde el 10 al 14 de junio de 2000, que incidió en el curso causal de los acontecimientos".

