

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

I.- ACTO ADMINISTRATIVO

Notificación no aceptada. Necesidad de nuevos intentos y de que estos reflejen coherencia en su resultado de otros anteriores.

Necesidad de un agotamiento previo de los medios racionales de puesta en conocimiento de los actos administrativos a los interesados, sin que baste el simple y único intento en tal sentido realizado por la Administración.

PRIMERO.- La sentencia apelada declara la nulidad del acuerdo sancionador dado el incumplimiento de formalidades esenciales del procedimiento seguido por la Administración determinantes de indefensión concretadas en el no agotamiento de los medios proporcionados y racionales para intentar notificar al denunciado el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, privándole con ello de la posibilidad de formular alegaciones, presentar documentos y proponer prueba. En particular se indica en la sentencia el intento de notificación tanto del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador como de la propuesta de sanción por dos veces mediante el servicio de Correos con idéntico resultado infructuoso por desconocido, procediéndose entonces a la notificación edictal. No obstante, en lo referente a la propuesta de sanción al mismo tiempo que la notificación edictal se solicitó la colaboración de la Policía Local para la notificación de la misma lo que se practicó sin dificultad alguna, al igual que sucedió con el acuerdo sancionador.

Por su parte la Administración apelante niega tanto la existencia de irregularidad alguna en la notificación como la producción de indefensión pues la imposibilidad de notificar el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador por correo se debió exclusivamente a su negativa a recibir la notificación, sin que mostrara oposición alguna cuando la lleva a cabo la Policía Local y, en todo caso, no cabe duda que se le notificó personalmente la propuesta de imposición de sanción sin que formulara alegación alguna.

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida se hace una correcta aplicación de la normativa reguladora de la notificación de los actos administrativos interpretada a la luz de su conformidad con los principios constitucionales.

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

Así, si bien la notificación por edictos es legalmente válida cuando intentada la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador ésta no se hubiera podido llevar a cabo por resultar el interesado desconocido en el domicilio de envío (art. 59 de la Ley 30/92, aplicable por razones temporales), no puede desconocerse que también se ha hecho caso omiso de la doctrina del Tribunal Constitucional que al respecto señala la necesidad de un agotamiento previo de los medios racionales de puesta en conocimiento de los actos administrativos a los interesados, sin que baste el simple y único intento en tal sentido realizado por la Administración. En este sentido, devuelto el acuse de recibo por encontrarse ausente su destinatario en un primer intento y desconocido en el segundo, no puede considerarse excesivo ni desproporcionado un nuevo intento a tal fin o bien la notificación a través del respectivo agente de la Administración, como sucedió en el presente caso al recabar la colaboración de la Policía Local para practicar la notificación, también en principio infructuosa en lo referente a la practicada por correo postal, de la propuesta de sanción. No se entiende por qué se recabó el auxilio de los agentes para notificar la propuesta de sanción y sin embargo se omitiera en lo referente al acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador imposibilitando con ello al interesado la formulación de alegaciones o la proposición de prueba y causándole evidente indefensión que justifica la declaración de nulidad contenida en la sentencia apelada.

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición las costas originadas en esta segunda instancia a la Administración apelante, si bien limitamos su importe a la cantidad máxima total de 600 €.

(St. de 6 de mayo de 2021. Sala de Sevilla. Ponente José Ángel Vázquez García)

X.- DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PRESCRIPCIÓN

Computo del plazo de prescripción en los supuestos de retroactividad de disposiciones restrictivas más favorables (Ley 40/2015). La aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no sólo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior.

PRIMERO.- En la sentencia apelada se estima el alegato de los demandantes sobre prescripción de las sanciones impuestas en aplicación retroactiva de lo dispuesto en el art. 30.3 en relación con el art. 26.2, ambos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, pues el

recurso de alzada se interpuso el 25 de mayo de 2011 y la notificación de su resolución desestimatoria tuvo lugar el 3 de octubre de 2016 por lo que habría transcurrido el plazo de prescripción de 5 años para este tipo de infracciones y donde la fecha de inicio de dicho cómputo tendría lugar transcurridos los tres meses con los que contaba la Administración autonómica para resolver el recurso de alzada.

La Administración apelante considera que en este supuesto no se encuentra presente el presupuesto para la aplicación del art. 30.3 de la Ley 40/2015 cuál es la inexistencia de resolución expresa del recurso de alzada, siendo así que aquí se dictó acuerdo desestimatorio del mismo el 16 de septiembre de 2016. Además considera en todo caso inaplicable la previsión sobre retroactividad del art. 26.2 de la Ley 40/2015 sobre los siguientes argumentos : a) el art. 26.2 se refiere a las disposiciones que establecen un régimen sancionador específico, condición no trasladable al art. 30 de la Ley 40/2015; b) porque el art. 26.2 no menciona la retroactividad referida a la fecha de inicio o dies a quo de la prescripción y c) por aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 40/2015 que imposibilita la aplicación de sus disposiciones a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor. En todo caso, de forma subsidiaria, se indica en el recurso de apelación que nos encontraríamos ante una retroactividad de grado mínimo en la que el cómputo del plazo de prescripción debería iniciarse desde la entrada en vigor de la Ley 40/2015.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión planteada y en idénticos términos se ha pronunciado esta Sala en sentencia de su Sección 1ª de fecha 12 de marzo de 2018 dictada en recurso de apelación con número 601/2016. Su argumentación ha venido a ser ratificada por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 30 de noviembre de 2020, dictada en recurso de casación nº 6120/2019 en cuanto asume la argumentación de la sentencia del TSJ de Murcia sobre retroactividad de la Ley 40/2015. Basta por ello con la transcripción de la sentencia de este mismo TSJ de Andalucía, Sala de Sevilla, antes mencionada y a cuyo tenor:

“La sentencia apelada en su fallo estima el recurso interpuesto contra resolución de doce de septiembre de 2016 de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía que desestimaba la alzada contra otra del Delegado de la Consejería en Sevilla de 21 de febrero de 2011 por la que se imponía una sanción de sesenta mil ciento dos euros, por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 112.2 de la ley 1/1991 de Patrimonio Histórico de Andalucía.

Se estima el recurso por aplicación del artículo 30 de la ley 40/2015, en relación con el 132 de la ley 30/1992 y el 119.3 de la ley 14/2007 de patrimonio histórico de Andalucía.

La sanción, concluye la sentencia, ha prescrito al haber transcurrido más de cinco años desde que finalizó el plazo de tres meses del que disponía la administración para resolver la alzada.

Se apoya la sentencia apelada en la jurisprudencia del TS (S.3/2/2011. Ponente Montero Fernández casación 4482/2006).

"SEGUNDO.- La única cuestión en debate suscitada por el Sr. Abogado del Estado, como motivo casacional... por infracción de los arts. 9.3 de la CE, 4.3, 24,c) y Disposición Final Primera, nueva redacción del artº 64 de la LGT, de la Ley 1/1998, y Disposición Final Cuarta, apartado 3 del RD 136/2000, en relación con la sentencia de este Tribunal de 25 de septiembre de 2001, concretada en la inaplicación con carácter retroactivo del plazo de prescripción de cuatro años a las sanciones tributarias.

Cuestión esta que ha sido resuelta por esta Sala en numerosísimas ocasiones, y tal y como se ha dicho en pronunciamientos precedentes: "Esta Sala, con base en el art. 25 de la Constitución, tiene declarado en su sentencia de 20 de febrero de 2007 (rec. Núm. 6422/2001) y repetido en las de 10 de mayo y 21 de junio de 2007 (recs. Nums. 63/2002 y 5483/2002), 27 de junio de 2008 (rec. cas. unif. doctrina 119/2004) y 22 de enero de 2009 (rec. num. 7117/2004), que el precepto aplicable a una infracción administrativa es la ley que está vigente en el momento de la comisión de infracción, habiéndose positivizado este criterio, para todas las infracciones administrativas en el nivel de la legislación ordinaria, por el art. 128.1 de la Ley 30/1992, según el cual será de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen infracción administrativa.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, razonando a sensu contrario, a partir de la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, plasmada en el art. 9.3 de la Constitución ha elaborado el principio de la retroactividad de las leyes sancionadoras posteriores más favorables, criterio hoy asumido, a nivel general por el art. 128.2 de la Ley 30/1992, según el cual las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

A su vez, el art. 4.3 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente, reiterando en cierto modo el principio establecido en el citado 128.2 de la Ley Procedimental, dispone que "las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado".

La cuestión clave que ha de resolverse es la relativa a si las normas que regulan la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias pueden o no entenderse incluidas entre aquellas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias.

La respuesta viene condicionada por el carácter sustantivo o simplemente procedimental que se asigne a la prescripción.

Si tiene carácter sustantivo la aplicación de la retroactividad de la prescripción será preceptiva en aquellos casos en que resulte favorable.

Por el contrario, si solo se le reconoce carácter procedimental regirá la norma de aplicación temporal del derecho, sin posibilidad alguna de retrotraer su eficacia a resoluciones adoptadas con anterioridad.

Pues bien, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han afirmado la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo. Así el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 83/1989, de 10 de Mayo, 157/1990, de 18 de octubre, 12/1991, de 28 de enero, 62/2001, de 17 de marzo y 63/2005, de 14 de marzo, mantiene que la prescripción de los delitos y faltas por paralización del procedimiento puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material.

También lo viene constantemente declarando así la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que basta citar las de 10 de marzo de 1993, 12 de febrero de 2002, 19 de noviembre de 2003 y 30 de marzo de 2004. Por otra parte, esta Sala, en sentencia de 22 de enero de 1991, de modo expreso declara que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no sólo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior.

Ante esta valoración del alcance de la prescripción hay que concluir que la retroactividad establecida en el art. 4,3 de la Ley 1/1998 es aplicable a la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias al integrarse en las normas sancionadoras sustantivas.

Frente a la anterior no cabe alegar que las normas sobre prescripción suponen una plasmación concreta del principio general de seguridad jurídica y que afectan a cualesquiera relaciones y situaciones jurídicas entre el contribuyente y la Administración, pues todo ello no es óbice para que en relación con el Derecho sancionador se apliquen los principios propios de esta materia.

Tampoco cabe invocar que la Ley 1/1998 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, esto es, el 19 de marzo de 1998, y que el apartado 2 de su disposición final 7ª estableció que el nuevo plazo de cuatro años entraba en vigor el 1 de enero de 1999, porque lo único que podría pretenderse con la posposición del momento de entrada en vigor del nuevo plazo de prescripción era otorgar unos meses a la Administración para que

podiese ultimar actuaciones en curso en relación a la cuota e intereses, aunque se hubieran iniciado con posterioridad a los cuatro años, pero sin que ello pudiera afectar a la materia sancionadora, ya que el nuevo plazo de prescripción, por la naturaleza de esta institución, obligaba a revisar las sanciones impuestas, cuando las actuaciones inspectoras se hubieran iniciado con posterioridad a los cuatro años o tales actuaciones se hubieran paralizado por más de seis meses dando lugar a que se completase el citado plazo de cuatro años desde el dies a quo".

Ante la doctrina expuesta y establecido en cuatro años el plazo de prescripción para las sanciones, al haber transcurrido en el presente caso más de cuatro años desde la fecha de finalización del plazo para la presentación de la declaración correspondiente al ejercicio 1990 (julio de 1991) hasta la notificación del acuerdo liquidatorio, 25 de junio de 1996, con la interrupción señalada, procedía declarar la prescripción en cuanto a la sanción, tal y como hizo la sentencia de instancia."

La extensa cita jurisprudencial se justifica por cuanto la misma ofrece respuesta a varias de las cuestiones planteadas en la apelación y que, como es de ver, ya fueron resueltas en la sentencia.

Así pues, concluye la sentencia apelada, si los plazos de la ley 40/2015 para la prescripción de las sanciones son más ventajosos, deben aplicarse, aun cuando la ley haya entrado en vigor con posterioridad. Siendo la infracción imputada muy grave el plazo de prescripción de la ley 40/2015 es de tres años (art. 30.1). Interpuesta la alzada el 19 de abril de 2011 y notificada la resolución el 28 de septiembre de 2017 el plazo de prescripción ha transcurrido.

Dispone el artículo 30.3 de la ley 40/2015 3.El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.

Por su parte el artículo 26 de la misma ley dispone:

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición.

La parte apelante sostiene que el artículo 30.3 de la ley 40/2015 parte de la inexistencia de resolución expresa y en el caso sí existe resolución; el precepto no es aplicable pues.

No puede prosperar la alegación. Desestimación presunta hubo; cuestión distinta es que, al cabo de cinco años, recayera resolución expresa. El inicio del plazo de prescripción - con independencia ahora de si es aplicable de forma retroactiva el artículo 30.3 de la ley 40/2015 - se produjo desde que concluyó el plazo para resolver la alzada por la administración.

En segundo lugar, estima la apelante que los efectos retroactivos a los que se refiere el artículo 26.2 de la ley 40/2015 no se extienden al dies a quo para el cómputo de los plazos de prescripción. Y es que el artículo 30. 2 no es una disposición sancionadora, sino "norma de normas en materia sancionadora".

Tampoco el argumento puede ser estimado. Y es que, en palabras del TS "tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han afirmado la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo. Así el Tribunal Constitucional, mantiene que la prescripción de los delitos y faltas por paralización del procedimiento puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material."

Por lo tanto, siendo la prescripción de los delitos y las faltas una institución de naturaleza sustantiva, es obvio que puede ser incluida sin forzar la naturaleza jurídica de la norma entre las disposiciones sancionadoras.

Sostiene la apelante que el artículo 26.2 no habla del dies a quo de la prescripción. Mas, aunque se entienda así, ello no obstaculiza la inteligencia de que el precepto debe ser aplicado. De otra forma, quedaría vacío de contenido. O, expuesto de otra forma ¿cuál sería entonces el dies a quo?. El derecho no puede predicar el absurdo.

En tercer lugar, opone la apelante, sería de aplicación la disposición transitoria tercera letra a) de la ley 39/2015, ante la ausencia de normas transitorias en la ley 40/2015, en cuanto dispone: a) A los procedimientos

ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.

Subsidiariamente estima que debe aplicarse una retroactividad en grado mínimo: el plazo de prescripción de las sanciones habría de empezar a contarse desde el momento de entrada en vigor de la ley 40/2015: dos de octubre de 2016, pero no a situaciones anteriores pues aquí ya existía una resolución de 12 de septiembre de 2016.

Tampoco este argumento puede prosperar. Sobre la aplicación de los artículos 30 y 26 de la ley 40/2015, ya hemos expuesto las razones de su aplicación. Frente a la *transitoria tercera de la ley 39/2015*, cabe añadir que en el caso presente es de preferible aplicación la norma especial (los referidos artículos 26 y 30) frente a la norma general. Y en cuanto a la aplicación de la retroactividad en grado mínimo entendemos que tampoco es procedente porque la aplicación postulada dejaría sin sentido la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables que impone el artículo 26 ya referido. El recurso pues, no puede prosperar.”

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición del pago de las costas causadas en esta segunda instancia a la Administración apelante, si bien limitamos su importe a la cantidad máxima de 600 €.

(St. de 18 de marzo de 2021. Sala de Sevilla Ponente José Ángel Vázquez García)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. EXTRANJERÍA. INADMISIBILIDAD. CUESTIÓN NO RECURRIBLE. VÍA DE HECHO VS EJECUCIÓN DE ACUERDO

La devolución del recurrente a su país es ejecución del acuerdo que así lo establece, por lo que no existe actividad administrativa susceptible de impugnación

PRIMERO.- El objeto, único, de este recurso de apelación es determinar si se ajusta o no a Derecho el auto apelado en cuanto considera inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto al amparo del art. 114 y siguientes de la Ley reguladora de esta jurisdicción.

El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el art. 53.2 CE, se rige en la orden contencioso-administrativo por lo dispuesto en el Capítulo Primero, Título V (arts. 114 a 122 IJCA). El objeto de este procedimiento especial es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta

o no a los derechos fundamentales reconocido en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución Española. Por otro lado, en cuanto a la disposición de este procedimiento especial, no basta con que se invoque, sin más, un derecho fundamental para que necesariamente haya de seguirse los trámites del art. 114 y siguientes LJCA. La viabilidad de este tipo de proceso exige que sea en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo donde se fundamente la violación de los derechos fundamentales que se encuadran en su ámbito de protección y ello a fin de que el juzgador pueda emitir con fundamento su resolución sobre adecuación del procedimiento elegido y, con carácter general, que nos encontremos ante un acto administrativo, expreso o presunto, inactividad de la Administración o vía de hecho susceptible de impugnación jurisdiccional.

Partiendo de lo hasta aquí expuesto, se advierte que el auto apelado fundamenta la declaración de inadmisibilidad en el hecho de que la actuación material de devolución del recurrente a Marruecos no es sino mera ejecución de una resolución que así lo ordena, dictada por el órgano competente y de conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido.

SEGUNDO.- El escrito de apelación se indica que la vía de hecho deriva de la deportación del apelante utilizando el acuerdo de fecha 13 de febrero de 1992 cuya finalidad es la readmisión de extranjeros entre España y Marruecos, pero que no se trata de la ejecución de un acuerdo de devolución.

Al margen de que en las actuaciones procesales desarrolladas en primera instancia se confunde el ámbito del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales con la posibilidad de impugnar en el recurso contencioso-administrativo lo que se denomina vía de hecho que, a su vez, puede ser objeto de ese procedimiento especial, lo cierto y que viene a justificar el dictado del auto apelado es que no existe la vía de hecho que se invoca pues, de haberse realizado la devolución, extremo que no se acredita, ésta no sería sino ejecución del acuerdo que así lo establece y derivado de un intento de entrada en territorio nacional sin estar provisto de pasaporte o documento de viaje, por lo que no existe actividad administrativa susceptible de impugnación en vía jurisdiccional en los términos del art. 25 y siguientes LJCA que pudiera dar lugar a la formulación de alguna de las pretensiones recogidas en los arts. 31 y 32, tal y como señala a su vez el art. 114.2 LJCA. De aquí que no quepa sino confirmar el auto recurrido.

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición al apelante de las costas originadas en esta segunda instancia. (art. 139 LJCA)

(St. de 18 de marzo de 2021. Sala de Sevilla. Ponente José A. Vázquez García)

XII.- EXPROPIACION FORZOSA

Criterios de valoración: servidumbre aérea sobre suelo rústico. Costes de reposición del terreno

... es la propia entidad beneficiaria, una vez realizadas las obras, la que ha de restituir los terrenos ocupados de forma que queden en condiciones de aprovechamiento para el cultivo a que viene destinado la finca, lo que excluye la posibilidad de obtener además una indemnización en tal concepto.

PRIMERO. El presente recurso contencioso-administrativo se dirige contra la resolución de 25 de septiembre de 2018, de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, de fijación de justiprecio de las fincas nº 51, 53, 55, y 56 de la localidad de Écija por la constitución de servidumbre de paso aéreo de línea eléctrica en 2.106,01 metros lineales con una superficie de vuelo de 42.026,90 m², del pleno dominio de 268,01 m² para la instalación de seis apoyos, ocupación temporal de 20.953,27 m² y premio de afección, como consecuencia de la ejecución del “proyecto de construcción de la línea eléctrica de alta tensión de 220 KV para evacuación de energía eléctrica producida en la plantas termosolares Palma I y II hasta la subestación de Villanueva del Rey en los términos municipales de Palma del Río en Córdoba y Écija en Sevilla”, expediente SE 0518-CV.

La Comisión fijó el justiprecio en la suma total de 56.770,57 €, incluido premio de afección, correspondiente a la indemnización por la constitución de servidumbre de paso aéreo de línea eléctrica en 2.106,01 metros lineales con una superficie de vuelo de 42.026,90 m², del pleno dominio de 268,01 m² para la instalación de seis apoyos y ocupación temporal de 20.953,27 m²

La actora, expropiada, pretende ver incrementado dicho resultado al de 669.117,88 €, mostrando su disconformidad con todos y cada uno de los conceptos objeto de valoración por la Comisión Provincial de Valoraciones, remitiéndose a lo fijado en los informes periciales que acompaña.

SEGUNDO. Con carácter previo conviene precisar que el resultado valorativo alcanzado deberá ser examinado a la vista de especial

consideración que merecen las opiniones procedentes de órganos de valoración expropiatoria (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1976 , de 19 de enero de 1977 , de 31 de mayo de 1978 , 28 de febrero de 1979 , de 4 de junio de 1980 , de 29 de enero de 1981 , de 30 de mayo de 1983 , de 28 de diciembre de 1984 , de 21 de enero de 1985 , de 18 de marzo de 1985 , de 18 de julio de 1986 , de 26 de mayo de 1987 , de 26 de diciembre de 1989 ,de 11 de octubre de 1989 , de 22 de enero de 1990 y de 12 de abril de 1995), consideración que, no obstante, podría ser superada cuando la motivación empleada no sea suficiente o cuando se incurra en errores manifiestos, e incluso a tenor de lo informado en los autos por el perito judicial, cuya opinión, a pesar de todo, debe ser valorada con arreglo a las reglas de la sana crítica (artículo 348 Ley 1/2000 , de 7 de enero), lo que permite en casos concretos descartar dicha opinión de acuerdo precisamente con tales reglas (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1992 , de 25 de enero de 1993 , de 25 de abril de 1994 , de 29 de enero ,de 3 de febrero de 1997 , de 29 de mayo de 2000 -casación 1965/1995 - y de 20 de mayo de 2004 -casación 714/2000 -).

TERCERO. Pues bien, tratándose de suelo rural y en aplicación del art. 36 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, dicho suelo se tasaré mediante la capitalización de la renta anual o potencial, la que sea superior, de la explotación, según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración, reprochando la entidad expropiada la infracción de tal previsión al utilizar el órgano de valoración un indicador meramente estadístico como es el denominado “Márgenes netos” para determinar la renta de las parcelas expropiadas, sin tener en cuenta la realidad de los cultivos de las fincas sino meros indicadores económicos basados en muestreos estadísticos de medias, sin ningún rigor contable que reflejen la realidad y, además, obviando la toma en consideración de una parte importante de los ingresos como son las subvenciones de la PAC.

Basta con examinar el método y forma en que lleva a cabo la Comisión Provincial de Valoraciones la determinación del valor del suelo para desestimar las alegaciones de la sociedad recurrente. Así, el órgano de valoración, partiendo de las previsiones normativas contenidas tanto en el Real Decreto Legislativo 7/2015 como en el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo, para el cálculo de la renta de explotación y, a falta de acreditación por la propiedad de la información técnica, económica y contable de la explotación, utiliza, como método preferente, en los términos contemplados

en el art. 9 del R.D. 1492/2011, el analítico de valoración de capitalización de la renta de explotación sobre la base de los índices técnico-económicos que emplea la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural para valorar las Órdenes de modernización de las explotaciones agrarias en el marco del Programa de Desarrollo Rural de Andalucía. Al margen de la viabilidad legal de la utilización de este método, no es cierta la afirmación de la recurrente que no se ha tomado en consideración el tipo de cultivo de las fincas pues en la determinación del valor del terreno la Comisión Provincial ha considerado la orientación productiva de la labor de regadío en la finca nº 51 y de secano en el resto de las fincas y así determinar el margen neto y, en particular, precisando la valoración, ha tomado en consideración los indicadores técnico económicos para cultivos extensivos de regadíos y de secano en la comarca de la Campiña donde se sitúan las fincas expropiadas. Por otro lado, a diferencia de lo argumentado por la expropiada, en la determinación del margen neto se incluyen en el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones las subvenciones de explotación, entre ellas la PAC, así como los demás gastos fijos y variables, excepto los atribuidos a la retribución de los capitales propios y de la mano de obra familiar. No se advierte por tanto error en el acuerdo del órgano de valoración al determinar el valor del suelo pues hace uso correcto de un método válido que no se ha acreditado por la actora conduzca a un resultado valorativo desacertado.

CUARTO. En la medida en que aceptamos el valor del suelo reconocido en el acuerdo del órgano de valoración decae la pretensión actora de elevar la indemnización por el establecimiento de la servidumbre de paso aéreo de línea eléctrica al fundamentarse exclusivamente en la discrepancia sobre dicho valor de referencia para calcular la indemnización y que fue fijado en un 50% del valor del suelo afectado.

Igual conclusión cabe llegar en la impugnación que se hace a la indemnización fijada por ocupación temporal, añadiendo únicamente que la alegación que se hace por la propiedad de que no se han tenido en cuenta los costes de reposición del terreno a su estado inicial queda contestada por la propia Comisión Provincial de Valoraciones cuando indica que es la propia entidad beneficiaria, una vez realizadas las obras, la que ha de restituir los terrenos ocupados de forma que queden en condiciones de aprovechamiento para el cultivo a que viene destinado la finca, lo que excluye la posibilidad de obtener además una indemnización en tal concepto.

En cuanto a la reclamación de que el justiprecio se incremente en un 1% del valor de la parte de la finca no expropiada por demérito la falta de acogida

de tal petición deriva de la dificultad de concebir un demérito en los terrenos sobre los que se extiende el tendido eléctrico cuando el total de la superficie de las fincas afectadas y explotadas alcanza los 324.577 m² y el pleno dominio que se expropia para sostén de los postes sólo es de 268.01 m², al margen del hecho de que ya se reconoce y valora la indemnización por el tendido aéreo.

Por último inviable también resulta la pretensión actora de que el 5% del premio de afección se aplique respecto de la indemnización por la servidumbre aérea pues la misma, fijada en un 50% del valor del suelo, indica por sí misma que no existe una afectación de intensidad suficiente para equiparla con la privación del dominio, único concepto sobre el que se calcula el premio de afección.

QUINTO. La íntegra desestimación de la demanda conlleva la imposición a la parte demandante del pago de las costas procesales causadas, si bien limitamos su importe a la cantidad de 1.000 € respecto de cada codemandada.

(St. de 8 da abril de 2021. Sala de Sevilla. Ponente José Ángel Vázquez García)

XV.- JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Consideraciones generales sobre la desviación procesal, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y el contenido limitado del escrito de conclusiones. Urbanismo. Reversión y sus consecuencias sobre la situación urbanística de la parcela

Es cierto que el proceso contencioso-administrativo no permite la "desviación procesal", la que se produce cuando se plantean en sede jurisdiccional cuestiones nuevas (no motivos), respecto de las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse – la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas tiene dentro del proceso una plasmación legal concreta en el art. 65 LJCA.

Sin embargo, lo que la Ley Jurisdiccional sí permite es la alteración de los fundamentos jurídicos aducidos ante la Administración, de tal suerte que el escrito de demanda, dejando intacta la cuestión suscitada ante dicha vía previa, puede albergar razones y fundamentos diversos a los expuestos en el expediente administrativo.

PRIMERO.- Objeto de impugnación en primera instancia fue el acuerdo de la Junta de Gobierno de la ciudad de Sevilla de fecha 3 de noviembre de 2017 accediendo a la reversión de la finca sita en Plaza de San Laureano n° 4 y respecto al cual la sentencia apelada emite los siguientes pronunciamiento : 1º) que se produzca el cambio de uso respecto a la finca reversionada; 2º)

que del importe de la indemnización restitutoria fijada se reduzca en un 5% correspondiente al indebido premio de afección y 3º) que la superficie registral de la finca reversionada se fije en 614 m².

De los aspectos respecto de los que se pronuncia la sentencia, únicamente el primero es objeto del presente recurso de apelación. El primer reproche que se dirige a la sentencia es el de haber incurrido en incongruencia interna (art. 218.1 LE) y de dar cobertura a la falta de congruencia en que incurrió la parte actora en primera instancia. Así, se indica por la apelante que el fallo de la sentencia, que estima en su totalidad la pretensión actora, lo que determina es que en el acuerdo de reversión se incluya el reconocimiento del cambio de uso de la parcela, sin mayor precisión, cuando la sociedad demandante lo que instaba es que dicho reconocimiento implicara el cambio del uso público no ejecutado, posibilitando así la reversión, a un uso privado residencial, plantándose por ejemplo la duda de si en ejecución de sentencia, el demandante podría solicitar que se reconociese el uso residencial de la parcela reversionada sin el preceptivo procedimiento de modificación del planeamiento. Y si la juzgadora de instancia no quiso que el derecho del actor alcanzase a un pronunciamiento que posibilitara que el uso permitido fuera el residencial lo que debió es estimar parcialmente la demanda.

Por lo otra, dentro de este apartado de la alegada incongruencia de la sentencia, la Gerencia de Urbanismo sostiene en el escrito de apelación que el cambio de uso de la finca reversionada es materia de planeamiento urbanístico sobre la cual carece de competencia el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y, además, debe llevarse a cabo siguiendo el procedimiento legalmente establecido. Se invoca que el cambio de calificación urbanística del suelo afectado por la solicitud de reversión no constituye un contenido propio, necesario o automático del acuerdo de reversión y, sin embargo, en la sentencia, si bien se reconoce que no es contenido necesario o automático, sí se considera propio del acuerdo de reversión y ello, según señala la apelante, no obstante reconociendo la juzgadora de primera instancia que la petición de cambio de uso no formó parte de la solicitud de reversión. Reconoce la apelante que el cambio de uso de un terreno, cuando ha lugar a una declaración de reversión, no deriva del *ius variandi* del planificador urbanístico, sino de la propia resolución accediendo a la reversión, pero considera que ello no excluye la necesidad de tramitar el correspondiente procedimiento para la modificación del PGOU y determinar su concreta calificación urbanística. Como argumento a favor de dicha tesis se alega que si en el procedimiento de modificación del planeamiento se advierte la imposibilidad de aprobar el uso privado pretendido del terreno puede

acordarse que no procede la restitución in natura sustituyéndola por una indemnización.

Finalmente el recurso de apelación insiste en la falta de competencia del Juzgado de lo Contencioso para la emisión de un pronunciamiento afectante al planeamiento urbanístico, la vulneración del art. 65 LJCA pues la parte actora modifica en conclusiones su pretensión inicial y la existencia de desviación procesal por estimarse en vía judicial lo que no ha sido antes objeto de petición en vía administrativa.

SEGUNDO.- La apelada, a las alegaciones contenidas en el recurso de apelación, responde indicando que la propia Gerencia de Urbanismo, en su contestación a la demanda, reconoció que la estimación de la solicitud de reversión conlleva el derecho de los reversionistas a que se modifique la calificación urbanística del suelo, siendo la apelante la que incurre en incongruencia y desviación procesal. Además, indica el apelado que las dudas sobre el alcance de la sentencia podría haberlas despejado con una simple petición de aclaración, sin necesidad de articular un recurso de apelación y niega el cambio de pretensión en conclusiones, sostiene que en vía administrativa no solicitó el cambio de uso porque se impugnó directamente ante esta jurisdicción sin formular previo recurso de reposición y que lo impugnado es un acuerdo de reversión y no de modificación del planeamiento para lo que es plenamente competente el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

TERCERO.- Es cierto que el proceso contencioso-administrativo no permite la "desviación procesal", la que se produce cuando se plantean en sede jurisdiccional cuestiones nuevas (no motivos), respecto de las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, por ser una petición o pretensión que no fue objeto de la resolución administrativa impugnada y no alterar la función esencialmente revisora de la Jurisdicción respecto de la actuación administrativa, sin que a ello se oponga lo preceptuado en los arts. 33.1 y 56.1 de la LJCA, al determinar respectivamente que: "esta Jurisdicción juzgará dentro del límite de las pretensiones de las partes y de las alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición" y que "en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales pueden alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste", pues si dichos preceptos autorizan nuevas alegaciones o motivos nuevos, en manera alguna permiten pueda alterarse, reformarse

ni menos adicionarse a la pretensión, peticiones que no se discutieron en vía administrativa y que ni siquiera se formularon en ella. Sin embargo lo que la Ley Jurisdiccional sí permite es la alteración de los fundamentos jurídicos aducidos ante la Administración, de tal suerte que el escrito de demanda, dejando intacta la cuestión suscitada ante dicha vía previa, puede albergar razones y fundamentos diversos a los expuestos en el expediente administrativo, no produciéndose entonces una discordancia objetiva entre lo pedido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional. Esta imposibilidad de plantear cuestiones nuevas tiene también dentro del proceso una plasmación legal concreta en el art. 65 LJCA, cuyo apartado 1º dispone que “en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación”. Las “cuestiones” a que se refiere el precepto ha de entenderse que se refiere a la imposibilidad de introducir nuevos hechos capaces de individualizar histórica y jurídicamente nuevas pretensiones, pero que no impide la entrada de nuevas alegaciones en su sentido propio de argumentaciones que se dirigen a sostener jurídicamente la pretensión, esta sí, claramente inalterable.

Estas consideraciones generales sobre la desviación procesal, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y el contenido limitado del escrito de conclusiones, en la aplicación al particular supuesto que nos ocupa, sirven de base, aunque precisan de matización y complemento en su sentido jurídico, para desestimar las alegaciones de la Gerencia de Urbanismo apelante.

Así, en relación con la supuesta desviación procesal por introducir la demandante una cuestión como es la del cambio de uso de la finca inicialmente expropiada sin que se haya hecho valer esta pretensión en el procedimiento de culmina con la declaración del derecho de reversión, la conclusión a la que cabe llegar es que no existe tal desviación. Es obvio que una petición de reversión de un terreno se limita a incluir los hechos y causas jurídicas que legitiman la reversión, sin entrar en consideraciones sobre el cambio o no del uso de la finca objeto de reversión. Incluso podemos afirmar que esta cuestión no debería dar lugar a controversia alguna. La duda surge, y legítimamente el actor pretende ponerle fin aprovechando la impugnación del acuerdo de reversión por otros motivos, cuando el propio acuerdo de reversión, asumiendo los informes técnicos y jurídicos en que fundamenta su decisión, tras indicar que la expropiación se llevó a cabo en su día para la ejecución de la actuación simple de viario ASV-C-9, prevista en la Revisión del PGOU de Sevilla de 28 de diciembre de 1987, con el objetivo de

posibilitar la conexión de la calle Marqués de Paradás con el nuevo trazado previsto para la calle Torneo, viene a incluir, iniciándolo la expresión “sin embargo”, que el 9 de septiembre de 1999 se aprobó el Plan Especial de Protección del Sector 9.1 “Los Humeros” del Conjunto Histórico de Sevilla, que supuso una modificación del planeamiento aplicable en la zona de tal forma que la finca que nos ocupa quedó calificada para su destino a espacios libres “Compás del Rosario” y SIPS público, añadiendo finalmente que en el vigente PGOU de 19 de julio de 2006 la finca se califica como destino a uso de Servicio de Interés Público y Social, Equipamiento Administrativo (S-EA). El que la finca expropiada, según se indica también en los citados informes, no se encuentre en la actualidad edificada ni destinada a ningún uso es precisamente el motivo por el cual se accede a la reversión solicitada pero en ningún instante se pone fin a la duda de cuál pudiera ser en la actualidad la calificación del suelo en cuestión, sino que, más bien parece que la Administración municipal mantiene que su uso es de Servicio de Interés Público y Social, Equipamiento Administrativo. Es pues el propio acuerdo reconociendo el derecho de reversión el que introduce, cuando menos, dudas sobre la calificación del suelo que posibilita que en vía contencioso-administrativa se traiga a colación la cuestión y se formule una pretensión a tal fin que, ya adelantamos, consideramos correcta en los términos en que se hace valer en el escrito de conclusiones.

CUARTO.- Como antes dijimos tampoco apreciamos un incorrecto cambio de pretensión entre la articulada en demanda y la formulada en conclusiones de la parte demandante. En la demanda, punto primero del suplico, se solicita que se dicte sentencia por la que se acuerde: *“reconocer el cambio de uso derivado del acuerdo de reversión de la finca en favor de Sevilla Centro S.L.U. de forma que la finca recupere el aprovechamiento lucrativo que disponía con anterioridad a la modificación del PGOU de 1987 que legitimó la expropiación primitiva, a privativo correspondiente residencial (Centro Histórico)”*. En conclusiones, el suplico se limita a que *“se tenga evacuado el trámite concedido y dicte sentencia conforme al suplico de nuestra demanda y teniendo en cuenta la fundamentación jurídica y jurisprudencia invocada”*, si bien en el cuerpo jurídico de dicho escrito se incluyen consideraciones sobre que el reconocimiento del cambio de uso que le asiste lo es a meros efectos declarativos, sin que esto le exonere de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo dispuesto al efecto para materializar dicho derecho. Desde luego no hay formalmente modificación alguna de pretensión por cuanto nada en concreto se incluye en conclusiones, no se articula pretensión alguna distinta a la formulada en demanda, limitándose el recurrente a incluir consideraciones jurídicas que

vienen a matizar e incluso efectivamente modificar, las inicialmente vertidas en su escrito de demanda, aspecto plenamente legítimo e incluso propio de conclusiones donde se incluyen consideraciones resultado de las pruebas practicadas y de los argumentos vertidos por las demás partes en el proceso. Estas consideraciones, o alteraciones si la apelante quiere considerarla así, son acogidas por la juzgadora de instancia en su sentencia para precisar el alcance de un pronunciamiento que viene en definitiva a estimar la pretensión del demandante y que, ciertamente, podrían haber dado lugar a un pronunciamiento de estimación parcial (o tal vez con mayor precisión “sustancial”) de la demanda en cuanto que no se menciona que el cambio de uso deba ser necesariamente al de residencial. Pero la circunstancia que el fallo sea de estimación total o parcial es irrelevante (podiera tener trascendencia en cuanto a imposición de costas pero el pronunciamiento judicial es de no imposición a ninguna de las partes) y toda duda que pudiera surgir en ejecución de la sentencia la hoy apelante podría haberla evitado mediante una solicitud de aclaración o complemento de la sentencia, aunque resulta difícil de admitir la existencia de confusión alguna en la medida en que claramente la sentencia viene a reconocer un derecho al cambio de uso tras el procedimiento de innovación del instrumento de planeamiento urbanístico correspondiente, siendo allí donde obviamente habrá de dilucidarse cual sea el que efectivamente corresponda en derecho a la finca cuya reversión tiene lugar, como por lo demás incluso la propia Gerencia de Urbanismo apelante reconoce cuando señala en su apelación que *“el hecho de que la decisión que se adopte en el procedimiento de modificación del planeamiento, en cuanto al cambio de calificación, haya de venir impuesta por la reversión acordada y no por decisión discrecional del planificador ...”*

En conclusión de lo hasta aquí expuesto: 1) no hay desviación procesal porque se haya hecho valer en el proceso una pretensión sobre la cual no haya podido pronunciarse previamente la Administración, sino, por el contrario, es el propio acuerdo el que, por remisión a los informes en que se fundamenta, introduce las dudas jurídicas que motivan el recurso contencioso-administrativo; 2) no hay “incongruencia interna” por un fallo que estima totalmente la pretensión actora, incluso reconociendo que lo más certero hubiera sido una estimación sustancial de la demanda o, llevándolo al extremo, una estimación parcial, pero sin que ello permita hablar de incongruencia alguna; 3) no se formula en conclusiones alteración sustancial de la pretensión articulada en demanda sino modulación de la misma en función de la respuesta que en derecho se da a las alegaciones de las otras partes en el proceso y 4) no puede hablarse de falta de competencia

del Juzgado de lo Contencioso Administrativo cuando el acuerdo objeto del recurso emana de la Administración Local en materia de reversión expropiatoria.

QUINTO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición a la parte apelante de la condena al pago de las costas originadas en esta segunda instancia, si bien limitamos su importe a la cantidad máxima de 1.500 €.

(St. de 18 de febrero de 2021. Sala de Sevilla. Ponente Ilmo. Sr D. José Ángel Vázquez García).

XX. RESPONSABILIDAD

Responsabilidad sanitaria del SAS. Consentimiento Informado incorrectamente documentado y actos del paciente que parecen demostrar su conocimiento de la intervención sanitaria. Desestimación

PRIMERO.- Alterando en su examen el orden de los motivos de impugnación de la sentencia de primera instancia que se hacen valer por el apelante, señalar que se invoca la existencia de daño desproporcionado como motivo determinante de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria andaluza. Así, se indica que en ningún momento se aporta explicación suficiente de por qué un paciente que es diagnosticado de hernia inguinal acaba, tras sucesivas intervenciones, declarado incapaz permanente total para su profesión habitual y diagnosticado de inguinodinia recurrente.

SEGUNDO.- Es preciso indicar que el art. 217.2 LEC dispone con claridad que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Es por tanto al que reclama, en los supuestos de responsabilidad patrimonial, a quien corresponde acreditar los hechos y circunstancias determinantes y necesarios para la afirmación de dicha responsabilidad, entre otros, los correspondientes a la prueba de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el efectivo daño producido. Lo que sucede es que, en virtud de lo que señala el apartado 6º del art. 217 LEC, es en la aplicación concreta de esta regla sobre carga de la prueba donde el juzgador deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio. Una cosa es por tanto la carga de la prueba (que en el presente supuesto corresponde a la reclamante)

y otra las reglas de valoración de los elementos probatorios para afirmar si se ha cumplido con la citada carga y que se mueven en la órbita de la facilidad y disponibilidad probatoria.

Igualmente reseñar que, con carácter general, la aceptación de las conclusiones recogidas en los dictámenes periciales deriva de su contenido, que sean completos y respondan a todas las cuestiones que puede plantearse. Por otro lado los dictámenes periciales han de ser valorados en su conjunto, atendiendo a las conclusiones emitidas y la congruencia de estas con los hechos y consideraciones técnicas tomadas en consideración para su formulación, siendo esos informes periciales, en la mayoría de los casos, el soporte de la decisión judicial.

En tercer lugar resulta conveniente precisar que aun cuando el recurso de apelación transmite al Tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, dirigida a llevar a la conclusión de si se apreció o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, así como que en la formación de la decisión judicial, dada la carencia del Tribunal de conocimientos científicos en el ámbito de asistencia médica, cobra extraordinario valor los dictámenes emitidos por especialistas en la materia y que ilustran al juzgador en su toma de decisión.

TERCERO.- Desde las premisas anteriores la conclusión a la que cabe llegar es la de inexistencia de la presencia de la denominada por nuestra jurisprudencia “pérdida de oportunidad”, formulado al amparo de aquellas situaciones en las que el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal. Y es que la inguinodinia recurrente que finalmente padece el apelante es precisamente un riesgo típico de la primera intervención que, ciertamente es diagnosticado bastante tiempo después, pero precisamente por los intentos de los facultativos, finalmente baldíos, de que el paciente no quedara con esa secuela y se recuperara totalmente de la cirugía inicial. Por otro lado no hay dictamen pericial alguno que nos haga suponer que en alguna de las intervenciones quirúrgicas practicadas la mala praxis estuviera presente, excluyéndose por esta doble circunstancia la presencia de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- En lo referente al primero de los motivos de impugnación de la sentencia hechos valer en el recurso de apelación, esto es la ausencia de consentimiento informado, como preceptúa el art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado una vez que, recibida información asistencial, haya valorado las opciones propias del caso. El consentimiento, por regla general, es verbal. Dicho consentimiento será por escrito en los siguientes supuestos: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. A su vez el art. 10.1 de la Ley 41/2002, incluye como información básica que debe proporcionarse al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la siguiente: los riesgos o consecuencias seguras y relevantes de la intervención, los riesgos personalizados, los riesgos probables, los riesgos típicos y las contraindicaciones. Hay que tener presente que la adecuación y consiguiente suficiencia o insuficiencia de la información y formalización del consentimiento debe ponerse en relación con el padecimiento, la intervención médica, grado de riesgos y condiciones personales del paciente.

En el presente caso el recurrente esgrime que no se cumple con lo establecido en la legislación sanitaria respecto al contenido y forma del consentimiento informado por cuanto las fechas de los modelos de consentimiento informado obrantes en el expediente administrativo no coinciden con las fechas en que se practican las intervenciones quirúrgicas, no se le informa de los daños neurológicos que podría haber sufrido consecuencia de la intervención, no se le da una alternativa menos gravosa y menos perjudicial para su salud, en el documento de abril de 2015 no se marca la cruz de autorización expresa ni se fija fecha ni figura el nombre debajo de la firma y en el que guarda relación con la intervención de diciembre de 2015 no se explica en qué consiste la neuronotmesis que se le practica.

Del examen del expediente administrativo se aprecia como ya en la primera ocasión que tiene lugar el tratamiento quirúrgico de la hernia en el documento que suscribe el paciente se indica la finalidad de la intervención, en qué consiste, los riesgos de toda intervención quirúrgica y los específicos y propios de la que va a sufrir el paciente, sin que exista ningún otro método para tratar la dolencia que padece, con firma (nombre y apellidos del paciente) y si bien la fecha es la del 25 de noviembre de 2013 cuando la cirugía tuvo lugar el 18 de febrero de 2014, ese desfase es propio del

transcurso del tiempo desde que se prescribe y solicita la intervención (folio 90 del expediente) hasta que tiene lugar la misma, pero ello no desvirtúa la validez del consentimiento prestado cuando no hay una alteración de las circunstancias que hagan suponer el decaimiento de dicho consentimiento. Por lo demás no es detalle que haga pensar que el paciente no mostró conformidad con la intervención el que no se hubiera marcado con una X la palabra SÍ en la autorización de la cirugía que tiene lugar en abril de 2015, cuando el paciente, en la larga evolución y tratamiento de la hernia tiene pleno conocimiento de su dolencia y la propuesta de reparación de la misma, figurando, sin duda de autenticidad, su firma en el documento que presta el consentimiento. Por último la triple neuronotmesis que se le practica en diciembre de 2015 encuentra imágenes explicativas en el documento obrante al folio 34 del expediente, que forma parte de la documentación sobre el consentimiento informado y que, realizadas manualmente hay que suponer que implicaron la explicación por el médico de en qué consistía una intervención que, por lo demás, tampoco legalmente precisa de una minuciosa y detallada información sobre cómo se lleva a cabo cuando el paciente desconoce por completo la complejidad y alcance de esa técnica y poco utilidad podría obtener de esa compleja explicación.

QUINTO.- Dado que no resulta perfecto e intachable el reflejo documental del consentimiento informado, aunque sí suficiente a los efectos de su validez, lo que justifica su impugnación en el recurso de apelación al existir dudas jurídicas sobre el mismo, unido a que la Administración sanitaria ha seguido la legal, pero desconsiderada fórmula del silencio administrativo para dar respuesta a la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial, es por lo que, no obstante la desestimación del recurso de apelación, no condenamos en costas al recurrente, en ninguna de las instancias.

(St. de 18 de febrero de 2021. Sala de Sevilla. Ponente Ilmo. Sr. D. José Ángel Vázquez García)

XX. RESPONSABILIDAD

... ante un diagnóstico erróneo o equivocado, la exclusión de responsabilidad patrimonial en el supuesto de que se produzca un daño, exige, no sólo que la valoración de la sintomatología que presenta el paciente sea correcta, sino, además, que para alcanzar el diagnóstico se hayan realizado las comprobaciones médicas y pruebas clínicas que se estiman necesarias, adecuadas y proporcionadas, según el estado de la ciencia médica.

PRIMERO.- Fundamenta el juzgador de instancia su decisión de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo fundamentalmente en una valoración o juicio crítico de los diversos informes periciales obrantes en el expediente y la prueba practicada en el proceso. Se concluye en la sentencia, tras transcribir la argumentación de las partes y los informes periciales incorporados, que el tromboembolismo pulmonar masivo que determinó el fallecimiento del hijo de los demandantes, de 26 años de edad, seguramente trae su causa en una trombosis venosa profunda localizada en miembro inferior que ya fue sospechada por el facultativo del servicio de urgencias del centro de salud que le remite al Hospital Reina Sofía para su confirmación y, donde, sin realizarse las pruebas específicas para eliminar tal diagnóstico, como sería la prueba analítica de coagulación Dímero D y el Ecodople, es diagnosticado de contractura muscular en los abductores, diagnóstico que se repitió a las 24 horas cuando el paciente regresa al Hospital y que solo, al día siguiente, cuando acude por tercera vez al centro hospitalario con sensación de ahogo, presentando disnea, dolor torácico y sudoración se sospecha la presencia de un tromboembolismo pulmonar que tres días después determinó su fallecimiento.

Por su parte, el recurso de apelación incide en varios hechos: 1º) que el paciente presentaba como único síntoma el dolor en la pierna que puede obedecer a muchas causas, no presentando el resto de la sintomatología propia de la trombosis venosa profunda (inflamación con edema, incremento de la temperatura corporal, cambios en el color de la piel con enrojecimiento y empastamiento) según se indica en el segundo informe del alta de urgencia hospitalaria. Además el paciente manifestó que el dolor comenzó de forma brusca al agacharse, lo que reforzaba el diagnóstico propio de un problema osteomuscular, unido a que era una persona joven sin factores de riesgo ni antecedentes que hiciera sospechar una trombosis venosa. 2º) que pese acudir reiteradamente a los servicios médicos nada prueba la existencia una trombosis venosa profunda que bien pudo debutar posteriormente y 3º) que la sospecha del facultativo del centro de salud que le derivó al centro hospitalario de que pudiera darse una trombosis venosa profunda precisamente determinó que en el Hospital Reina Sofía se comprobara que presentaba los síntomas propios de esa dolencia, circunstancia que precisamente fue excluida por lo antes expuesto.

SEGUNDO.- Al respecto hay que indicar que, con carácter general, la aceptación de las conclusiones recogidas en los dictámenes periciales deriva de su contenido, que sean completos y respondan a todas las cuestiones que puede plantearse. Por otro lado los dictámenes periciales han de ser valorados

en su conjunto, atendiendo a las conclusiones emitidas y la congruencia de estas con los hechos y consideraciones técnicas tomadas en consideración para su formulación

También es preciso indicar que el art. 217.2 LEC dispone con claridad que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Es por tanto al que reclama, en los supuestos de responsabilidad patrimonial, a quien corresponde acreditar los hechos y circunstancias determinantes y necesarios para la afirmación de dicha responsabilidad, entre otros, los correspondientes a la prueba de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el efectivo daño producido. Lo que sucede es que, en virtud de lo que señala el apartado 6º del art. 217 LEC, es en la aplicación concreta de esta regla sobre carga de la prueba donde el juzgador deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio. Una cosa es por tanto la carga de la prueba (que en el presente supuesto corresponde a la reclamante) y otra las reglas de valoración de los elementos probatorios para afirmar si se ha cumplido con la citada carga y que se mueven en la órbita de la facilidad y disponibilidad probatoria.

En tercer lugar resulta conveniente precisar que aun cuando el recurso de apelación transmite al Tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, dirigida a llevar a la conclusión de si se apreció o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, así como que en la formación de la decisión judicial, dada la carencia del Tribunal de conocimientos científicos en el ámbito de asistencia médica, cobra extraordinario valor los dictámenes emitidos por especialistas en la materia y que ilustran al juzgador en su toma de decisión.

TERCERO.- Desde las premisas anteriores la conclusión a la que cabe llegar es la de inexistencia de una errónea valoración de la prueba que, como principal argumento impugnatorio, viene a hacer valer la parte apelante. Es cierto que no todo diagnóstico equivocado provoca inexcusablemente responsabilidad ya que no es jurídicamente exigible el acierto del médico en todo caso, pero tampoco cabe olvidar que ante un diagnóstico erróneo

o equivocado, la exclusión de responsabilidad patrimonial en el supuesto de que se produzca un daño, exige, no sólo que la valoración de la sintomatología que presenta el paciente sea correcta, sino, además, que para alcanzar el diagnóstico se hayan realizado las comprobaciones médicas y pruebas clínicas que se estiman necesarias, adecuadas y proporcionadas, según el estado de la ciencia médica.

En el presente caso las sospechas de una trombosis venosa profunda (TVP) ya fue advertida por el facultativo del centro de salud. La remisión hospitalaria que el médico de atención primaria prescribe precisamente no tiene otra finalidad que la de eliminar o confirmar esa sospecha y la mejor, incluso diríamos que única forma de cumplir la misma no es otra que la realización de las pruebas indicadas para advertir dicha patología (prueba analítica de coagulación Dimero D y Ecodopler), no especialmente complejas, sin que basta a tal fin con la exploración física del paciente, máxime cuando éste acude en dos ocasiones, en poco tiempo, la centro hospitalario. Si a ello añadimos la dificultad para advertir la presencia de una TVP sólo por la sintomatología y que las pruebas clínicas citadas precisamente son el medio más adecuado para alcanzar ese diagnóstico, la conclusión no puede ser otra que la alcanzada por el juzgador de primera instancia al apreciar la concurrencia de los elementos configuradores de responsabilidad patrimonial de la Administración, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación.

CUARTO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de las costas originadas en esta segunda instancia a la parte apelante, si bien limitamos su importe a la cantidad de 1.200 €.

(St. de 13 de mayo de 2021. Sala de Sevilla. Ponente Ilmo. Sr. D. José Ángel Vázquez García).