



Roj: **STSJ GAL 4803/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:4803**

Id Cendoj: **15030330012018100401**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2018**

Nº de Recurso: **312/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira

Recurso: Recurso De Apelación 312/2018

Apelantes: Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061, Axencia Galega Emerxencias Centro Atención Emerxencias 112 Galicia (Axega)

Apeladas: D. Jose Ángel , D^a. Bernarda , D. Carlos Jesús , D. Carlos Ramón , Zurich Insurance

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.

D^a. Blanca María Fernández Conde

D^a. María Dolores Rivera Frade

A Coruña, a 12 de diciembre de 2018.

El recurso de apelación 312/2018 pendiente de resolución ante esta Sala, fue promovido por la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061, Axencia Galega Emerxencias Centro Atención Emerxencias 112 Galicia (Axega), representada y dirigida por el Letrado de la Xunta de Galicia, contra la *sentencia* de fecha 16 de abril de 2018, dictada en el Procedimiento Ordinario 86/2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de los de Ourense , sobre responsabilidad patrimonial, siendo partes apeladas D. Jose Ángel , D^a. Bernarda , D. Carlos Jesús , D. Carlos Ramón , representados por el procurador D. Xulio López Valcárcel y dirigidos por el letrado D. Angel Loureiro López y Zürich Insurance PLC, Sucursal en España, representada por el procurador D. Javier Carlos Sánchez García y dirigida por el letrado D. Eduardo Asensi Pallares.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "1º.- *ESTIMAR EN PARTE* el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jose Ángel , D^a. Bernarda , D. Carlos Jesús y D. Carlos Ramón contra las resoluciones de la Xunta de Galicia de 29 de enero y 10 de julio de 2014, desestimatorias de las reclamaciones indemnizatorias que presentaron por la responsabilidad patrimonial generada por el deficiente funcionamiento de sus servicios de emergencias en relación al accidente de circulación padecido por D. Alberto , el día 12 de octubre de 2011 en el término municipal de Cenlle (exptes. NUM000 y NUM001).



2º.- *Anular las referidas resoluciones, condenando a la Xunta de Galicia a indemnizar a D^a. Patricia , D. Jose Ángel y D. Carlos Ramón con la cantidad total de ochenta mil euros (80.000 €), incrementada con el IPC desde la fecha del accidente.*

3º.- *Sin imposición de costas."*

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

PRIMERO: Objeto del recurso de apelación.-

Doña Bernarda (madre conviviente), don Jose Ángel (padre no conviviente), don Carlos Ramón (hermano por parte de madre, conviviente) y don Carlos Jesús , impugnaron las resoluciones de 29 de enero de 2014 del Secretario Xeral Técnico de la Consellería de Sanidade, y de 10 de julio de 2014 de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, desestimatorias de la reclamación de indemnización de 114.742'32 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por el funcionamiento, en la localización, de la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061 y Axencia Galega de Emerxencias 112, en el accidente sufrido el día 12 de octubre de 2011 por don Alberto , de 27 años a la sazón, cuando conducía su motocicleta por el km 1,1 de la carretera que une la N-120 con el lugar de Sadurnín-Cenlle, término municipal de Cenlle, en el que dicho conductor acabó falleciendo.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Ourense estimó en parte el recurso contencioso-administrativo, condenando a la Xunta de Galicia a indemnizar a los recurrentes en la cantidad de 80.000 euros, de los que 40.000 euros son para doña Bernarda , como madre conviviente, 25.000 euros para don Jose Ángel (padre no conviviente) y 15.000 euros para don Carlos Ramón (hermano menor conviviente), incrementadas esas sumas con el IPC desde la fecha del accidente.

Frente a dicha sentencia interpuso recurso de apelación el Letrado de la Xunta de Galicia en nombre y representación de la Axencia Galega de Emerxencias 112, y posteriormente el propio Letrado de la Xunta, en nombre y representación de la Consellería de Sanidad y Sergas, presentó escrito de adhesión en todos sus términos al recurso de apelación anterior.

SEGUNDO: Examen de la primera alegación del recurso de apelación del Letrado de la Xunta de Galicia en nombre y representación de la Axencia Galega de Emerxencias 112: error en la valoración de la prueba en relación a los hechos probados.-

1. Debido a que el primer motivo a que se refiere el recurso de apelación del Letrado de la Xunta de Galicia es el relativo a la alegación de error en la valoración de la prueba en relación a los hechos probados, conviene comenzar consignando los que se han concretado como tales en la sentencia apelada.

Sobre las 18:30 horas del día 12 de octubre de 2011 don Alberto , de 27 años, salió de Ribadavia conduciendo su motocicleta, con casco protector y sin presencia de alcohol ni drogas en su organismo, tras haberle comunicado a su amiga doña Marí Trini que iría a la granja de su tío en Eiras (San Amaro), pasando antes por A Carisa.

Pocos minutos después, iba a la altura del km 1,100 de la carretera comarcal que une la nacional 120 con el lugar de Sadurnín y la OU-303, en el término municipal de Cenlle, en una zona boscosa y deshabitada, en pendiente, con la única posibilidad de caída por uno de sus lados, cuando la moto se salió de la vía y cayó al suelo con su conductor en un nivel inferior al de la calzada, golpeándose don Alberto con un árbol, quedando la moto a tres metros y medio de la vía y a diez metros, visible desde la carretera por no ocultarlo la vegetación, el conductor, quien sufrió la fractura de un brazo y una contusión relevante en el tórax, que le produjo una hemorragia interna en el pulmón derecho, no quedando en la calzada restos del vehículo ni de un posible frenazo.

Inmediatamente después don Alberto se hallaba consciente, aunque inmovilizado y en estado de shock, disponiendo de un teléfono móvil activo, marca Samsung Galaxy, con GPS y servicios de voz y datos, contratado con la operadora Vodafone, por lo que a las 18:45 horas llamó a su amiga doña Marí Trini , pidiendo socorro.

A partir de ese momento varios amigos y parientes le llamaron a dicho teléfono, indicándoles Alberto su situación en un lugar erróneo; seguidamente se pusieron en contacto con el servicio emergencias Xunta de



Galicia 112, el cual entre las 18:54 y las 18:59 horas procedió a movilizar al servicio de urgencias médicas 061, la Guardia Civil de Tráfico de Ourense y al Grupo Municipal de Intervención Rápida (GRUMIR) de Ribadavia, comenzando la búsqueda inicialmente hacia el sur, en la zona comprendida entre Castrelo de Miño y A Carisa, y posteriormente hacia el norte, entre la carretera nacional 120 y el núcleo de Eiras (San Amaro).

Entretanto, los servicios del 061 y 112 contactaron telefónicamente con el conductor, manteniendo varias conversaciones con él de una duración conjunta total de 43 minutos, sin que desde la puesta de sol, a las 20:30 horas, Alberto volviera a comunicarse con el teléfono móvil.

Posteriormente, a un conductor de ambulancia del 061, por su propia iniciativa y al margen del dispositivo de búsqueda, se le ocurrió recorrer con un foco la carretera en la que se había producido el accidente, localizando a las 21:56 horas a Alberto, quien se hallaba en parada cardiorespiratoria, por lo que poco después se certificó su fallecimiento, que se produjo por la lesión de su pulmón derecho, que generó una hemorragia interna y asfixia (pulmón colapsado de fluidos).

Con un elevado grado de probabilidad se podría haber salvado la vida de la víctima si se le hubiese localizado y auxiliado a los pocos minutos del accidente, ya que en dicho lugar su teléfono móvil tenía una buena cobertura, gracias a la existencia de varias antenas de la compañía Vodafone en sus proximidades.

2. El defensor de la Administración autonómica propone que se consigne como texto alternativo que don Alberto fue localizado a las 21'56 horas, en el curso del operativo, por personal del 061 que actuaba, siguiendo las directrices y en coordinación con el resto del personal y medios movilizado para el rescate, de acuerdo con el protocolo existente para las emergencias en accidentes de tráfico, por el 112.

Se argumenta en el recurso de apelación que el juzgador "a quo" no realiza una correcta valoración de la prueba, puesto que las ambulancias del 061, llamadas por el CAE-112, permanecieron en el lugar y participaron activamente del operativo de búsqueda, por lo que no se puede reprochar a la Administración que uno de sus servicios actúe más allá de los estrictos protocolos, añadiendo que la acción de recorrer con un foco la carretera no fue un acto espontáneo y descontextualizado del conductor, sino un cometido concreto asignado en el curso del operativo.

Del informe sobre la asistencia prestada al accidentado por la fundación urgencias sanitarias de Galicia 061 no se desprende que el conductor de ambulancia del 061 que lo encontró estuviese inmerso en el dispositivo de búsqueda, pero es que, independientemente de la constancia en los hechos probados sobre su intervención, el título de imputación a la Administración que resaltó el juzgador de primera instancia no derivó de que el hallazgo fuese consecuencia de dicha actuación individual, sino de que la Xunta de Galicia no actuó en este caso con el nivel de calidad mínimo exigible a sus servicios de emergencia, y ello, no porque el sistema automático "POSIC112" haya funcionado mal, sino por no haber establecido un protocolo o guía de actuación alternativa para los supuestos en los que dicho sistema no ofrece datos suficientes para localizar a la víctima, lo que entraña, en primer lugar, un mecanismo de comunicación directa con la operadora del móvil del accidentado, que sí puede localizar rápidamente el lugar de la llamada, y en segundo lugar, una mínima formación a los trabajadores que atienden las llamadas del 112 y del 061 a fin de indicarle directamente a la víctima los sencillos pasos que debe dar para conectar el google maps de su móvil o enviar la posición por whatsapp.

En efecto, al margen de que la localización haya sido por iniciativa propia del conductor de ambulancia del 061 o en el curso del operativo activado para el rescate, lo esencial es determinar si dicho operativo se desarrolló dentro de los estándares de seguridad exigibles al 112, empleando los medios que la Administración tenía a su disposición para la localización del accidentado, que no se habían de reducir al sistema automático "POSIC112", porque en el caso presente la prueba pericial del ingeniero de telecomunicaciones don Clemente ha puesto de manifiesto que: 1º en el teléfono móvil de la víctima estaban disponibles los sistemas GSM, UMTS y GPS, 2º en el punto del accidente dicho perito judicial ha comprobado que la operadora Vodafone, a la que correspondía el móvil del accidentado, tenía no menos de seis estaciones base GSM y UMTS, siendo así que en la fecha del percance incluso podía haber más, porque con la introducción posterior del sistema LTE ha podido haber una sustitución de bases UMTS por LTE, 3º tanto mediante la localización por parte del operador como por el uso del GPS del móvil la posición de la víctima podía haber sido estimada con precisión suficiente como para haberlo localizado rápidamente, 4º por el uso de la localización GSM/UMTS el error de posicionamiento nunca debería ser superior a 200 metros y por el GPS nunca superior a 50 metros, restringiéndose notablemente el área a buscar debido a que se trató de un accidente de tráfico, de modo que sólo se podía encontrar el accidentado a pocos metros de una carretera (lo que se confirmaba con la información proporcionada a través de su teléfono móvil por el señor Federico), 5º dado que el accidentado era usuario del servicio de whatsapp, también era posible enviar la posición GPS de manera que la localización fuese inmediata, sin más que ayudarle al usuario (que todavía estaba consciente cuando estaba en comunicación con el 112) con unas instrucciones



sencillas, 6º dado que el teléfono móvil que portaba el accidentado era un Samsung con sistema Android, tenía preinstalada la aplicación Google Maps, lo que permitía compartir la posición de forma inmediata y precisa, asimismo dándole al accidentado unas sencillas instrucciones cuando todavía estaba consciente, y lo mismo cabe decir de la aplicación Hangouts y 7º utilizando el protocolo POSIC112 podría haberse solicitado del operador la posición del teléfono móvil de la víctima, para lo cual ni siquiera se necesitaba que el teléfono móvil tuviera instalada ninguna aplicación ni se precisaba la colaboración del usuario.

TERCERO: Continuación del examen del recurso de apelación del Letrado de la Xunta de Galicia.-

3. Seguidamente el Letrado de la Xunta de Galicia alega su falta de legitimación pasiva, planteando la que denomina falta de litisconsorcio pasivo necesario, porque debía extenderse el recurso hacia otras Administraciones Públicas, que tenían y tienen competencias directas en las situaciones de emergencia, y más concretamente en la búsqueda y localización de accidentados, citando como tales los Concellos de Ribadavia y Beade, de los que dependen los GRUMIR que intervinieron en el operativo, el Concello de Castrelo de Miño, ya que intervino su agrupación de protección civil, y la Administración del Estado, de la que depende la Guardia Civil.

La excepción de litisconsorcio pasivo necesario, propia de la jurisdicción civil, no existe en la contencioso-administrativa, ya no sólo porque no se halla entre los motivos de inadmisibilidad del artículo 69 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino también porque si la Xunta de Galicia entendía que los Concellos mencionados y la Administración General del Estado eran interesados, debió notificarles la resolución por la que se acordaba remitir el expediente al Juzgado y emplazarles para que pudieran personarse como demandados en el plazo de diez días, tal como establece el artículo 49.1 LJ, y si no lo hizo sin duda fue porque asumió la planificación de las actuaciones y la coordinación entre las distintas Administraciones Públicas implicadas, ocupándose, a través del servicio de emergencias 112, de la función y la responsabilidad en la localización de la víctima del accidente.

Y es lógico que así haya sido a la vista de la normativa reguladora de la materia, sobre todo la Ley 5/2007, de 7 de mayo, de emergencias de Galicia, ya que: 1º el artículo 10.a atribuye a la Xunta de Galicia, la superior coordinación y dirección, así como la gestión de las emergencias que superen los medios de respuesta de que disponen las entidades locales, (en el caso presente, según el lugar en que se produjo el percance, estaban implicados, al menos, los Concellos de Ribadavia, Beade y Castrelo de Miño), 2º el artículo 11 atribuye al Consello de la Xunta la superior dirección y coordinación de la protección civil y de la gestión de emergencias de la Comunidad Autónoma de Galicia, 3º el artículo 12.1.a encomienda al presidente de la Xunta, en tanto autoridad superior de dirección y coordinación de la Xunta, ejercer el mando único de los servicios de intervención frente a las emergencias en los casos contemplados en la presente ley, 4º el artículo 13.j encarga a la persona titular de la consellería competente en materia de protección civil y gestión de emergencias la coordinación entre sí de los servicios públicos y privados que hayan de intervenir en situaciones de emergencia, 5º En los artículos 16 y siguientes se crea la Axencia Galega de Emerxencias como entidad instrumental de la Xunta de Galicia, para el estudio y ejecución de la política autonómica en materia de protección civil y gestión de emergencias, encomendándole en el artículo 18 la gestión del Centro de Atención de Emerxencias 112 Galicia, y 6º Incluso aunque el presente se considerase como un riesgo ordinario, con arreglo al artículo 37, afectando a más de un municipio y al ser insuficientes los medios disponibles por cualquiera de los afectados (Ribadavia, Beade, Castrelo de Miño), es al Centro de Atención a las Emergencias (CAE) 112 Galicia a quien corresponde la movilización de los medios necesarios (apartado 1.b), teniendo por objeto dicho CAE atender las llamadas realizadas por los ciudadanos ante situaciones de emergencia y darles el tratamiento correspondiente a las mismas.

Por tanto, las Corporaciones Locales habían de estar bajo la superior dirección y coordinación que correspondía a la Xunta de Galicia, mientras que el artículo 11.1.i de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, encomienda, como una de las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la colaboración con los servicios de protección civil en los casos de grave riesgo, catástrofe, o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de protección civil, resultando evidente que el rescate de un accidentado no puede inscribirse en dichos cometidos relativos de siniestros de carácter colectivo, al margen de que en el caso presente la Guardia Civil haya colaborado en la búsqueda.

Por consiguiente, es a la Xunta de Galicia a quien, con toda lógica, ha de atribuirse la responsabilidad patrimonial como consecuencia de las funciones y cometidos que en esta materia ha de asumir.

4. A continuación alega el apelante error en la valoración de la prueba en relación a la falta de un protocolo de actuación efectivo y carencia de un estándar mínimo de calidad.



En este apartado, tras describir la normativa estatal y autonómica aplicable, el apelante encuadra el accidente de tráfico producido dentro de lo que el artículo 37 de la Ley gallega 5/2007 califica como riesgo ordinario, y no como emergencia colectiva, argumentando que aplicó inmediatamente el protocolo previsto y existente para una emergencia de tal carácter, yendo su intervención incluso más allá de lo preceptuado en cuanto al personal y los medios materiales, pues no se trataba de una emergencia de carácter colectivo y, por lo tanto, no daba lugar a la activación de alguno de los planes territoriales o especiales aprobados. Añade que sí existía protocolo de actuación efectivo para localizar víctimas accidentadas con teléfono móvil activado que contactan con los servicios autonómicos de emergencias solicitando su auxilio, y sí se activó, pues el dispositivo de emergencia se puso en marcha en seis minutos, en cuyo tiempo estaban movilizados todos los recursos de primera intervención que, protocolariamente, se acomodaban al tipo de emergencia surgido, cual es el de accidente de tráfico con herido, sin excarcelación. Añade que no existió inactividad ni pasividad en ningún momento, porque tanto el CAE 112 como el 061 comunicaron con el accidentado un total de 42'53 minutos, hasta que ya no contestó a las llamadas, por lo que entiende el apelante que cumplió los cometidos que la Ley 5/2007 le encomienda. En definitiva, entiende el Letrado de la Xunta que el dispositivo activado fue el correcto y que se realizó con una rapidez incuestionable.

El error que se achaca a la sentencia de primera instancia es el relativo a las competencias de la Axencia Galega de Emerxencias, porque entiende el apelante que se le han atribuido obligaciones directas en el lugar físico de producción de la emergencia y en la coordinación de los efectivos *in situ*, pese a que no opera prestando materialmente la asistencia (art. 37.2 Ley 5/2007).

Pese a lo que se razona por el apelante, no está claro que el accidente producido haya de ser integrado dentro de lo que el artículo 37 de la Ley 5/2007 califica como riesgo ordinario, porque perfectamente puede encuadrarse en la definición de emergencia del artículo 1.3, que establece que " *A los efectos de la presente ley , se entiende por emergencia una situación sobrevenida, de carácter inesperado, que afecta en menor o mayor grado a la seguridad de las personas, de los bienes o del medio ambiente*", de modo que no sólo abarca las de carácter colectivo.

En todo caso, y aunque se incluyera como riesgo ordinario, al afectar a más de un municipio (inicialmente no se sabía el lugar exacto en que había tenido lugar el percance) el CAE 112 Galicia tenía como cometido la atención de la llamada realizada por el ciudadano ante la situación de emergencia (sin duda afectaba a la seguridad del accidentado), darles el tratamiento correspondiente y la movilización de los recursos, por lo que no basta con que se haya puesto en marcha el dispositivo de emergencia en seis minutos, pues en el operativo está incluida la búsqueda del siniestrado, y de hecho el CAE 112 se implicó desde el primer momento en la misma, tratando de coordinar todos los recursos disponibles, por lo que es perfectamente factible que se analice y enjuicie la actuación de aquel servicio autonómico, coincidiendo la Sala en la valoración de que no se ha revelado la presencia de un estándar mínimo de calidad en el dispositivo de búsqueda, achacable al CAE 112, porque, tal como se ha puesto de manifiesto en la prueba pericial judicial, no se puso en marcha un mecanismo de comunicación directa con la operadora del móvil y no se ha revelado una mínima formación en quienes atienden las llamadas del 112 a fin de poder indicar a la víctima los sencillos pasos precisos para conectar el google maps de su móvil o para enviar su posición por whatsapp.

Nadie duda de que el dispositivo de emergencia (urgencias médicas, Guardia Civil de Tráfico, GRUMIR de Ribadavia y Beade, y agrupación de voluntarios de protección civil de Castrelo de Miño) se haya puesto en marcha en un tiempo adecuado, pero con ello no basta, pues en su actuación no se cumplió con el estándar mínimo de calidad que cabía exigir para localizar al herido, ya que tenía a su alcance el CAE 112 Galicia medios suficientes para una búsqueda más eficiente, pudiendo haber comunicado directamente con Vodafone para una correcta localización, y formar adecuadamente a los operarios a su servicio para indicar a la víctima, con quien estuvieron en comunicación en tres ocasiones (con un total de 29'49 minutos el CAE 112, además de otras cuatro ocasiones, con tiempo total de 13,04 minutos, en que contactó el 061), cómo debía conectar el google maps o enviar su posición por whatsapp para facilitar su ubicación, y de ese modo encontrarlo más rápidamente, incrementando de ese modo las posibilidades de hallarlo con vida o de salvarlo (el médico forense don Leovigildo y la perito doña Carmela , médico de la UVI móvil, coinciden en manifestar que si se hubiera localizado a don Alberto poco después del accidente existía por lo menos un 50 % de probabilidades de haberle salvado la vida).

Por lo demás, no se aprecia el error que el apelante le atribuye a la sentencia apelada, porque de las tres primeras funciones que le atribuye el artículo 18 de la Ley 5/2007 a la Axencia Galega de Emrxencias se deduce que le corresponde la coordinación de los medios de localización, y de hecho, operarios del CAE 112 intervinieron directamente en la búsqueda, poniéndose en comunicación telefónica con el accidentado al menos en tres ocasiones, sin que le llegasen a indicar las instrucciones precisas para activar el google



maps o enviar su posición por whatsapp. Aquellas funciones de la Axencia del artículo 18 de la Ley 5/2007 se concretan en:

"a) Gestionar el Centro de Atención de Emergencias 112 Galicia y prestar materialmente la asistencia requerida por los ciudadanos y ciudadanas a través del mismo, o dar traslado, según se establezca reglamentariamente, de aquellas que corresponda atender a otros organismos competentes en la materia.

b) Gestionar los helicópteros de emergencias del 112 y todos los otros medios y recursos operativos que puedan incorporarse a la agencia.

c) Analizar los riesgos e identificarlos y localizarlos en el territorio en orden a elaborar el mapa y catálogo de riesgos de Galicia, así como los catálogos de medios y recursos y el catálogo de servicios..."

El hecho de que el último párrafo del artículo 37.2 de la Ley 5/2007, para el caso de gestión de riesgos ordinarios (ya hemos visto que es dudoso que el presente pueda incluirse en dicho precepto) establezca que " *El Centro de Atención a las Emergencias 112 Galicia no comprenderá la prestación material de la asistencia requerida*" no impide que intervenga y coordine el dispositivo de localización y búsqueda, como de hecho ha sucedido, porque la prestación material mencionada más parece referirse a la asistencia en el salvamento, rescate, médica, etc, una vez localizado.

Resulta revelador de que el CAE 112 tenía entre sus cometidos el de la localización del accidentado la implantación del protocolo "POSIC112v2", cuya finalidad es localizar el lugar de origen de las llamadas entrantes, con los datos telemáticos de la propia llamada.

Pese a ello, la Xunta de Galicia tardó más de una hora en indicarle al accidentado que colgase el teléfono y llamase él directamente al 112 (pues hasta entonces se llamaba desde el 061 o 112 al accidentado, y no al revés), pese a lo cual no aparecieron los datos para su localización, y tampoco se puso en práctica, al no existir o no constar, un plan de actuación alternativo (como se reconoció testificalmente por su jefe) que permitiese aquella localización, mediante los sencillos mecanismos ya descritos.

Para confirmar que era el servicio de la Xunta quien tenía encomendado el dispositivo de localización, el testigo agente NUM002 guardia civil de Ribadavia manifestó que toda la información procedía del 112, al margen de que tuviera que pasar por la propia central de la Guardia Civil para que llegara a los integrantes de ésta.

Asimismo, el testigo don Primitivo, coordinador del GRUMIR de Ribadavia, declaró que para la coordinación escuchaban a las operadoras del 112 a través del teléfono, lo que es indicativo de aquellas labores de coordinación que desempeñaba el CAE 112, además de que por esa misma vía se puso en contacto con el accidentado.

En ese sentido, pese a que don Felisa, jefe de área de la Axega, manifieste que dicha Axencia moviliza los recursos, pero no cuenta con recursos propios, sin embargo ya hemos visto que la normativa reguladora le encomienda una función de coordinación que no cabe ignorar, y que en este caso le llevó a comunicar directamente con la víctima, por lo que estaba a su alcance tanto la indicación de instrucciones para la activación del google maps o para el envío de la posición a través del whatsapp, como la puesta en contacto con Vodafone para facilitar la localización.

El apelante alega que no se le puede exigir a la Administración autonómica la aplicación de un plan específico, porque alega que no era un caso de emergencia colectiva.

Sin embargo, sí cabe imponer al CAE 112 y a la Xunta de Galicia el cumplimiento de un estándar mínimo en las labores del operativo en orden a la búsqueda y localización del accidentado con un plan alternativo de actuación, sobre todo en casos, como el presente, en que se revela como insuficiente la mera gestión de llamadas con otros integrantes del dispositivo, máxime cuando la ejecución de aquellas acciones que se echan en falta (comunicación con la operadora, instrucciones al accidentado para la activación del google maps y actuación del whatsapp para trasladar su localización) estaban al alcance de los miembros del 112.

5. Seguidamente insiste el apelante en el error en la valoración de la prueba en relación a la falta de un protocolo efectivo de localización, argumentando que en octubre de 2011 el CAE 112 Galicia contaba con tecnología avanzada para la geolocalización de coordenadas de antenas o radiobases (protocolo POSIC112v2), adaptándose la actuación del 112 a los protocolos y utilizando todos los medios disponibles, estando limitada por los conocimientos y tecnología existentes en el año 2011, para lo que se basa en los informes de los peritos don Severiano y don Felisa.

Frente a dichos informes, ha resultado mejor argumentado y más convincente el emitido por el perito judicialmente designado, el ingeniero de telecomunicaciones don Clemente, cuyo dictamen ha sido examinado más atrás, el cual, aparte de ser emitido por quien posee un título superior y mostraba una



imparcialidad destacada e independencia respecto a todas las partes, desvirtúa punto por punto lo que informaron previamente los técnicos antes mencionados, llegando a destacar que, al partir de que en la zona Vodafone tiene seis estaciones base GSM y UMTS, utilizando el protocolo POSIC112 podría haberse solicitado del operador la posición del teléfono móvil de la víctima, para lo cual ni siquiera se necesitaba que el teléfono móvil tuviera instalada ninguna aplicación ni se precisaba la colaboración del usuario, con lo que se revela la deficiente utilización de los medios disponibles para localizar al accidentado. Principalmente este perito ha desmentido rotundamente dos de las afirmaciones de las que parte el Letrado de la Xunta: 1º que existe un margen de error en la localización de 35 km a la redonda desde la antena base de Vodafone, y 2º que los móviles no sirven para localizar el propio teléfono sino sólo para geolocalizar la antena desde la cual se presta servicio.

El apelante critica dicha pericial judicial, pero no puede compartirse la valoración que realiza porque: 1º los pantallazos de los teléfonos móviles que recibió el 112 entre las 19 y las 22 horas pertenecían a la operadora Movistar, mientras que la del accidentado en este caso era Vodafone, 2º no consta que el perito no se documentase correctamente, habiendo afirmado con rotundidad que es imposible que el POSIC112 funcione para unas llamadas y para otras no, 3º pese a que se dice que el POSIC112 no recibió los datos de localización del móvil del accidentado, no resulta desacreditado el informe del perito judicial en el extremo relativo a que, habiendo estado en contacto telefónico con don Alberto los operadores del 112, bastaba con darle unas sencillas instrucciones para que activase el google maps (aplicación que figura preinstalada en el modelo Samsung con el sistema Android que tenía la víctima) o remitiese su ubicación a través de whatsapp que también tenía su móvil.

No se ha desacreditado tampoco por el apelante la posibilidad de estas otras alternativas que estaban a disposición de los operadores del 112 y 061, de modo que, incluso si la falta de recepción de las coordenadas de localización del móvil fuesen ajenas al 112 (cosa difícilmente verosímil), el defectuoso funcionamiento de la Administración ha quedado igualmente demostrado.

CUARTO: Continuación del examen del recurso de apelación del Letrado de la Xunta de Galicia.-

6. Alega el apelante que el daño fue inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, por lo que no puede considerarse antijurídico, acudiendo a la cláusula exoneratoria del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999.

Anteriormente hemos visto que, en base al informe pericial judicial practicado, los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que ocurrieron los hechos permitían localizar al accidentado, por lo que sí concurre la antijuridicidad del daño, al no haberse aprovechado todos los medios que tenía disponibles la Xunta de Galicia a través de CAE 112.

Se queja el apelante de que el perito judicial introdujo un hecho nuevo en su informe que no había sido considerado por ninguna de las partes y que le causó indefensión.

No merece mejor suerte esta alegación, porque la prohibición de introducción de hechos nuevos se dirige a las partes del litigio en el período alegatorio, pues el perito se limitó a contestar a lo que se le preguntó, y para ello informó de todos los medios que había para localizar al accidentado, uno de los cuales era llamar a la operadora directamente y durante la emergencia para que ésta enviase de inmediato la posición del teléfono móvil del siniestrado, sobre lo cual pudo preguntar la defensa de la Xunta cuanto tuvo por conveniente, por lo que no se ha generado indefensión alguna.

Por otra parte, no podemos olvidar que la localización tenía por finalidad la búsqueda de un accidentado para rescatarlo y salvarle la vida, por lo que los óbices legales son muy discutibles, y los técnicos han quedado descartados por el perito judicial.

7. Por último, alega el Letrado de la Xunta error en la valoración de la prueba en relación a la figura jurídica de la pérdida de oportunidad.

En concreto, incide en que la información que había dado el accidentado a su amiga Marí Trini, a través de un mensaje, antes de la producción del accidente, situaba a don Alberto en A Carisa, cuya zona se rastreó durante mucho tiempo de forma infructuosa; asimismo se alega que las informaciones que iba aportando el accidentado eran datos erróneos que complicaron las actuaciones de búsqueda, que el móvil de don Alberto constantemente daba señal de "apagado o fuera de cobertura", que el accidente no dejó huellas en la vía, y que se trataba de un accidentado politraumatizado, con alta probabilidad de fallecimiento si no era atendido inmediatamente.

Ante todo conviene recordar la doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad en relación con la responsabilidad patrimonial sanitaria, que nos puede servir de pauta para contrastar si en este caso ha tenido



lugar una omisión en el funcionamiento de la Administración que podía haber incrementado las probabilidades de evitar el resultado letal que finalmente tuvo lugar.

Tal como se desprende de las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011, recurso de casación núm. 5893/2006, y de 3 de julio de 2012, (RC 6787/2010), la pérdida de oportunidad se presenta como una figura alternativa a la " *lex artis*" que se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente.

Como declara la reciente sentencia de 20 de marzo de 2018 (recurso de casación 2820/2016), con cita de las anteriores STS de 22 de mayo de 2012 (RC 2755/2010) y 27 de enero de 2016 (RC 2630/2014), " *la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*", constituyéndose en " *una figura alternativa a la quiebra de la lex artis*" que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio".

Por tanto, la pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos: el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 2012, recurso de casación 2755/2010, y 3 de julio de 2012, recurso de casación 6787/2010).

En el mismo sentido, la sentencia Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012 (recaída en el recurso de casación 6787/2010) ha declarado que la pérdida de oportunidad viene caracterizada por la posibilidad de que de haberse llevado a cabo una actuación omitida el resultado hubiese podido ser otro.

En concreto, se extrae de la jurisprudencia que para la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad basta con cierta oportunidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia del diagnóstico tardío de la enfermedad.

En este sentido se pronuncian las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2012 (recurso de casación 43/2010) y 19 de junio de 2010 (RC 579/2011), en las que se declara que " *basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, no por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias*".

Como declara la reciente sentencia de 20 de marzo de 2018 (recurso de casación 2820/2016), con cita de las anteriores STS de 22 de mayo de 2012 (RC 2755/2010) y 27 de enero de 2016 (RC 2630/2014), " *la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*", constituyéndose en " *una figura alternativa a la quiebra de la lex artis*" que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio".

En el caso presente, de lo argumentado anteriormente se desprende que con una diligente actuación de los servicios del 112, agotando las posibilidades que le ofrecían los medios a su disposición, se podía haber localizado más rápidamente al accidentado, de modo que se hubieran incrementado en un 50 % las probabilidades de haberle salvado la vida (porcentaje concretado por los facultativos don Leovigildo y doña Carmela), por lo que procede la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Las circunstancias que se describen en el recurso de apelación ciertamente han concurrido, pero no excusan ni que el 112 no tratase de conseguir la ubicación del siniestrado a través de Vodafone, llamándola directamente, ni que cuando se contactó con el accidentado telefónicamente no se le indicasen los sencillos pasos para conseguir la activación del google maps o a través del whatsapp el envío de su posición. Piénsese que en tres ocasiones los operadores del 112 y en otras cuatro los del 061 consiguieron contactar telefónicamente con



don Alberto, con una duración total superior a 43 minutos, de modo que hasta pasadas las 20 horas estaba accesible y podía llevarse a cabo aquel complemento de las operaciones que condujesen a localizarlo (fue a partir de las 20:30 horas cuando no volvió a comunicarse con el móvil).

En consecuencia, concurren todos los elementos para apreciar la pérdida de oportunidad, pues permanece la incertidumbre sobre lo que hubiera ocurrido si el hallazgo se hubiera producido más rápidamente, teniendo en cuenta que se elevaban al 50 % las posibilidades de salvarle la vida si la excesiva demora hubiera desaparecido, lo que tiene su indudable reflejo en la indemnización a otorgar.

Respecto a la cuantía indemnizatoria, se pide en el suplico del escrito de recurso de apelación que sea de carácter simbólico la que ha de concederse, siendo escasa la argumentación que se ofrece en este aspecto.

Tampoco esta alegación puede prosperar, pues el examen del fundamento jurídico octavo de la sentencia apelada pone de manifiesto que se han ponderado todas las circunstancias concurrentes en cuanto que se han tomado en consideración distintos factores que disminuyen el grado de responsabilidad de la Administración demandada, en cuya apreciación coincide la Sala, cuales son: 1º Carencia de responsabilidad de la Xunta en la causación del accidente de circulación, 2º información errónea facilitada por la víctima sobre el lugar en el que se hallaba, lo que dificultó las labores de búsqueda, y 3º reducción de la probabilidad de fallecimiento del 50 % si la Xunta hubiese actuado con la diligencia debida.

Según la resolución de 20 de enero de 2011 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2011 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en caso de víctima menor de 65 años sin cónyuge ni hijos le corresponde a cada padre conviviente 99.775,96 euros, y al no conviviente 72.564,33, por lo que las sumas de 40.000 euros a la madre conviviente y 25.000 euros al padre no conviviente se consideran moderadas, ponderadas y acordes al porcentaje de probabilidad de salvamento de la vida que han apreciado los facultativos que han informado como peritos.

Para cada hermano menor conviviente se prevé en aquel baremo la suma de 18.141,08, sin que en la sentencia de primera instancia se explique la razón por la que en este caso la reducción es mucho menor, respecto a lo previsto en el baremo que en los casos de madre y padre. Por tanto, en congruencia con la aminoración que se produce respecto a los padres, se considera procedente reducir en este caso la cantidad a conceder al hermano hasta 9.000 euros, en cuyo aspecto se revocará la sentencia del Juzgado y se acoge el recurso de apelación.

QUINTO: Recurso de apelación del Letrado de la Xunta, en nombre y representación de la Consellería de Sanidad y Sergas.-

Ya hemos visto antes que el Letrado de la Xunta, en nombre y representación de la Consellería de Sanidad y Sergas, presentó escrito de adhesión en todos sus términos al recurso de apelación anterior, sin que haya añadido ninguna novedosa argumentación, por lo que es suficiente lo hasta aquí argumentado para estimar asimismo este segundo recurso de apelación en el mismo aspecto de la aminoración de la suma a otorgar al hermano menor conviviente.

SEXTO: Costas procesales.-

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, al acogerse en parte los recursos de apelación, no se hará pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

que con estimación parcial de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Ourense de 16 de abril de 2018, **REVOCAMOS** la misma en el único aspecto de reducir a NUEVE MIL EUROS (9.000 €) la suma a otorgar al hermano menor conviviente don Carlos Ramón, **confirmándola** en todo lo demás, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta segunda instancia respecto a ninguno de los recursos de apelación planteados.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que



se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0312-18), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ