Responsabilidad de las Administraciones Públicas: criterios jurisprudenciales

Rafael Fernández Montalvo
Magistrado del Tribunal Supremo

1. Significado y trascendencia de la responsabilidad de las Administraciones Públicas

Los principios de legalidad de las Administraciones Públicas –con su garantía de control jurisdiccional de su actividad– y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen los dos grandes soportes estructurales no sólo del Derecho administrativo, sino también del Estado de Derecho.

Las Administraciones Públicas, al margen de sus intervenciones formales que tienen su cauce en la institución de la expropiación forzosa, inciden en todas las manifestaciones de la vida colectiva con una secuela incidental de daños residuales en los bienes y derechos de los particulares y con la creación de unos riesgos que es preciso evitar que reviertan sobre determinados patrimonios con verdadera injusticia amparada en un privilegio de exoneración administrativa.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones constituye una de las garantías individuales que deriva del Estado social de Derecho que aparece en el artículo 1 de la Constitución Española (CE).

La CE contempla en cuatro artículos la responsabilidad de las Administraciones Públicas:

a) El artículo 9.3, junto al principio de interdicción de la arbitrariedad, establece el de responsabilidad de los poderes públicos como contrapartida a la acción de esos poderes públicos.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

b) El artículo 106 condensa el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas de nuestro ordenamiento.

c) El artículo 149.1.18.ª que hace que ese sistema de responsabilidad resulte aplicable a todas las Administraciones Públicas: el sistema de responsabilidad patrimonial es único y corresponde al Estado su regulación sustancial.

d) El artículo 121 consagra la responsabilidad del Estado por errores judiciales y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Responsabilidad que es objeto de desarrollo en los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LO de 1 de julio de 1985 (LOPJ).

Ahora bien, el referido reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es el punto de llegada de una evolución legislativa que parte de una inicial irresponsabilidad de los poderes públicos y que tuvo que superar posiciones contrarias a su formulación.

2. Evolución del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas

En la actualidad, ha quedado ampliamente superado el principio general de irresponsabilidad de la Administración expresado por el conocido aforismo inglés *the king can do not wrong* que, como dice Tomás-Ramón Fernández (2002), *Curso de Derecho administrativo,* II, pp. 359 ss., era fruto de la potestad imperial romana y de la concepción medieval del poder monárquico teocéntrico. Puede afirmarse que la idea expresada en este aforismo no cedió ni en el *ancien régime,* obviamente, ni tampoco con el advenimiento de las ideas revolucionarias, ya que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 –que sienta las bases del instituto expropiatorio mediante justa y previa indemnización– no hace referencia alguna a los daños no expropiatorios, que siguen siendo reducto exento de la soberanía del Estado.

La consolidación del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración no se produjo hasta finales del siglo XIX, y ello por tres causas fundamentales: el aumento de la actividad administrativa, la elabo-

ración de la teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas y la progresiva atenuación del carácter absoluto de la soberanía.

2.1. Derecho comparado

En el Derecho inglés, para la ruptura legislativa del sistema de responsabilidad exclusiva del funcionario, se acudió primero a una fórmula precaria por la que la Administración designaba al funcionario que debía asumir en el proceso de responsabilidad la posición de demandado, respaldándole económicamente para hacer frente a una eventual condena. Esta práctica fue rechazada por la Cámara de los Lores en 1946, y en 1947 se aprobó la *"Crown Proceeding Act"* que sometió a la Corona a la misma responsabilidad que si fuera una persona privada capaz, tanto por razón de los daños ocasionados por los funcionarios como por el incumplimiento de las obligaciones que se tiene para con sus servidores y agentes.

En el Derecho norteamericano se aprobó la *"Federal Tort Claims Act"* en 1946 y reconoció la responsabilidad del Estado en aquellos supuestos de actuación culposa de los funcionarios públicos autores del daño, culpa apreciada según las reglas comunes.

En el Derecho continental europeo la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tiene una formulación jurisprudencial. El Consejo de Estado francés reconoció el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración con base en normas propias y no del Derecho civil desde el famoso "*arrêt* Blanco" de 1873. Desde entonces se ha venido exigiendo como condición necesaria para la responsabilidad del funcionario la falta personal o culpa; pero tal requisito no se proyecta a la responsabilidad de la Administración que se extiende a toda clase de daños configurándose como una responsabilidad objetiva o sin necesidad de culpa del funcionario. Es la simple lesión o daño injustificado derivado de la actuación de la Administración o indemnidad del administrado lo que justifica la responsabilidad de aquélla.

En este apartado jurisprudencial merecen mención especial las aportaciones jurisprudenciales alemanas (fundamentalmente una sentencia del Tribunal Supremo Federal de 9-10 de junio de 1952).

Reconocida la existencia de una responsabilidad patrimonial a cargo de la Administración, la misma trató de fundamentarse a través de diversas corrientes doctrinales:

a) Las teorías que establecen la existencia de responsabilidad de la Administración únicamente en los supuestos de actividad ilícita, que a su vez admiten diversas variantes. Así, por ejemplo, Alessi –haciéndose tributario de la doctrina civil de la responsabilidad– entiende que la Administración sólo debe responder en caso de culpa del funcionario, basándose en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* de la Administración. Por su parte, Zanobini –partiendo también del Derecho civil– sostiene que la mera ilegalidad de la actuación administrativa basta para fundamentar su responsabilidad objetiva, sin consideración acerca de la culpa.

b) Las teorías que, con apoyo en diferentes fundamentos, admiten la existencia de responsabilidad de la Administración, aun en el caso de actividad legal de ésta. Así, algunos autores, como Lombardi, afirman que el deber de indemnizar se basa en el enriquecimiento indebido, directo o indirecto, que la lesión causada al particular produce en favor de la Administración. Otros prefieren invocar el principio de igualdad ante las cargas públicas, declarando que, si bien el administrado debe soportar sin indemnización las cargas generales impuestas a todos los ciudadanos, está sin embargo facultado para reclamar cuando la Administración le infiera un daño específico y singular. Por último, las teorías más avanzadas se centran en el concepto del riesgo social entendiendo que la mera actividad administrativa genera situaciones de peligro de las cuales debe responder la Administración cuando producen un daño concreto, amparándose de este modo incluso las indemnizaciones por daños de carácter fortuito, según Duguit.

Estas dos corrientes doctrinales motivaron una discusión doctrinal acerca de lo que debe entenderse como responsabilidad administrativa. Garrido Falla, con la doctrina alemana, entiende que deben distinguirse dos institutos jurídicos: la indemnización, para daños causados por actividad ilícita, y la responsabilidad, procedente de la actividad lícita [Garrido Falla, F. (1992): *Tratado de Derecho administrativo,* vol. II, 6.ª ed., pp. 241 ss.]. Entiende sin embargo la mayoría de la doctrina en España que la anterior distinción es irrelevante desde el punto de vista práctico y jurídico-

positivo, razón por la cual es aconsejable estudiar bajo el común epígrafe de la responsabilidad de la Administración todos los supuestos en que ésta se encuentre obligada a indemnizar por la lesión extracontractual de derecho.

2.2. Derecho español

En España, la evolución legislativa del instituto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tiene los siguientes hitos fundamentales:

A) En el siglo XIX, y principios del XX, sólo existen preceptos concretos y puntuales que atribuyan responsabilidad al Estado, como la Ley de 9 de abril de 1842, que establecía la responsabilidad por daños causados durante la primera guerra carlista, así como la Ley de Policía de Ferrocarriles o la Instrucción de Sanidad de 1904. En este clima general de irresponsabilidad, quedan prácticamente sin aplicación las posibilidades indemnizatorias reconocidas en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil de 1889.

B) El Código Civil, en el artículo 1.902, consagró el principio general de que toda persona responde de los daños "que por acción u omisión causa a otro, interviniendo culpa o negligencia"; responsabilidad que, según el artículo 1.903 del mismo texto legal "es exigible no sólo por actos propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder", en cuyo ámbito –responsabilidad por hecho de tercero– se incluyó expresamente al Estado "cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior".

El juego combinado de estos dos preceptos permitía, en efecto, declarar la responsabilidad del Estado por actos propios, según el artículo 1.902, cuando obrase por medio de "funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada", dada la remisión que a él realiza expresamente el artículo 1.903, y por hecho de tercero, de acuerdo con el tenor literal de este último, cuando actuase "por medio de un agente especial", es decir, mediante personas a quienes, por no ser funcionarios, no puede predicarse la cualidad de órganos del propio Estado. Esta interpre-

tación llegó a ser acogida, de manera aislada, por alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero era mayoritaria la doctrina según la cual la responsabilidad del Estado quedaba restringida al supuesto de que éste actuase a través de un agente especial, pues "tratándose de actos ejecutados por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos no cabe suponer de parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible".

C) La primera normativa específica del régimen de responsabilidad pública que rompe con el modelo del Código Civil se produce en el ámbito de la Administración Local y trae causa de la Constitución republicana de 1931, en cuyo artículo 41 se disponía:

> "Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirvan serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determina la Ley".

La Ley de Bases Municipal de 10 de julio de 1935 y su texto articulado concretaron este precepto constitucional. El artículo 209 dispuso: "Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroguen la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente según los casos".

Las posibilidades de este precepto venían aminoradas por su párrafo segundo, que se remitía a la Ley de 5 de abril de 1904, de responsabilidad civil de los funcionarios, con lo que la responsabilidad de los entes locales corría el riesgo de convertirse en responsabilidad de los funcionarios.

D) La Ley de Régimen Local 1950-1955, en sus artículos 405 y ss. reproducen los términos de la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones locales.

Se partía de una distinción previa: que las entidades locales actuaran como personas jurídicas de derecho privado, en cuyo caso se aplicaban los artículos 1.902 y 1.903 CC, en los términos que precisaba el artículo 379 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1952, o que actuaran como personas jurídico-públicas, en la esfera de sus atribuciones respectivas, en cuyo supuesto se

establecía, a su vez, una diferencia según que el daño hubiere sido causado por culpa o negligencia graves imputables personalmente a las autoridades o funcionarios en el ejercicio de sus cargos, o que no existiera tal culpa. En el primer caso, la entidad local sólo respondía subsidiariamente, previa declaración judicial de la infracción legal cometida y con posibilidad de acción de regreso contra el funcionario por parte de la Corporación (art. 410). Sólo en el segundo supuesto, esto es, cuando no existiera culpa o negligencia del funcionario, la entidad local respondía directamente, siempre que el daño fuera efectivo, material e individualizado. Sólo en este caso cabe hablar de una responsabilidad directa de la Administración.

E) La Ley de Expropiación Forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954-LEF) modificó profundamente el sistema. Introduce la responsabilidad en el ámbito estatal con planteamientos distintos a los de la normativa local y con pretensiones unificadoras.

Del artículo 121 LEF se deduce el carácter directo que tendrá siempre la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de las responsabilidades que ésta pueda exigir a sus funcionarios mediante la acción de regreso.

El fin es garantizar al perjudicado que encontrará la cobertura de las Administraciones Públicas en todo momento independientemente de que haya o no culpa o negligencia del funcionario, superándose así la dicotomía entre responsabilidad directa y subsidiaria. Se asume, por tanto, un criterio mucho más favorecedor para los afectados.

Se trata, además de un principio general de responsabilidad objetiva (al margen de la idea de culpa o negligencia) que se plasma en los artículos 121 y 122 LEF.

El artículo 121 LEF establece que "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios".

El artículo 122 LEF exigía que el daño fuese efectivo, evaluado económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

El Reglamento de Expropiación Forzosa disipó las dudas planteadas en relación con los bienes que podían ser lesionados al admitir como indemnizable toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente (art. 133), evitando así una interpretación restrictiva de la Ley que sólo incluyera los bienes y derechos a los que se refería la Ley, esto es, a los que podían ser objeto de expropiación con exclusión de la responsabilidad por la pérdida de la vida, daños a la integridad física y por otros perjuicios personales y morales.

Desde el punto de vista jurisdiccional, la LEF mantiene la dualidad de jurisdicciones, pero esa dualidad no se basaba, como en la LRL, en el carácter del derecho lesionado, sino en las normas reguladoras de la actividad productora del daño.

F) La LJCA de 27 de diciembre de 1956 sustituye el sistema de dualidad de jurisdicciones por el de unidad jurisdiccional atribuyendo a la Jurisdicción Contencioso-administrativa el conocimiento, sin excepción, de las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública [art. 3.c)].

La LRJAE, de 26 de julio de 1957, reguló el nuevo régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración y volvió a introducir el sistema de dualidad jurisdiccional en su artículo 41. Cuando el Estado actuase en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños causados por sus autoridades, funcionarios y agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.

Por su parte, el artículo 40 LRJAE regulaba la responsabilidad de la Administración en los siguientes términos:

> "1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.
>
> 2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

El artículo 41 LRJAE preveía que cuando el Estado actuara en relaciones de Derecho privado respondía por los daños causados por sus autoridades y funcionarios, "considerándose la actuación de los mismos como actos propios de las Administraciones", pero esta responsabilidad era exigida ante los Tribunales ordinarios conforme a las normas sustantivas civiles.

Desde el punto de vista sustantivo la fórmula de la LRJAE, con respecto a la de la LEF, introduce las siguientes modificaciones:

a) Incluye la referencia a la fuerza mayor como causa de exoneración.

b) Elimina la alusión a los actos discrecionales que a partir de la LJCA son recurribles en vía contenciosa. De ahí que el precepto se refiera sólo a la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa, pero no aludía a la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa.

c) Calificaba el plazo de un año para reclamar de caducidad, en lugar de prescripción.

3. Legislación vigente. Caracteres del actual sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

3.1. Normas reguladoras

La actual regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se encuentra en:

A) La Constitución que aborda, como hemos adelantado, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en los artículos 9.3, 106.2 y 149.1.18.ª El artículo 121 consagra la responsabilidad del Estado por errores judiciales y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

B) La LRJPAC, Ley 30/1992, dedica el Título X a la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, dividido en dos Capítulos: el primero, artículos 139 a 144, se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y el

segundo, artículos 145 y 146, a la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Algunos de los artículos integrantes de dicho Título fueron objeto de modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Los artículos 121 y siguientes de la LEF no han sido formalmente derogados, pero de la regulación de la LRJPAC se deriva su derogación implícita.

Entre las innovaciones más relevantes de la LRJPAC figura el reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador (art. 139.3). Y la reforma de 1999 ha venido también a introducir importantes novedades, entre las cuales merece una atención especial la exclusión de la responsabilidad de la Administración en los supuestos en que los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

La LRJPAC no regula la responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración. La de los primeros aparecía contemplada en los artículos 121.2 y 123 LEF, pero la posterior Ley 13/1995, de 16 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se refirió a la responsabilidad de los contratistas en términos no del todo coincidente con la regulación anterior. En la actualidad, deben tenerse en cuenta el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

C) El Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo, que deroga el Capítulo II del Título IV (arts. 133 a 138) del Reglamento de Expropiación Forzosa.

3.2. Características del sistema

A) Previsiones constitucionales y legales. El artículo 106.2 CE dispone que "los particulares, en los términos establecidos en la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Conforme al sistema de responsabilidad que diseñan los artículos 139 y ss. de la LRJPAC, las Administraciones Públicas responden de toda le-

sión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos que suponga un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, que sea imputable a una de dichas Administraciones por el ejercicio de su actividad (imputación que puede ser por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que puede proceder tanto de un hecho como de un acto administrativo), sin referencia alguna a la idea de culpa, siempre que medie una relación de causalidad entre el hecho o el acto y el daño producido y se reclame en el plazo de un año. Sólo la fuerza mayor como evento imprevisible, externo y ajeno al servicio, probada por la Administración, exonera a ésta dándose las demás circunstancias.

En definitiva, como ha señalado el TS, sólo hace falta una actividad administrativa –por acción u omisión–, un resultado dañoso y una relación de causa a efecto entre aquélla y éste, incumbiendo la prueba a quien reclama.

Pero no cualquier daño genera responsabilidad. Hace falta que aquél pueda calificarse como lesión, que es daño producido al particular que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Y no existe la obligación de soportar el daño cuando no haya causas justificativas, legalmente previstas, que impongan el citado deber de tolerarlo.

Se trata de un sistema amplio y generoso, que a diferencia de los que están basados en criterios subjetivos, se apoya en el concepto de lesión, de modo que todos los problemas que en otros sistemas se estudian en torno a la caracterización de la culpa se encauzan, en el nuestro, hacia el impreciso concepto de lesión y hacia el más concreto de relación de causalidad.

B) Notas caracterizadoras. En síntesis, los caracteres del sistema son:

a) Es un sistema unitario de responsabilidad, en cuanto rige para todas las Administraciones Públicas (estatal, autonómica, local e institucional).

b) Constituye un régimen general en la medida en que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, y tanto por acción como por omisión.

c) Es un sistema de responsabilidad directa, de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades y funcionarios, sin perjuicio de la posibilidad

de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia grave.

d) Es un régimen de carácter objetivo que, por tanto, prescinde de la idea de culpa, por lo que no es preciso demostrar su existencia, sino únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trata.

e) Tiende a lograr la reparación integral de la lesión.

f) Supone la vuelta a la unidad jurisdiccional, atribuyéndose la competencia a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, puesto que incluso cuando las Administraciones Públicas actúen en régimen de Derecho privado su responsabilidad debe exigirse conforme a la regulación de la LRJPAC.

C) Evolución jurisprudencial. En la jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas pueden distinguirse distintas etapas.

a) Inicialmente, restringió enormemente su aplicación, tratando de moderar lo que parecía abrir una fuente inagotable de reclamaciones a los poderes públicos. Y a falta de instrumentos más adecuados, utilizó el requisito de la existencia de un "nexo de causalidad" con la actividad administrativa para considerar imputables a los particulares perjuicios que difícilmente podían considerarse ajenos al actuar "normal o anormal" de los servicios públicos.

Dos sentencias pueden considerarse muestras de la evolución que ha registrado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de apreciación del nexo causal.

1.º STS de 12 de julio de 1960:

– Supuesto

El automóvil del recurrente sufrió una avería a consecuencia de estar la carretera interceptada por un badén en que el firme se hallaba muy deteriorado, con profundos baches, dificultando la normal circulación, sin que existieran indicadores que anunciaran el peligro. Como consecuencia del accidente el automóvil sufrió desperfectos que, según presupuesto de un taller de reparación, ascienden a 51.316 ptas. (308,42 €).

– Doctrina

> "No puede admitirse la relación de causa a efecto que se pretende establecer por la parte actora entre la avería que dice sufrida por su coche y el estado de la carretera por la que el mismo transitaba. Aun admitida la existencia de tal avería, hay que tener en cuenta que, según consta en los informes oficiales obrantes en las diligencias administrativas, el estado del pavimento del camino no fue motivo de rotura en ningún otro automóvil, a pesar de estar cifrado en 500 vehículos de esta clase el tráfico diario, por tratarse de la carretera de Madrid a La Coruña, de lo que hay que deducir que EL MOTIVO DEL SUPUESTO ACCIDENTE tuvo otro origen que, en opinión técnica, PUDO SER LA ANTIGÜEDAD DEL COCHE DE MATRÍCULA DEL AÑO 1934 Y QUE, POR EL NATURAL DESGASTE DE SUS ELEMENTOS, NO RESISTIERON LA PERCUSIÓN PRODUCIDA POR BACHES QUE OTROS VEHÍCULOS SOPORTAN SIN DETRIMENTO DE SU ESTRUCTURA, o el posible exceso de velocidad, que puede inferirse de la gran distancia a que fue arrastrado el cárter del motor desde el sitio en que se ubica el accidente".

2.º STS de 4 de mayo de 1999 (RJ 1999/4911):

– Supuesto

Muerte en accidente de circulación de motorista que circulaba a alta velocidad por arcén, no cuidado debidamente por la Administración al hallarse invadido por plantas. El TS confirma en casación la sentencia que declaraba el derecho de los demandantes a percibir del Ministerio de Obras Públicas y Transportes la suma de 5.000.000 de ptas. (30.050,61 €).

– Doctrina

> "La existencia de culpa exclusiva de la víctima aniquiladora del nexo causal con la actividad administrativa no puede ser apreciada. Del relato de hechos formulado por la sentencia de instancia se infiere que la motocicleta conducida por el fallecido circulaba a alta velocidad, pero que no se ha acreditado que dicha alta velocidad fuera prohibida o excesiva. Asimismo, que circulaba indebidamente por el arcén, el cual se hallaba en una distancia de 50 a 70 centímetros invadido por adelfas".
>
> "El hecho de circular el conductor por el arcén puede, ciertamente, determinar una moderación de la responsabilidad, por apreciarse una

concurrencia de causas en la producción del accidente, como aprecia la Sala de instancia, pero no excluir de modo absoluto la responsabilidad de la Administración".

[...]

"Aplicando la anterior doctrina a los hechos que la Sala de instancia, en el ejercicio de su facultad exclusiva de valoración del material fáctico aportado, considera probados, puede deducirse de ellos que LA PRESENCIA DE LAS ADELFAS INVADIENDO EL ARCÉN, EN CONCURRENCIA CON LA IRREGULAR CIRCULACIÓN POR EL MISMO DE LA MOTOCICLETA SINIESTRADA, CONSTITUYE CAUSA IDÓNEA PARA LA PRODUCCIÓN DEL ACCIDENTE, pues sin ella, que aparece como suficientemente relevante según las circunstancias, no podría explicarse la producción del hecho dañoso".

b) En una fase posterior, la jurisprudencia, al hilo de las construcciones doctrinales, se ha ido decantando cada vez más por centrar su atención en torno a la determinación del carácter antijurídico o no del daño causado como índice determinante de su carácter indemnizable. El centro de gravedad pasa, así, del nexo de causalidad al título de imputación.

c) Por último, una vez perfilados los supuestos en los que se da la responsabilidad patrimonial de la Administración, la jurisprudencia se centra con mayor intensidad en un elemento que adquiere cada vez mayor importancia: la determinación de la cuantía de la indemnización con arreglo a la prueba del daño sufrido y a los criterios para su valoración. El centro de gravedad pasa del título de imputación a la valoración del daño.

La fórmula legal consagra el principio de total indemnidad. Implica que la Administración a la que sea imputable el daño está obligada a dejar indemne a la víctima, es decir, debe procurar la reparación integral del daño sufrido, de modo que quede restaurada la integridad del patrimonio del perjudicado restituyéndolo en su pleno valor anterior al suceso dañoso.

La responsabilidad patrimonial de la Administración tiende a proporcionar una compensación integral del daño producido. Así, S de 5 de abril de 1989 (RJ 1989/2816):

1.º Supuesto

Se declara que debe concederse a los solicitantes la cantidad de 3.000.000 de ptas. (18.030,36 €) como indemnización.

2.º Doctrina

> "Para dilucidar ese problema hay que partir de que el supuesto de hecho a que se refiere es encuadrable en el ámbito de aplicación del artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pues la muerte de José Antonio producida mientras desarrollaba la función de Guardia como soldado-voluntario, ocasionada por un disparo de un arma de funcionamiento defectuoso, portada por otro soldado también en servicio, que la propia Administración Militar calificó como un acto de servicio, es imputable al funcionamiento de los servicios públicos; sin que ofrezca duda que se ha provocado un perjuicio individualizado en los padres junto a los que aquél convivía privándoles del afecto consiguiente a su condición de hijo, y de la previsible ayuda para poder llevar adelante la familia, perjuicio que, aunque de orden preponderantemente moral, no por ello debía quedar sin reparación, en aplicación del precepto citado regulador de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado, que según interpretación jurisprudencial constante, ha de tender a PROPORCIONAR UNA COMPENSACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO PRODUCIDO".

El principio de total indemnidad es hoy proclamado, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del uso de vehículos de motor, por el Anexo I, 7, de la LRCSVM:

> "Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado".

d) Una STS de 27 de junio de 2006 señala los siguientes requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:

1.º La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2.º Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata

y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

3.º Ausencia de fuerza mayor.

4.º Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta.

En parecidos términos, una STS de 20 de junio de 2007: la jurisprudencia viene exigiendo para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor (SS de 3 de octubre de 2000, 9 de noviembre de 2004, 9 de mayo de 2005 y 11 de abril de 2006).

4. Lesión resarcible

El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración se centra en el concepto de lesión, entendida como daño antijurídico, no como daño causado antijurídicamente.

Se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causa de justificación en la Administración que imponga la obligación de tolerarle. Estas causas de justificación que imponen la obligación de tolerar el daño deben ser expresas y estar legalmente previstas. Este concepto acuñado jurisprudencialmente tiene su reflejo en el artículo 141 LRJPAC al disponer que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

Como señala una STS de 11 de abril de 2006, la antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia, baste al efecto la referencia a la Sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 de enero y 7 de junio de 1988, 29 de mayo de 1989, 8 de febrero de 1991 y 2 de noviembre de 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como

daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido, Sentencias de 31 de octubre de 2000 y 30 de octubre de 2003).

La propia idea de lesión sugiere la previa existencia de un derecho o interés patrimonializado que resulta dañado. Un derecho o interés protegido por el ordenamiento jurídico e integrado en el patrimonio del sujeto afectado por la actuación administrativa. Este criterio resulta importante en el ámbito urbanístico en el que las indemnizaciones previstas en el supuesto de revisión o modificación de Planes están en directa relación con el régimen de la propiedad urbana.

El daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas (art. 139.2 LRJPAC).

El daño ha de ser efectivo, lo que implica la necesidad de probar su existencia; prueba que suele ser rigurosa: total, plena y evidente o simplemente convincente, según señala la jurisprudencia. Ello no quiere decir que se exija una total exactitud en su cálculo y evaluación, puesto que una vez demostrada la realidad del daño, la valoración de la indemnización se hace por aproximación a partir de diversos criterios.

En cualquier caso se excluyen los daños futuros, aunque se admite el lucro cesante como elemento incluible en el daño efectivo.

A) Daños físicos. El primer concepto al que se extiende la obligación de reparar es el daño corporal, dentro del cual una primera manifestación es el daño fisiológico, es decir, la manifestación orgánica en que se traduce, con carácter transitorio o permanente, la lesión como acontecimiento que consiste en un quebranto de la salud[1].

[1] STS de 20 de octubre de 1998:

a) Supuesto

Lesión consistente en la incrustación en el maxilar superior de la reclamante de una esquirla procedente de las obras municipales. Se fija una indemnización de 273.100 ptas. por los gastos estimados justificados y la indemnización por baja sanitaria, así como la cantidad que proceda para pagar los gastos de intervención quirúrgica en un Hospital no privado o que se halle concertado con otro público, para que le sea extraído el cuerpo extraño alojado en el arco cigomático, condenando a dicha Corporación.

b) Doctrina

"En segundo lugar, se alega que la reclamante no ha acreditado si tenía una relación laboral al sufrir la lesión. Este hecho, sin embargo, carece de trascendencia, pues la cantidad en que se cifra la indemnización por los DÍAS EN QUE LA INTERESADA TARDÓ EN OBTENER LA SANI-

B) Daño moral. Dentro de los perjuicios indemnizables, cabe el daño moral propiamente dicho, o sufrimiento derivado de la lesión corporal padecida o de otro acontecimiento que produzca una aflicción en la persona, como puede ocurrir con el menoscabo de su intimidad o de su honra[2].

DAD MÉDICA tiene, por una parte, una función básica de compensación del daño moral que la pérdida o disminución temporal de la salud lleva consigo –y de ahí que no sea menester acreditar la baja laboral, sino solamente el haber padecido una baja sanitaria– y, por otra, no tiende solamente a compensar el lucro cesante en los supuestos en que éste deriva de la cesación de la actividad laboral o productiva, sino que su función es la de compensar la incapacidad para el desarrollo de las actividades normales de la persona, aunque no se trate de actividades productivas en sentido económico".

"En el supuesto examinado la procedencia de esta indemnización –que se fija en la moderada cuantía de 2.200 ptas. diarias (13,22 €)– aparece como plena y especialmente justificada, habida cuenta de que se ha demostrado que la lesionada realiza el trabajo propio de un ama de casa y que durante el período de recuperación se vio impedida para desempeñar dicho trabajo".

Una referencia al daño fisiológico se contiene en el artículo 142.5 LRJPAC, con ocasión de establecer una importante particularidad para su cómputo:

"En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de DAÑOS, DE CARÁCTER FÍSICO O PSÍQUICO, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

[2] STS de 4 de mayo de 1999:

a) Supuesto

Suicidio en establecimiento penitenciario al que contribuyó la conducta del suicida, por lo que se aplica una moderación de la responsabilidad. Se fija la indemnización en 5.000.000 de ptas. (30.050,61 €) reduciendo la cantidad solicitada por todos los conceptos de daños morales y perjuicios patrimoniales dimanantes del fallecimiento del interno para dejarla fijada en 5.000.000 de ptas.

b) Doctrina

"Alega la Administración demandada que la fijación de los perjuicios padecidos debe ser demostrada. Sin embargo, MEDIANTE LA INDEMNIZACIÓN RECONOCIDA SE RESARCE FUNDAMENTALMENTE EL DAÑO MORAL, no susceptible de una determinación cuantitativa si no es mediante la referencia a precedentes judiciales y a criterios legales de tasación, como ocurre en el ámbito de los daños corporales sufridos con ocasión de la circulación de vehículos de motor, así como el perjuicio económico por lucro cesante, difícil de evaluar si no es acudiendo a criterios de valoración en función de las expectativas que puedan deducirse de las circunstancias concurrentes. Ello determina que el importe de la indemnización que reconocemos venga fijado teniendo en cuenta las circunstancias y que dicha cantidad sea similar a la que esta misma Sala ha venido reconociendo en casos análogos y no se aleje de la que pudiera resultar aplicable, en su ámbito, como consecuencia de los criterios legales de tasación a los que acaba de hacerse referencia".

"También, en un orden razonable de las relaciones humanas, esta Sala debe presumir que quienes afirman la relación parental con el fallecido dicen verdad, y que los vínculos de afecto y económicos propios de la unidad familiar se mantenían, de tal suerte que hubiera correspondido a la Administración demostrar la inexistencia de dicha relación o la ausencia

El tema de los daños morales se plantea, sobre todo, en el supuesto de muerte de la víctima. Se afirma que es la STS de 12 de marzo de 1975 la que introduce por primera vez la referencia a los daños morales en la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo. En esta Sentencia se contempla el conocido caso de los "novios de Granada". Un interno del Hospital psiquiátrico provincial rompió una de las ventanas y se lanzó al vacío cayendo sobre una pareja de novios, como consecuencia de lo cual falleció el novio. La Sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Granada admitió los daños morales como base de la indemnización que reconocía a los padres y a la novia. El TS, aunque confirma la indemnización, lo hace "prescindiendo de toda estimación en orden a la valoración del daño puramente moral".

La STS de 26 de septiembre de 1977 es ya muy clara al admitir los daños morales en un caso de accidente producido por la caída de un árbol sobre el vehículo en el que viajaba una familia, valorándose no sólo la muerte de alguno de los ocupantes, sino también la pérdida del feto de

---

de efectivo daño moral o perjuicio patrimonial ocasionado por el alejamiento entre los parientes para que su petición, basada en meras conjeturas, fuera atendible, pues no debe ser probado lo que normalmente se infiere de las circunstancias concurrentes, sino aquello que se separa de lo ordinario y obedece a situaciones de excepción".

El daño moral no va asociado necesariamente al daño corporal, como demuestra el supuesto contemplado en la siguiente sentencia.

STS de 26 de enero de 1999:

a) Supuesto

En el presente recurso de casación se impugna la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Málaga, en cuya virtud fue desestimado el recurso número 390/1992 promovido contra la denegación presunta, por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, de la petición formulada por la demandante al objeto de que le fuera satisfecha la indemnización de 50.000.000 de ptas. (300.506,05 €) por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración municipal, en razón de los DAÑOS MORALES QUE LE HABÍA OCASIONADO EL TRASLADO Y LA PÉRDIDA O IMPOSIBILIDAD DE LOCALIZACIÓN DE LOS RESTOS DE SUS BISABUELOS, ABUELOS Y MADRE, así como el reconocimiento del derecho de propiedad y, por tanto, a perpetuidad sobre el nicho que sustituye al destruido. El recurso se desestima por haber transcurrido el plazo de prescripción de un año.

b) Doctrina

"El motivo articulado bajo el apartado primero deviene de todo punto improcedente, pues aunque sea cierto que el plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ha de ser computado desde el 'hecho que motivó la indemnización', no lo es menos y no cabe en modo alguno prescindir del hecho trascendente relatado en la sentencia impugnada de que 'según resulta de la prueba obrante en el expediente administrativo, el traslado de los restos al nuevo nicho, hecho determinante de la indemnización y resarcimiento solicitados, tuvo lugar el 6 de febrero de 1990 y la reclamación de indemnización se produjo ante el Ayuntamiento el día 14 de marzo de 1991'".

una mujer embarazada como daño moral. Hoy la cuestión está definitivamente asentada en la jurisprudencia.

En la actualidad, la jurisprudencia incluye, con normalidad, dentro de los perjuicios indemnizables, el daño moral propiamente dicho, o sufrimiento derivado de la lesión corporal padecida o de otro acontecimiento que produzca una aflicción en la persona, como puede ocurrir con el menoscabo de su intimidad o de su honor. Así, STS de 4 de mayo de 1999 que contempla el suicidio en establecimiento penitenciario. Incluso los más recientes pronunciamientos admiten que el daño moral no vaya asociado necesariamente al daño corporal, como es el supuesto contemplado en la STS de 26 de enero de 1999 que, en una reclamación formulada frente al Ayuntamiento de Málaga, se refiere a los daños morales que había ocasionado al recurrente el traslado y la pérdida o imposibilidad de localización de restos de familiares, así como el reconocimiento del derecho de propiedad y, por tanto, a perpetuidad sobre el nicho que sustituye al destruido. El recurso se desestima, sin embargo, por haber transcurrido el plazo de caducidad de un año.

Una STS de 30 de junio de 2006 considera que el daño moral es un elemento integrante del concepto de daños evaluable y reconoce su existencia y la consecuente responsabilidad patrimonial en la ausencia de información a la madre embarazada de la existencia de malformaciones en el feto, situación que le impidió poder optar a la realización de un aborto dentro del plazo que la norma faculta al efecto.

C) Daño emergente y lucro cesante. La jurisprudencia señala que entre los conceptos evaluables, en virtud del principio de total indemnidad, está el daño emergente y el lucro cesante.

a) Daño emergente. Por daño emergente se entiende cualquier menoscabo patrimonial experimentado de manera actual como consecuencia de la actividad dañosa (STS de 6 de noviembre de 1998)[3].

[3] STS de 6 de noviembre de 1998:

a) Supuesto

Suspensión de la montería en el coto de caza por ingeniero de medio ambiente sin facultades para ello. Se condena (año 1992) a la Agencia del Medio Ambiente de Andalucía al abono de la indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 3.236.500 ptas. (19.451,76 €).

b) Doctrina

"En materia de reparación integral, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial, hay que señalar que ésta comprende los daños alegados y probados por el perjudicado, lo

que supone la inclusión de intereses valuables y los conceptos de LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE, partiendo del principio contenido en los artículos 1.106 del Código Civil y 115 de la Ley de Expropiación Forzosa y de reiterada jurisprudencia de este Tribunal, de la que son exponentes, entre otras, las más recientes Sentencias de 10 junio y 12 y 22 noviembre 1985, siendo de tener en cuenta, según se infiere del examen de las actuaciones del expediente administrativo, que la pretensión inicial de la parte recurrente se cuantifica en la suma de 3.236.500 ptas. [19.451,76 €], desglosadas en las siguientes partidas: a) Canon de arrendamiento de aprovechamiento cinegético, por importe de 500.000 ptas. [3.005,06 €]. b) Contratación de cinco rehalas, por importe global de 125.000 ptas. [751,27 €]. c) Seis batidores sin perros, a 4.000 ptas. [24,04 €], lo que supone 24.000 ptas. [144,24 €]. d) Seis batidores con perros, a 6.500 ptas. [39,07 €], lo que supone 39.000 ptas. [234,39 €]. e) 25 puestos valorables en 50.000 ptas. [300,51 €], lo que hace un total de 1.250.000 ptas. [7.512,65 €]. f) Portes de organización, una suma de 20.000 ptas. [120,20 €]. g) Venta de carne de las reses, 45 reses por un importe de 1.269.000 ptas. [7.626,84 €], a 470 ptas./kg. [2,82 €]. h) Gastos de Veterinario, 6.500 ptas. [39,07 €]. i) Gastos por permisos solicitados, desplazamientos y gastos de viaje, 5.000 ptas. [30,05 €]. j) Gastos correspondientes a la contratación de tres postores, a 6.000 ptas. cada uno [36,06 €], lo que representa un total de 18.000 ptas. [108,18 €]".

"Todos estos gastos cuantificados por la parte recurrente han sido estimados como procedentes en la sentencia recurrida y no han sido desvirtuados por la parte apelante, por lo que procede su reconocimiento".

La jurisprudencia declara que no pueden incluirse en la indemnización los gastos del proceso o procesos seguidos para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración, respecto de los que habrá que estar al pronunciamiento que, por imperativo legal, se contenga en la sentencia o resolución que le ponga fin.

STS de 12 de noviembre de 1998:

a) Supuesto

Solicitud de indemnización de daños y perjuicios formulada con motivo de la ejecución de los actos administrativos de fecha 10 de marzo de 1984, uno sobre denuncia, resolución y extinción de adjudicación del Concurso para encargado de la Casa de la Tierra, y el otro, sobre el desalojo de los ocupantes de dicha Casa, actos que posteriormente fueron declarados nulos por virtud de la Sentencia de la Sala de Burgos de fecha 15 de junio de 1989, confirmada ésta por la posterior Sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991. Se deniega la indemnización porque las diferentes partidas en las que los demandantes cifran los perjuicios padecidos, unas no son conceptos indemnizables (derechos de Procurador y honorarios de Letrado que intervinieron en la previa vía administrativa y en los procesos jurisdiccionales), y otras son rechazables por no haber quedado probada su realidad (recibos de renta de la vivienda utilizada y daños y perjuicios en cuantía de 40.000.000 [240.404,84 €] por tener que desalojar la Casa de la Tierra).

b) Doctrina

"El primer motivo ha de decaer si se tiene en cuenta que la sentencia de instancia no niega el derecho de los recurrentes a ser indemnizados, con lo que no resultan infringidos los preceptos que se invocan en el encabezamiento del motivo en su aspecto material. Lo que acontece es que sin negarse la responsabilidad patrimonial de la Mancomunidad demandada, ya que no puede 'excluirse de entrada su concurrencia, toda vez que se produjo una actuación administrativa en ejecución de unos acuerdos municipales (...) declarando finalmente los Tribunales de Justicia la nulidad de aquellos acuerdos', en dicción de la propia sentencia, se niega la

procedencia de las diferentes partidas indemnizatorias que en unos casos tuvo la parte el deber jurídico de soportarlos, cual es el caso de las partidas de 'derechos de Procuradores y gastos y costas judiciales' por 521.612 ptas. [3.134,95 €] y 'honorarios de Letrado' por 1.901.640 ptas. [11.429,09 €], pues como acertadamente se razona en la sentencia combatida, los gastos y costas, DERECHOS Y HONORARIOS ABONADOS POR LOS RECURRENTES A ABOGADOS Y PROCURADORES para obtener la nulidad de los acuerdos deben quedar de entrada fuera del *quantum* indemnizatorio en razón: 1) La representación procesal en vía jurisdiccional a un Procurador no resulta obligada a tenor del artículo 33 de la Ley de esta Jurisdicción, ya que pudieron valerse de Abogado. 2) La dirección y representación letrada en vía administrativa, no resulta obligada, y 3) Que conforme a la doctrina de este Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia que se cita de 2 de febrero de 1993, los honorarios satisfechos al Letrado ni de los derechos del Procurador, no pueden identificarse, en modo alguno, con el requisito del daño efectivo anudable a toda reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues, aun cuando la vía jurisdiccional terminase acogiendo las tesis de los recurrentes, no convierte en daño indemnizable el pago o gasto de aquellos honorarios y derechos profesionales, toda vez que la simple anulación de resoluciones en vía administrativa, o contencioso-administrativa, no presupone derecho a indemnización cuando los Tribunales no estiman temeridad alguna en el comportamiento de las Administraciones autoras de los actos a efectos de una condena en costas, a tenor del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, camino para el resarcimiento de los daños, o gastos causados, por razón de intervención de tales profesionales en los procesos de revisión jurisdiccional de los actos administrativos que en definitiva se declaran nulos, por lo que no existiendo relación de causalidad entre éstos y aquel actuar de la Administración y teniendo, en consecuencia la parte el deber jurídico de soportarlos, tales conceptos, no son un daño efectivo a efectos de responsabilidad patrimonial".

En la jurisprudencia reciente, sin embargo, existen casos en los que se acepta incluir los honorarios del abogado que defiende al perjudicado en vía administrativa, así como gastos correspondientes a informes y dictámenes presentados ante la Administración.

STS de 24 de enero de 1997:

a) Supuesto

Se ordena satisfacer al recurrente las siguientes cantidades en concepto de indemnización por daños y perjuicios causados en la finca de su propiedad sita en la urbanización "Los Almendros" de Salobreña (Granada), con ocasión del trazado de la carretera nacional 340 Cádiz-Barcelona en 1982:

a) La cantidad de 23.318.310 ptas. [140.145,87 €], correspondiente a los gastos de demolición, edificación de nueva planta y garaje, compactado, acondicionamiento y obras de urbanización.

b) La cantidad que se fijará en ejecución de sentencia correspondiente a los gastos profesionales efectuados para evaluar las consecuencias de los daños ocasionados en la vivienda, para dejar constancia de ellos y para recabar asistencia técnico-jurídica encaminada a obtener su resarcimiento, en la parte que sobre el recurrente haya repercutido, y excluidos los que no sean estrictamente necesarios o hayan sido originados directamente en la instancia o en el recurso de casación.

c) La cantidad que se fijará en ejecución de sentencia correspondiente al importe de los gastos que comporta la ocupación de una vivienda similar a la que devino inhabitable, hasta que su reconstrucción haya permitido habitarla de nuevo o mediante la indemnización obtenida haya sido posible sustituirla por otra.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

b) Lucro cesante. El lucro cesante se produce por la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes (SSTS de 16 de julio de 1982, 24 de marzo de 1983, 23 de febrero de 1988, 20 de febrero de 1989, 15 de octubre de 1990, 9 de marzo de 1992, 14 de mayo de 1993, 22 de mayo de 1993, 18 de octubre de 1993, 22 de enero de 1994 y 29 de enero de 1994). Y la jurisprudencia recuerda que el lucro cesante debe probarse, al menos, de modo indirecto[4].

---

d) La cantidad que se fijará en ejecución de sentencia correspondiente a los gastos de mantenimiento de la vivienda que haya tenido el recurrente durante el mismo período a que se refiere la letra anterior, excluyendo los que no se deriven del mero hecho de la conservación de su propiedad y posesión, sino que sean consecuencia de su ocupación.

Las cantidades que se fijan como indemnización, incluidas aquellas cuya fijación tendrá lugar en ejecución de sentencia, devengarán el interés legal desde el día de la reclamación hasta su completo abono. Quedan excluidas de este pronunciamiento las cantidades a que se refiere la letra a) anterior, cuyo abono de intereses comenzará a partir de la fecha de la sentencia de instancia.

b) Doctrina

"Los principios expuestos [principio de total indemnidad] nos llevan a deducir que el deber de resarcimiento debe comprender los gastos que hayan repercutido sobre el recurrente como consecuencia de la INTERVENCIÓN DE PROFESIONALES PARA LA REALIZACIÓN DE ESTUDIOS PARA DETERMINAR EL ALCANCE DE LOS DAÑOS CAUSADOS A LA FINCA DE SU PROPIEDAD, para dejar constancia de ellos y para RECABAR ASISTENCIA TÉCNICO-JURÍDICA encaminada a obtener su resarcimiento, excepto aquellos que no sean estrictamente necesarios o que se refieran a actuaciones procesales en la primera instancia o en la casación, pues sobre ellos decidiremos al resolver sobre las costas. La sentencia de instancia infringe, en consecuencia, la jurisprudencia establecida sobre el principio de total reparación cuando no incluye entre los conceptos indemnizables los gastos derivados de la actuación de profesionales que no pueden ser incluidos en una tasación de costas, y cuya existencia se desprende de las actuaciones".

[4] STS de 13 de octubre de 1998:

a) Supuesto

Retraso en el ingreso del paciente en un hospital o establecimiento sanitario dotado de unidad coronaria, cuando debió estar ingresado desde el primer momento en dicho establecimiento. Se fija la indemnización de 8.000.000 de ptas. (48.080,97 €) en Sentencia de fecha 16 de diciembre de 1991.

b) Doctrina

"Debe tenerse, asimismo, en cuenta que la Sala de instancia (sin efectuar distinción de sumas por conceptos) considera integrada en la indemnización reconocida el lucro cesante derivado de la situación de desamparo económico de la viuda. No podemos aceptar las alegaciones en torno a esta cuestión esgrimidas por la recurrente, pues EL LUCRO CESANTE, POR SU PROPIA NATURALEZA, NO PUEDE PROBARSE DE MODO DIRECTO, sino indirecto, en un cálculo de expectativas de ingresos y de vida fundado en las circunstancias de edad y socioeconómicas de la víctima y de sus relaciones con el perjudicado o los perjudicados, que la Sala efectivamente tiene en cuenta de modo expreso, al detallar los ingresos por pensión que percibía, su situación de jubilado, su edad y la dependencia económica en que respecto de él se hallaba su esposa, circunstancias más que suficientes para justificar la cantidad reconocida, que, como queda dicho, sólo por el concepto de daños morales no aparece como desproporcionada".

STS de 6 de noviembre de 1998:

a) Supuesto

Suspensión de la montería en el coto de caza por ingeniero de medio ambiente sin facultades para ello. Se condena (año 1992) a la Agencia del Medio Ambiente de Andalucía al abono de la indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 3.236.500 ptas. (19.451,76 €).

b) Doctrina

"No parece necesario abundar, para justificar la indemnización por el LUCRO CESANTE, que se ha producido, de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo, susceptible de valoración económica, POR LA PÉRDIDA DE UNOS INGRESOS NO MERAMENTE CONTINGENTES, y, en consecuencia, estamos ante un supuesto de lucro cesante indemnizable, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras en Sentencias de 24 de marzo de 1983 (antigua Sala Tercera), 23 de febrero de 1988 (antigua Sala Quinta), 20 de febrero de 1989 (Sección Tercera), 15 de octubre de 1990 (Sección Tercera), 9 de marzo de 1992 (Sección Tercera), 14 de mayo de 1993 (Sección Sexta), 22 de mayo de 1993 (Sección Sexta), 18 de octubre de 1993 (Sección Sexta), 22 de enero de 1994 (Sección Sexta) y 29 de enero de 1994 (Sección Sexta)".

En casos de cierre indebido de establecimiento o edificio, el Tribunal Supremo declara que la indemnización debe ascender a las rentas dejadas de percibir durante el período de cierre:

STS de 10 de noviembre de 1998:

a) Supuesto

Inmueble ilegalmente clausurado por orden municipal. El Tribunal condena al Ayuntamiento a satisfacer la indemnización de 27.322.300 ptas. [164.210,33 €] con arreglo a las rentas o alquileres que se pudieron percibir desde el 3 de mayo de 1982 al 13 de marzo de 1987.

b) Doctrina

"La cuantía de la indemnización en favor del propietario del inmueble, precintado ilegalmente por la Administración Municipal demandada, fijada por el Tribunal *a quo* en la sentencia apelada en equivalencia a las RENTAS QUE AQUÉL HUBIESE PODIDO OBTENER DEL MISMO DURANTE EL TIEMPO QUE PERMANECIÓ CLAUSURADO POR LA ORDEN MUNICIPAL ANULADA en sede jurisdiccional, es ajustada a derecho por constituir la adecuada compensación del lucro cesante experimentado, pues el propietario durante dicho período estuvo impedido de usarlo a pesar de que se vio obligado a soportar todas las cargas fiscales que sobre el mismo pesaban y hubo, además, de afrontar los gastos derivados de las imprescindibles reparaciones de su fábrica e instalaciones por haber permanecido cerrado, sin mantenimiento alguno, durante tan largo período".

"Para calcular las rentas dejadas de percibir, la Sala de Primera Instancia se ha atenido a las conclusiones del informe pericial emitido contradictoriamente en juicio y debidamente apreciado conforme a las reglas de la sana crítica, en contra de lo que opina el representante procesal del Ayuntamiento apelante, cuya correcta valoración se pretende combatir con el documento unido al escrito de alegaciones presentado en esta segunda instancia, que incorpora un dictamen pericial emitido a su instancia, el cual carece de valor probatorio alguno por intentarse eludir las reglas procesales sobre el recibimiento a prueba en el recurso de apelación, contenidas en el artículo 100.1, 3 y 4 de la Ley de esta Jurisdicción según su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril".

c) Perjuicios derivados de traslado o extinción de negocio o industria. Un supuesto específico de daño en que se mezcla el daño emergente y el lucro cesante se produce en los casos en los que deben indemnizarse los perjuicios derivados de un traslado de negocio, como puede ocurrir en supuestos de declaración de ruina improcedente, vías de hecho o anulación de expedientes expropiatorios.

En estos casos de cierre indebido de establecimiento o edificio, el Tribunal Supremo declara que la indemnización debe ascender a las rentas dejadas de percibir durante el período de cierre (STS de 10 de noviembre de 1998).

En ocasiones la privación del local o solar sobre el que se asienta la industria (en régimen de propiedad o de arrendamiento) comporta la imposibilidad material o jurídica de continuar el negocio, lo que conduce a que deba entenderse que se produce la extinción definitiva del establecimiento, con las consecuencias indemnizatorias que de ese hecho deriven. El Tribunal Supremo, en materia de expropiación forzosa, ha sentado criterios que son aplicables a los casos de responsabilidad patrimonial. Con carácter general, la jurisprudencia ha establecido un método de valoración consistente en capitalizar al 8% los beneficios medios anuales que la industria procura a su titular, calculados estableciendo el promedio de los beneficios netos obtenidos en los tres años anteriores al momento en que haya de referirse la valoración. En otros casos el porcentaje de capitalización se ha elevado al 10%.

Cuando resulta necesario el traslado de industria, la jurisprudencia considera incluibles en el justiprecio diversos conceptos, que no tienen un carácter exhaustivo, como son: desmontaje de mobiliario, traslado de enseres y útiles del negocio, reinstalación de mobiliario, acondicionamiento de nuevo local (excluyendo las mejoras sobre el local antiguo), deterioro o pérdida de existencias a consecuencia del traslado, valor de las instalaciones no susceptibles de traslado, gastos de sustitución, gastos de primer establecimiento, incluyendo licencia de apertura, así como la instalación de teléfono y la conexión a las redes de distribución de gas, agua y luz, importe de los salarios y de las cuotas de la Seguridad social del personal durante la paralización del negocio, gastos de desplazamiento de los trabajadores, pérdida de beneficios hasta la normalización de la clientela, pérdida de ésta, gastos de publicidad, arraigo del establecimiento mercantil en la zona en que venía actuando, y otros.

El tiempo de paralización del negocio se fija atendiendo a las circunstancias concurrentes y a la prueba practicada, de modo que pueden citarse resoluciones que oscilan entre los varios días de duración hasta las que alcanzan los once meses[5].

[5] STS de 21 de noviembre de 1998:

a) Supuesto

Anulación de expediente expropiatorio que origina perjuicios a la entidad demandante, consistentes en la desposesión de los terrenos de su propiedad, la demolición de las construcciones existentes sobre aquéllos y los gastos efectuados para el traslado de la actividad industrial ejercida en ellos. Se condena a la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid a pagar a la sociedad recurrente, dedicada a una actividad de cerámica, las siguientes cantidades:

1.º La que, como valor real de las tres referidas fincas números 117, 119 y 120 del Polígono de Valdebernardo de Madrid, se determine en ejecución de sentencia, la cual no podrá ser inferior a 10.591.875 ptas. (63.658,45 €) ni superior a la suma de 57.609.000 ptas. (346.237,06 €), cuyo pago se podrá sustituir de mutuo acuerdo por la restitución de las expresadas fincas.

2.º 20.453.798 ptas. (122.929,80 €) por las construcciones demolidas.

3.º 21.209.681 ptas. (127.472,75 €) por la reposición del horno, los secaderos, las cámaras de secado, las bancadas y las albercas de lavado y por los enfoscados.

4.º 15.743.700 ptas. (94.621,54 €) por la pérdida de existencias en cantera.

5.º El interés básico del "Banco de España" o interés legal, fijado anualmente en las sucesivas leyes presupuestarias anuales, de las cantidades recogidas en los cuatro apartados anteriores (salvo que la primera se sustituya de común acuerdo por la restitución) desde el día 31 de julio de 1978 hasta su completo pago, incrementado aquél en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, el que, asimismo, se determinará en fase de ejecución de sentencia.

De la suma de las referidas cantidades deben deducirse 30.215.470 ptas. (181.598,63 €), que la Administración entregó a "Cerámica del Centro, S.A.".

b) Doctrina

"Otro tanto cabe decir [en cuanto a la imposibilidad de rebasar la cuantía solicitada por la parte] de los GASTOS DE SUSTITUCIÓN POR TRASLADO DE INDUSTRIA Y DE LA PÉRDIDA DE EXISTENCIAS en cantera, que el perito industrial, designado en su día por la entidad expropiada, fijó en la cantidad total de 44.247.508 ptas. (265.932,88 €) desglosadas en 15.743.700 ptas. (94.621,54 €) por PÉRDIDA DE EXISTENCIAS EN CANTERA, 21.209.681 ptas. (127.472,75 €) por los ELEMENTOS DE NUEVA CONSTRUCCIÓN, entre los que se incluyen horno, secaderos, cámaras de secado, bancadas y albercas de lavado, 641.700 ptas. (3.856,69 €) por GASTOS DE TRASLADO, en el que se incluye desmontaje, transporte y montaje de todos los elementos industriales recuperables y la reparación estimada que precise el material transportado o la sustitución del que fuese imposible aprovechar, 5.638.802 ptas. (33.889,88 €) por GASTOS DE NUEVO EMPLAZAMIENTO, consistentes en electricidad, agua, instalación de fuel-oil e instalación de teléfono, y 1.013.625 ptas. (6.092,01 €) por GASTOS DE APERTURA, consistentes en proyectos industriales y dirección de obra, solicitudes para permiso de autorización y por baja industrial, partidas todas ellas a la que el representante procesal de la Administración demandada no formula objeción singular alguna y que, además, aparecen suficientemente explicadas y justificadas en la memoria que se adjunta al informe, a pesar de lo cual el representante procesal de la entidad demandante exclusivamente reclama por los elementos de nueva construcción la suma de 21.209.687 ptas.

(127.472,79 €) y por la pérdida de existencias en cantera la cantidad de 15.743.700 ptas. (94.621,54 €), sin pedir, pues, indemnización alguna por los gastos de traslado, nuevo emplazamiento y apertura, por lo que, en atención al principio de congruencia, no cabe conceder más indemnización que la reclamada por aquellos dos únicos conceptos".

En esta sentencia se ponen de manifiesto las demoledoras consecuencias que, en aras del principio dispositivo, puede suponer el limitar excesivamente, por cuantía o por conceptos, la indemnización solicitada en la demanda. Según el artículo 216 LEC (Principio de justicia rogada) "Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

Un supuesto de extinción del negocio se contempla en las sentencias que estudian los perjuicios causados por imposibilidad de atender negocios en Gibraltar como consecuencia del cierre de la verja acordado en 1969:

STS de 19 de diciembre de 1997:

a) Supuesto

Titular de Agencia de importación, representación y distribución de mercancías radicante en Gibraltar, quien para regentar el negocio tenía un "pase de trabajo" que le autorizaba a cruzar a diario la frontera de España a Gibraltar, viéndose obligado a cerrar su Agencia ante la decisión del Gobierno Español de 6 de junio de 1969 que ordenó el "cierre del puesto de control aduanero y policía de La Línea de la Concepción"; determinación de la cuantificación de la indemnización.

El TS estima en parte el recurso, anulando la resolución impugnada, dejándola sin ningún valor ni efecto y declarando la obligación que pesa sobre la Administración de abonar al recurrente, por mejor decir a los herederos de aquél, pues ha fallecido, la suma de 974.612 ptas. (5.857,54 €), en valor adquisitivo de 1970, actualizado tal importe mediante la aplicación de índices de precios al consumo al momento de la presente sentencia así como el interés legal de la referida indemnización desde la indicada fecha hasta el efectivo abono de la misma.

b) Doctrina

"Así las cosas no es posible olvidar que el peticionario, ya en la primera reclamación que fue registrada de entrada el 2 de junio de 1970, cifró el valor de su negocio (atendido el valor de las existencias, instalaciones, volumen anual de operaciones y consiguientes beneficios obtenidos) en 1.169.000 ptas. (7.025,83 €), a cuya cantidad se añadía la de 97.862 ptas. (588,16 €) por los desembolsos posteriores que el empresario hubo de realizar desde el 8 de junio de 1969, para el mantenimiento del negocio, hasta su cierre definitivo el 1 de enero de 1970 y que en el mismo escrito, dos veces distintas [apartados 4.º, párrafo a), y 7.º] ofreció 'las pruebas precisas para justificar dicho avalúo (del negocio), incluso la pericial y los medios de prueba pertinentes para aseverar las manifestaciones consignadas en el presente escrito', sin que la Administración adoptara decisión alguna al respecto; ahora bien esta inactividad de LA ADMINISTRACIÓN de que ya hablábamos con anterioridad y que se mantuvo en la práctica hasta el 17 de febrero de 1995, fecha en que adoptó la resolución impugnada en el recurso contencioso-administrativo, unido al hecho, más trascendente aún, de que aquélla NO ACORDÓ LA APERTURA DE UN PERÍODO DE PRUEBA, desde luego procedente en razón del 'ofrecimiento' de pruebas formulado por el reclamante, de las concretas circunstancias del caso y de lo determinado en el artículo 88 de la Ley de Procedimiento Administrativo, determina que deban pararle los correspondientes perjuicios a quien con su conducta omisiva, desde todos los puntos de vista, impidió el debido acreditamiento de la evaluación concreta

en su momento oportuno que hoy no sería ya factible realizar y por ello debemos considerar como cifra inicial de la que debemos partir para fijar la indemnización, la suma reclamada en 1970 por el demandante, esto es de 1.266.862 [7.613,99 €] (1.169.000 [7.025,83 €] más 97.862 [588,16 €]) ptas., si bien de esta cantidad procede DETRAER, CUAL SEÑALA EL CONSEJO DE ESTADO, LOS BIENES MATERIALES EXISTENTES EN LA AGENCIA, ya que los mismos, al no perderlos el reclamante por la medida adoptada, pudieron ser realizados, desde el cierre de la frontera hasta el 1 de enero de 1970, en que se formalizó la baja del negocio, pareciendo prudente calcularlos en un PORCENTAJE ASCENDENTE AL 25 POR 100 DEL VALOR DEL NEGOCIO, esto es en 292.250 ptas. [1.756,46 €], con lo cual la indemnización procedente asciende, salvo error u omisión, a 974.612 [5.857,54 €] (876.750 [5.269,37 €] {1.169.000 – 292.250} más 97.862) ptas., cuya cantidad habrá de ser actualizada desde el año 1970 hasta la fecha de esta resolución conforme al incremento que haya habido en el Índice de Precios al Consumo, pero sin que haya lugar a reconocer el interés legal correspondiente, también peticionado, por cuanto la actualización monetaria, al momento actual, enjuga y determina en supuestos como el presente, la improcedencia de aquél, cual reiteradamente ha proclamado esta Sala, todo ello sin perjuicio de reconocer el interés legal de la cantidad señalada como indemnización desde la fecha de la sentencia hasta el momento del efectivo abono de la misma".

Esta sentencia nos permite observar la extraordinaria importancia que tiene el cómputo de la actualización de la indemnización. Cuando el plazo desde el momento de la producción de perjuicio hasta su reconocimiento es muy largo, la suma añadida para la actualización puede superar con creces el importe inicial.

STS de 20 de julio de 1999

a) Supuesto

El recurrente, junto con su padre y su hermana, venía regentando desde 1904 en la plaza de Gibraltar el negocio denominado "José Bolufer y Cía., S.A." establecido en la calle Cornwall Lane, número 38, dedicado a pañería y sastrería. Como español carecía de autorización para residir en Gibraltar pero efectuaba diarios desplazamientos a la colonia mediante el correspondiente pase de trabajo expedido por la Delegación Jefatura de la Frontera Sur.

El acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 6 de junio de 1969 determinó, con el definitivo cierre de la frontera con Gibraltar, a las 24 horas del día 8 del mismo mes, la imposibilidad de que el mismo, desde entonces, pudiera tener acceso a Gibraltar, ya que quedaron sin efecto las autorizaciones, y con ello se vio imposibilitado de continuar la actividad mercantil.

El Tribunal Supremo declara la obligación que pesa sobre la Administración de abonar a la recurrente la suma de 419.869 ptas. [2.523,46 €], en valor adquisitivo de 1970, actualizando tal importe, mediante la aplicación del índice de precios al consumo, al momento de la presente sentencia, así como el interés legal de la indemnización referida desde la notificación de esta sentencia hasta el efectivo abono de aquélla. Absolvemos a la Administración de los demás pronunciamientos contra ella deducidos.

b) Doctrina

"No es posible olvidar que el peticionario, ya en la primera reclamación que fue registrada de entrada el 1 de junio de 1970, cifró el valor de su negocio (atendido el valor de las existencias, instalaciones, volumen anual de operaciones y consiguientes beneficios obtenidos) en 1.239.474 ptas. [7.449,39 €], añadiendo por los perjuicios derivados del mantenimiento del negocio en Gibraltar (rentas, impuestos, luz, etc.) la suma de 110.000 ptas. [661,11 €] (con un total de 1.349.474 ptas. [8.110,50 €]), y que en el mismo escrito, dos veces distintas [apartados

La jurisprudencia, en ocasiones, otorga trascendencia probatoria al hecho de que la Administración no haya procedido a la práctica de prueba en el expediente administrativo.

d) Perjuicios hipotéticos. El Tribunal Supremo declara, al examinar el lucro cesante, que no puede computarse el lucro hipotéticamente dejado de percibir, sino el real y justificado[6].

5.º, párrafo b), y 7.º] ofreció 'las pruebas que, a este objeto de evaluación, se consideren precisas, incluso la pericial' y 'los medios de prueba que se estimen pertinentes para aseverar las manifestaciones consignadas en este escrito'. La Administración no adoptó decisión alguna al respecto y esta inactividad se mantuvo en la práctica hasta el 27 de septiembre de 1995, fecha en que adoptó la resolución impugnada en el recurso contencioso-administrativo. Estas circunstancias, unidas al hecho, más trascendente aún, de que aquélla no acordó la apertura de un período de prueba, desde luego procedente en razón del 'ofrecimiento' de pruebas formulado por el reclamante, de las concretas circunstancias del caso y de lo determinado en el artículo 88 de la Ley de Procedimiento Administrativo, determinan que deban pararle los correspondientes perjuicios a quien con su conducta omisiva, desde todos los puntos de vista, impidió el debido acreditamiento de la evaluación concreta en el momento oportuno, que hoy no sería ya factible realizar".

"Por ello debemos considerar como cifra inicial de la que debemos partir para fijar la indemnización la suma reclamada en 1970 por el demandante, esto es la de 1.349.474 ptas. (1.239.474 más 110.000 ptas.). De esta cantidad procede detraer, cual señala el Consejo de Estado, los bienes materiales existentes en el establecimiento, ya que los mismos, al no perderlos el reclamante por la medida adoptada, pudieron ser realizados. Parece prudente, dada la naturaleza y circunstancias de la actividad, calcularlos en un PORCENTAJE ASCENDENTE AL 75 POR 100 DEL VALOR DEL NEGOCIO, esto es en 929.606 ptas. [5.587,04 €], con lo cual la indemnización procedente asciende a 419.869 [2.523,46 €] [(1.239.474 menos 929.606) más 110.000] ptas. A su vez, esta cantidad habrá de ser actualizada desde el año 1970 hasta la fecha de esta resolución conforme al incremento que haya habido en el índice de precios al consumo".

La diferencia en el porcentaje de reducción radica en el carácter más o menos perecedero de los productos almacenados.

[6] STS de 14 de febrero de 1998:

a) Supuesto

Reclamación por obras de remodelación viaria por la Administración autonómica desde el mes de mayo de 1986 hasta el 5 de junio de 1987 que a la altura del negocio de venta de jamones de la recurrente determinaron el cierre de la calle al tráfico, con un ramal provisional, y la instalación de unas vallas protectoras a una distancia de un metro de la puerta del establecimiento que permitía su acceso peatonal, lo que produjo un notorio y evidente descenso de ventas en el negocio referenciado en relación a las de 1984 y 1985. El Tribunal Supremo, rebajando la cantidad concedida en instancia de 6.000.000 de ptas. [36.060,73 €], fija como indemnización a pagar por la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares a la reclamante la de 1.580.000 ptas. [9.495,99 €], además de los intereses legales de esta cantidad, según el tipo recogido en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, desde el día 4 de febrero de 1998 (en que se presentó la reclamación) hasta su completo pago, incrementado dicho interés legal en dos puntos desde el día treinta y uno de marzo de mil

D) Prueba del daño. El Tribunal Supremo (STS de 10 de marzo de 1998) reitera la siguiente doctrina: "[...] como esta sala ha tenido ocasión de declarar con reiteración, LA FALTA DE PRUEBA del daño o perjuicio padecido NO PUEDE SUPLIRSE DIFIRIENDO A LA FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA LA PRÁCTICA DE LA REFERIDA PRUEBA, pues en ésta sólo es posible determinar la cuantía de la indemnización cuando se ha acreditado, cuando menos, la existencia del daño (Sentencias de 28 de octubre de 1985, 9 de mayo de 1995 y 28 de mayo de 1997, entre otras)".

El artículo 219 LEC se refiere a las sentencias con reserva de liquidación[7]. Pero, en todo caso, resulta aplicable el artículo 71.d) LJCA, con arreglo al cual:

---

novecientos noventa (fecha de la sentencia de instancia), con el límite máximo de 6.000.000 de ptas. (cantidad reconocida en la sentencia de instancia, no recurrida por la perjudicada).

b) Doctrina

"El perjuicio causado por la ejecución de las obras, consistente en la REDUCCIÓN DE LAS GANANCIAS O LUCRO CESANTE producido por la disminución de las ventas, es un daño antijurídico que, según lo expuesto, la titular del establecimiento no tenía obligación de soportar en beneficio de la colectividad, SIN QUE FUESE MERAMENTE HIPOTÉTICO sino cierto y real, como lo demuestra el dictamen pericial emitido contradictoriamente en la primera instancia, en el que se han contrastado las ventas de los años inmediatamente anteriores, que, aunque habían venido aumentando progresivamente, se vieron drásticamente reducidas a partir de la ejecución de las obras y no se recuperaron después hasta inducir a la titular al traslado de su negocio a otro lugar de la ciudad".

"Sin embargo, no podemos compartir la decisión de la Sala de instancia respecto a la cuantificación del perjuicio, ya que ha fijado como tal el importe en que las ventas disminuyeron globalmente a pesar de que esa cantidad debe reducirse con los costes ordinarios, por lo que en el propio informe pericial, emitido en juicio, se consideró que la pérdida ocasionada por la disminución de las ventas fue de 1.580.000 ptas., cantidad que debe tenerse como el lucro cesante producido con la ejecución de las obras, siendo razonable la hipótesis que plantea el perito procesal relativa al incremento de ventas en el año 1985 respecto del año 1984, que permite afirmar que el progreso en las mismas habría de mantenerse durante los años 1986 y 1987, en que se observó un notable descenso a partir del inicio de las obras por la Administración demandada y apelante".

Esta sentencia resulta de mucho interés en cuanto a la prueba del lucro cesante, el cual se funda en parte, como puede verse, en los cálculos de un perito sobre la previsión de aumento de ventas.

[7] El artículo 218 LEC dispone lo siguiente: "Sentencias con reserva de liquidación".

"1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética".

"Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia".

La jurisprudencia ha venido usualmente aplicando este precepto para la determinación de la cuantía de la indemnización reconocida por responsabilidad patrimonial de la Administración.

E) Daño individualizado y económicamente evaluable. El daño debe ser individualizado, de manera que quedan excluidos los daños generales (los derivados de una devaluación o el cambio de régimen de los precios, por ejemplo).

Y ha de ser también evaluable económicamente, pudiendo afectar a cualquier clase de bienes y derechos, incluyendo tanto los daños materiales como los personales o incluso morales. La inclusión de los daños morales tardó en admitirse por la jurisprudencia, a pesar de la tradición penalista y civilista. Lo fueron desde 1975, tímidamente, y luego, a partir de la STS de 26 de septiembre de 1977, su inclusión fue constante.

5. La imputación y sus criterios

1. Concepción amplia del servicio público. Para que exista responsabilidad de la Administración debe haber una lesión imputable a las Administraciones Públicas, mediando una relación de causalidad.

"2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución".

"3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades".

La imputación implica que el servicio o la persona causante de la lesión ha de encontrarse integrada en la organización administrativa de que se trate. Esta integración no plantea problemas cuando el daño procede anónimamente de un servicio administrativo, o personalmente de un funcionario que obra en el ejercicio de su cargo. En este caso la Administración cubre la responsabilidad del funcionario sin perjuicio de la utilización posterior de la vía de regreso cuando el causante del daño actúa con culpa o negligencia grave (art. 145.2 LRJPAC).

La cobertura de la Administración se refiere no sólo a los funcionarios en sentido estricto, sino, como un criterio más amplio, a cualquiera que ejercite funciones públicas integradas en la organización, y por tanto también a la autoridades políticas y personal laboral contratado.

La lesión imputable a la Administración lo ha de ser por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en sentido orgánico y no funcional. Esta integración faltaría, en opinión mayoritaria en el supuesto de ejercicio privado de funciones públicas (notarios, taxistas, prácticos de puertos..., aunque en relación con estos últimos hay, al menos, dos sentencias que reconocen la responsabilidad administrativa).

La expresión funcionamiento de los servicios públicos se considera equivalente a actividad administrativa. Es preciso la acción o el tráfico jurídico ordinario de una Administración, sus autoridades, funcionarios o empleados, para que pueda hablarse de responsabilidad imputable a aquélla[8].

[8] STS de 17 de noviembre de 1998:

a) Supuesto

Daños corporales sufridos por menor por explosión de artefactos pirotécnicos sobrantes de castillo de fuegos artificiales disparado en fiestas populares organizadas por Ayuntamiento. No se aprecia relevancia causas a la conducta del menor que recogió artefactos pirotécnicos.

El Tribunal Supremo confirma el derecho del menor a percibir con cargo al Ayuntamiento la cantidad de 10.000.000 de ptas. (60.101,21 €), más los intereses legales.

b) Doctrina

"Esta Sala tiene reiteradamente declarado que SE INTEGRA EN EL ÁMBITO DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE SI EXISTE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN TITULAR POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR SU CELEBRACIÓN, EL SUPUESTO DE FIESTAS POPULARES ORGANIZADAS POR LOS AYUNTAMIENTOS O PATROCINADAS POR ÉSTOS, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal (Sentencias de 13 de septiembre de 1991, 11 de mayo de 1992, 23 de febrero de 1995, 25 de mayo de 1995, 18 de

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

El problema surge cuando se trata de actuaciones de la Administración en régimen de Derecho privado. Conforme a la LRJPAC (art. 144, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero): cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentren. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes.

Con la referida remisión, la Ley opta por la unificación de régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sin discriminar su actuación en régimen de derecho público o privado en correspondencia con la unidad de fuero establecido ya, en la versión originaria, en el artículo 142.6 LRJPAC, según el cual: "la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, agota la vía administrativa" y es recurrible en vía contencioso-administrativa.

Por su falta de integración en la organización se excluye de la cobertura y de la imputación a la Administración la actividad estrictamente privada de los funcionarios públicos. La razón es que en estos casos no haya relación de servicio. En alguna ocasión, sin embargo, ha surgido la duda en el caso de aquellos funcionarios que están permanentemente de servicio o en total dedicación, singularmente los funcionarios de los cuerpos y fuerzas de seguridad, si el daño se produce, p.ej., con el arma cuya posesión se justifica por el hecho de ser funcionario y estar disponible

---

diciembre de 1995, 25 de octubre de 1996, 15 de diciembre de 1997, 4 de mayo de 1998 y 19 de junio de 1998, entre otras)".

"La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado determina la caducidad del motivo de casación que estudiamos, pues aceptado como hechos fijados por la Sala de instancia y, por ende, inamovibles en el recurso de casación, que el Ayuntamiento de Canals, respondiendo a una arraigada tradición, incluye el disparo del castillo en su programa de festejos correspondiente al anexo de Ayacor, como actividad popular que fomenta y patrocina, no cabe duda de que concurren las características propias de las actividades que tantas veces hemos considerado como incursas en el ámbito del servicio público a efectos de responsabilidad patrimonial, aun cuando la actividad de organización directa corresponda a los llamados festeros y se encargue a una empresa privada, pues no cabe duda de que aquéllos y ésta aparecen a los efectos del desarrollo de estas actuaciones que el Ayuntamiento incluye en su programa de actividades, fomenta y patrocina, como incardinados en la organización municipal".

para el servicio en cualquier momento. Lo decisivo para la imputación al ente público es el servicio: la total dedicación no debiera servir de base para atribuir la responsabilidad al Estado, cuando el delito o falta cometidos por el agente público se halla desconectado del servicio policial que le es propio. Pero tanto la jurisprudencia penal como la jurisdicción contencioso-administrativa han admitido la responsabilidad del Estado derivada de la actuación de funcionarios de policía. Una STS de 25 de abril de 1986 admite la responsabilidad estatal en un supuesto en que la acción del funcionario de policía se hallaba desvinculada del servicio. Por el contrario, en otra de 20 de mayo de 1986, en un caso similar, asume la solución contraria por entender que se trata de daños ajenos al servicio.

Una STS de 27 de mayo de 1987, después de considerar los hechos como ajenos a la misión y funciones del servicio policial, concede la indemnización solicitada al ampliar la responsabilidad pública sobre la base del "riesgo específico, grave y peculiar cuyo origen se encuentra en el concreto sistema de organización y funcionamiento del propio servicio que impone la Administración por considerarla la opción más acorde con el interés público. Es decir la imputación por riesgo; por el riesgo en este caso, de que la organización del servicio público policial autorice a los funcionarios portar permanentemente su arma reglamentaria".

La fórmula de imputación por la Constitución y la Ley (arts. 106 CE, 139 LRJPAC) incluye tanto el daño causado de forma lícita como el producido ilegítimamente (todos los supuestos de daños causados por actos administrativos declarados posteriormente ilegales: revocación de licencias, suspensión de obras, clausura de establecimientos, etc.). Es indiferente la calificación del funcionamiento del servicio público como normal o anormal (STS de 27 de junio de 2006).

Incluye también tanto los daños causados por una persona concreta perfectamente identificada como el daño anónimo imputable al servicio, a la Administración que lo gestiona: daños por defectos de obras públicas o de instalación de servicios (caída de un muro, falta de desagüe, mal funcionamiento de una instalación de alumbrado, mal estado de la carretera por ausencia de señalización, etc.).

Incluye tanto el mal funcionamiento del servicio, como el funcionamiento tardío o la ausencia de funcionamiento, para cuya verificación es preciso un elemento de cotejo, un estándar medio o comparativo que, en

la práctica, es fijado en cada caso por los Tribunales. Este es uno de los elementos menos precisos del sistema porque es difícil señalar el listón en los casos de mal funcionamiento o de funcionamiento tardío.

En STS de 17 de noviembre de 1998 (rec. de cas. 3489/1994) se contempla la responsabilidad patrimonial de un Ayuntamiento por daños corporales causados por explosión de fuegos artificiales en fiestas organizadas a través de terceros. Dice la Sala del TS que tiene reiteradamente declarado que se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal (Sentencias de 13 de septiembre de 1991, 11 de mayo de 1992, 23 de febrero de 1995, 25 de mayo de 1995, 18 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1996, 15 de diciembre de 1997, 4 de mayo de 1998 y 19 de junio de 1998, entre otras).

2. Inactividad de la Administración. La imputación por omisión, inactividad o retraso de la Administración plantea numerosos problemas. Cada vez existen más fallos jurisprudenciales sobre ello, aunque todavía no una doctrina sólida.

La omisión o inactividad, por ejemplo, está en la base de algunas Sentencias de la serie sobre accidentes por falta de señalización o mal estado de las carreteras. También en algunas relacionadas con lesiones por la acción de las fuerzas de seguridad, en las que se alude a la falta de previsión policial que hubieren hecho innecesario el disparo que dio lugar a dos muertes (SSTS de 18 de diciembre de 1985 y 29 de abril de 1986) o a la ausencia de protección de una manifestación en la que se produjeron enfrentamientos (STS de 28 de octubre de 1986). Una STS de 16 de septiembre de 1983 concedió una importante indemnización (más de 100 millones de pesetas) por la invasión de una concesión marisquera por parte de una multitud, imputándose al Estado los daños por inhibición, "dejación absoluta de autoridad".

En relación con la tramitación de los expedientes, la doctrina tradicional era que su demora no podía ser causa de responsabilidad patrimonial

si una Ley no anuda expresamente esta consecuencia (STS de 10 de diciembre de 1971). Pero más tarde se admitió la responsabilidad si tal demora es causa directa de la producción del daño o una consecuencia necesaria. En esta línea, la STS de 5 de junio de 1972, que contempla el caso de un maestro depurado que recibe la notificación de su rehabilitación años después de producirse ésta. También la STS de 25 de enero de 1974 sobre la demolición de un hotel que no cumplía con las servidumbres aeronáuticas, pero que se siguió construyendo a causa del retraso de los servicios de inspección, aumentando así el perjuicio cuando se produce finalmente la orden de demolición. Algunas referencias al retraso como generador de daños se hallan también en fallos que se refieren a la concesión de licencias urbanísticas.

La responsabilidad por omisión, inactividad o retraso adolece de incertidumbre porque no existen pautas, reglas y parámetros suficientes de referencia[9].

[9] ¿Cuantas veces hay que limpiar una alcantarilla, revisar una instalación, inspeccionar una obra, señalizar una carretera?, ¿cuantos socorristas debe haber en una playa?, ¿cómo vigilar a un interno para que no se suicide?... Incluso se ha llegado a hacer derivar la responsabilidad del Estado por omisión o tardanza cuando ha explosionado una bomba colocada por unos terroristas produciendo muertes y heridos. Ciertamente es loable que la sociedad y el Estado que la representa se haga cargo de aliviar económicamente a los que han sufrido el daño. Pero, posiblemente, no en términos de responsabilidad, sino de asistencia. Porque si no el sistema no tendría límites. Precisamente hay una normativa específica para las indemnizaciones a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas (RD 673/1992, de 19 de junio), que la doctrina y la mayoría de la jurisprudencia sitúan no en la esfera de la responsabilidad administrativa sino en la de indemnizaciones legislativas derivadas de la asunción asistencial de ciertos riesgos colectivos. En la misma línea están las previsiones para indemnizar a los extranjeros que sufran daños en sus vehículos de transporte de mercancías o de viajeros por acciones violentas e indiscriminadas (Ley 52/1984, de 26 de diciembre).

STS de 26 de noviembre de 1998:

a) Supuesto

Interno fallecido por suicidio que había sido objeto de tratamiento psiquiátrico e ingresado en varias ocasiones en Centro Psiquiátrico por hallarse afectado de una psicosis paranoide pese a lo cual no se practica un examen médico psiquiátrico en el momento de su ingreso en Centro Penitenciario, y además desde el momento de su detención no fue atendido por médico psiquiatra ni fue remitido a Centro Psiquiátrico por no considerarlo necesario el equipo médico del Centro Penitenciario.

El Tribunal Supremo confirma la condena a la Administración a satisfacer a la actora como indemnización de daños y perjuicios la suma de 2.000.000 de ptas. (12.020,24 €).

b) Doctrina

"Todos estos elementos circunstanciales propiciaban la adopción, por parte de los Servicios Públicos Penitenciarios, de las medidas necesarias, al haberse detectado con anterioridad a producirse los hechos reseñados en el Auto de procesamiento que, con carácter provi-

La STS de 27 de enero de 2009, recaída en el recurso de casación 5921/2004 (GESCARTERA), se refiere a la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por la inactividad o retraso de un órgano de control, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el ejercicio de sus funciones y facultades. Para dicho análisis, dice el Tribunal Supremo, ha de tenerse en cuenta el marco jurídico en el que se desenvuelven las operaciones y actuaciones de que se derivan el daño o perjuicio[10].

---

sional, acuerda el 1 de septiembre de 1986 su ingreso en prisión, ratificando el anterior Auto de prisión provisional de 20 de agosto de 1986, UNAS PROBADAS ANOMALÍAS PSÍQUICAS QUE TENÍAN QUE HABER SUPUESTO UN IMPRESCINDIBLE CONTROL MÉDICO EXIGIBLE E INCUMPLIDO POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN, MÁXIME CUANDO EN EL CENTRO PENITENCIARIO EN EL QUE INGRESA, NINGUNO DE LOS MIEMBROS DEL EQUIPO DE OBSERVACIÓN Y TRATAMIENTO POSEE TITULACIÓN MÉDICA O SANITARIA ESPECÍFICA EN EL ÁMBITO PSIQUIÁTRICO, como dice el informe de la Dirección del Centro Penitenciario de La Coruña de 25 de febrero de 1991 y además, desde el momento de su detención, no fue atendido por ningún médico psiquiatra ni fue remitido a ningún Centro Psiquiátrico al no considerarlo necesario el equipo médico, según consta en el informe del Servicio Médico del Centro de La Coruña de 14 de febrero de 1991".

"En suma, EXISTIÓ UNA OMISIÓN IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA causante de un resultado, sin ruptura del nexo causal, pues se trata de un suicidio respecto del cual debieron adoptarse medidas previas de control médico [...]".

[10] "Inicialmente y como precisa la Sentencia de la Sala Primera de 20 de enero de 2003, los encargos conferidos por los inversores a las empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros, constituye 'un contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, que responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil' (art. 244 del Código de comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el 'mercado de valores', al llamado contrato de 'comisión bursátil'; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las 'normas de conducta' (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad". Razona la Sala en otro momento que "conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1943 en relación con la diligencia exigible al 'comerciante experto' (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio" y concluye, tras otros argumentos, en la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados. Se trata por lo tanto de una relación contractual

La Ley establece un órgano encargado de controlar que el funcionamiento del sistema se ajuste a las previsiones legales, atribuyéndole distintas facultades al efecto, cuyo ejercicio u omisión puede dar lugar a responsabilidad de la Administración en la medida que se acredite la existencia de una lesión o daño imputable a tal ejercicio u omisión en relación de causa a efecto. En este caso el órgano se concreta en la creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Título II, Capítulo Primero) a la que se encomiendan las funciones de supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas o jurídicas se relacionan con el tráfico de los mismos, así como el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora (art. 13), que incluye la adopción de las correspondientes medidas cautelares, además de otras funciones como la protección de los inversores, velar por el cumplimiento de las normas de conducta y de cuantas obligaciones y requisitos se exigen en la Ley, como indica la exposición de motivos.

Ahora bien, tal actividad de control no convierte al órgano en operador del mercado ni traslada al mismo las obligaciones y subsiguientes

---

de derecho privado de cuyo cumplimiento y efectos responden las partes según la obligaciones que del mismo resultan para cada una de ellas.

Pero tales operaciones contractuales privadas enlazan con el ámbito público en cuanto se integran en el mercado financiero, quedando sujetas a la normativa específica, establecida en garantía del interés público en el adecuado funcionamiento del sistema económico, que se proyecta sobre el alcance e instrumentalización de las distintas operaciones, los mercados, los agentes intervinientes y los órganos de supervisión, teniendo su expresión fundamental, en lo que afecta al caso, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

"En lo que aquí interesa, que es el régimen de prestación de los servicios de inversión y régimen de supervisión, inspección y sanción, incluidos en el ámbito de la Ley (art. 1), se reserva la prestación de tales servicios de inversión a empresas que desarrollan la actividad con carácter profesional (art. 62.1), con el fin de proteger los intereses de los inversores, según indica la exposición de motivos, empresas que, perteneciendo a alguna de las clases señaladas en la Ley (art. 64) lo que determina el tipo de operaciones que pueden realizar, quedan sujetas al régimen legal de acceso a la actividad, mediante la correspondiente autorización y cumplimiento de determinados requisitos financieros, así como la observancia en el desarrollo de la actividad de las normas de conducta que la Ley dispone (Título VII, Capítulo Primero), de cuyo cumplimiento resultan responsables frente al inversor en virtud del correspondiente contrato, en cuanto incida en la efectividad y desarrollo del mismo –cuyos riesgos se asumen por las partes y a los que no es ajena la confianza depositada en la profesionalidad de la entidad que presta el servicio– y frente a la Administración, en cuanto incurra en las infracciones tipificadas en la Ley, perseguibles mediante la apertura del correspondiente expediente sancionador, en el ejercicio de las potestades de tal naturaleza legalmente atribuidas a la Administración, incluidas las medidas cautelares pertinentes (Título VIII, Capítulo Segundo)".

responsabilidades exigibles a dichos operadores, caso de las sociedades de gestión de cartera o las agencias de valores, por la forma en que desarrollan su actividad al gestionar el encargo de los inversores, con un resultado negativo o perjudicial.

La actividad de control en sus distintos aspectos se dirige a propiciar que la entidades de prestación de servicios que operan en el mercado reúnan los requisitos legalmente exigidos y ajusten su actividad a las normas de actuación dispuestas en la Ley, así como dar respuesta a los incumplimientos sancionando las infracciones cometidas e impidiendo, en su caso, el mantenimiento de la situación, adoptando las medidas que la Ley permita al efecto, bien entendido que la garantía no es absoluta y que, como indicamos en Sentencia de 16 de mayo de 2008, "la función que la ley encomienda a la CNMV es supervisar e inspeccionar los mercados de valores y, en los términos ya explicados, asegurar la transparencia de los mismos. En ningún caso puede concebirse a la CNMV como garante de la legalidad y prudencia de todas las decisiones de todas las agencias de valores, ni menos aún como garante de que los clientes de dichas agencias de valores no sufrirán pérdidas económicas como consecuencia de decisiones ilegales o imprudentes de éstas. La mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular". No puede, por lo tanto, exigirse del órgano de control la garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema, en el que resulta determinante la actitud y conducta de los distintos operadores del mercado, de manera que la simple apelación al ejercicio de las facultades de supervisión no constituye título suficiente para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La responsabilidad del órgano de control ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades, para lo que ha de tenerse en cuenta, además de la actitud e intervención de los distintos operadores, la naturaleza de las mismas y su incidencia en el funcionamiento del mercado, así como los intereses de los inversores, que trata de proteger, y que pueden exigir y justificar una valoración del riesgo que el ejercicio de dichas facultades pueda representar para el mercado y los perjuicios desproporcionados que pueda representar para los intereses de los distintos afectados y todo ello en congruencia con el criterio gene-

ral en relación con supuestos en los que se invoca la inactividad de la Administración, en el sentido que no resulta exigible una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con el servicio, como se desprende de la Sentencia de 20 de junio de 2003, lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio. En otros términos, *la responsabilidad del órgano de control vendrá determinada por la imputabilidad del daño, en relación causal, a la omisión de aquellas actuaciones que razonablemente le fueran exigibles adoptar en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce para el cumplimiento de su función o al ejercicio inadecuado de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico,* lo que supone una valoración propia de un órgano técnico como la CNMV, con respeto a ese ámbito de decisión, salvo que se produzca un ejercicio arbitrario o injustificado, erróneo en sus consideraciones fácticas o contrario a la norma.

Desde estas consideraciones y por lo que se refiere a que la intervención de Gescartera se acordó por la Administración de forma tardía en junio de 2001, cuando el supuesto de hecho determinante de la misma existía al menos desde diciembre de 1998, señalando la ineficacia de las actuaciones llevadas a cabo por la CNMV durante ese período de tiempo, conviene tener en cuenta el alcance de dicha medida, que el artículo 107 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) permite, por remisión a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), en cuyo artículo 31 establece que:

> "1. Únicamente cuando una entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia, podrá acordarse la intervención de la misma o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección. Estas medidas se mantendrán hasta que se supere la situación mencionada.
>
> 2. Lo dispuesto en el núm. 1 de este artículo será también aplicable en aquellos casos en que, existiendo indicios fundados de que concurra

la situación de excepcional gravedad a que el mismo se refiere, la verdadera situación de la entidad de crédito no pueda deducirse de su contabilidad.

3. Las medidas de intervención o sustitución a que se refiere este artículo podrán adoptarse durante la tramitación de un expediente sancionador o con independencia del ejercicio de la potestad sancionadora, siempre que se produzca alguna de las situaciones previstas en los dos números anteriores"[11].

[11] En este caso la actuación de la CNMV sobre Gescartera se ha mantenido de manera constante desde 1995, llevando a cabo sucesivas visitas de inspección y subsiguientes requerimientos, con el resultado que señala la sentencia de instancia, que se ha reflejado antes, y que también señala la propia recurrente, la cual en su reclamación refiere a febrero de 1999 el momento en que la CNMV detecta el descuadre de aproximadamente 4.500 millones de pesetas, desde cuya fecha se suceden las actuaciones de la CNMV que se han descrito antes, con reiterados requerimientos a Gescartera, respuestas de la entidad y compromisos que no satisfacen las exigencias de la CNMV, cuyo Consejo acuerda el 6 de abril de 1999 la incoación de expediente sancionador a la entidad, Consejero Delegado y Director, por infracción muy grave de obstrucción a la actuación inspectora durante la visita de inspección iniciada en diciembre de 1998, y el 16 de abril de 1999, en reunión extraordinaria, amplía el expediente a la infracción muy grave por inobservancia de la obligación de tomar las medidas adecuadas, en relación con los valores y fondos que les han confiado sus clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebida de aquéllos, y a otra infracción muy grave por carecer de la contabilidad y registros legalmente exigidos o llevados con vicios o irregularidades esenciales de tal manera que impidan conocer la situación financiera y patrimonial de la entidad. En la misma sesión se reiteró el cumplimiento de un requerimiento anterior para que la entidad procediera a individualizar los fondos de determinada cuenta entre los correspondientes clientes, debiéndose abstener, entre tanto no se acredite ante la CNMV que se ha procedido a dicha individualización, de realizar disposiciones de fondos o nuevas aportaciones en dicha cuenta. Se suceden los requerimientos y respuestas de la entidad, con nueva visita en noviembre de 1999, en la que se efectúan distintas apreciaciones sobre la materialización del patrimonio gestionado en diversas cuentas, incluida una global por importe de 3.949 millones de pesetas, aunque se mantienen descuadres no aclarados, comprometiéndose la entidad a subsanar los mismos y a depositar el patrimonio de cada cliente en cuentas individualizadas a fecha 31 de marzo de 2000, a cuyo efecto, en visita de inspección girada entre el 3 y 17 de abril de 2000, se valora positivamente las justificaciones dadas por la entidad sobre el patrimonio gestionado y el depósito de las cantidades líquidas en cuentas individualizadas de los clientes, quedando a cero el saldo de la citada cuenta global y valorando el esfuerzo hecho para eliminar debilidades en los procedimientos detectadas con anterioridad, aunque se indica la necesidad de mejorar distintos aspectos, recogiéndose igualmente aportación de informes de la auditoría de cuentas sin salvedad alguna y reflejándose en la resolución sancionadora de 13 de julio de 2000 que se excluye la infracción a que se refería la ampliación del expediente de 16 de abril de 1999 al valorar la voluntad de la entidad de cumplir con lo requerido, de manera que "al 31 de marzo de 2000 la totalidad de los valores y liquidez de clientes está depositada en cuentas desglosadas e individuales de estos con apoderamiento para la sociedad gestora", y es con ocasión del requerimiento efectuado el 19 de abril de 2001, motivado por los primeros datos proporcionados

Como se indica en Sentencia de 16 de mayo de 2008, resolviendo el recurso de casación, dicha facultad de intervención se configura como una medida verdaderamente extraordinaria, que sólo puede y debe adoptarse cuando la entidad se encuentre en la situación excepcional que se describe en el precepto, a cuyo efecto *la CNMV, como órgano competente, goza del margen de apreciación necesario para evaluar las circunstancias del caso de acuerdo con su experiencia y conocimientos técnicos, ponderando la conveniencia y oportunidad de llevar a cabo aquellas actuaciones que aconseja el prudente ejercicio de una facultad de incidencia tan importante en el mercado de valores como es la intervención de una empresa operadora,* de manera que el artículo 31 de la LDIEC "sólo impone un deber jurídico de intervenir a la CNMV en aquellos casos en que sea absolutamente evidente que no cabe adoptar otra medida alternativa".

Se desprende de todo ello que la adopción de la medida de intervención por la CNMV en dicha fecha y no otra anterior es el resultado de la ponderación de las sucesivas actuaciones sobre la entidad, en un ejercicio razonable de las facultades que al efecto le atribuye el invocado artículo 31 de la LDIEC, que no puede entenderse desvirtuado por una apreciación de la situación financiera de la entidad que no era cierta, pues ello fue consecuencia de la actuación falsaria de los directivos de la misma y una entidad de crédito, que presentaron certificaciones atribuidas a la correspondiente entidad bancaria que no respondían a la realidad, lo que no se apreció en ese momento sino transcurrido el tiempo en virtud de la correspondiente persecución penal que ha dado lugar a condena en Sentencia de la Audiencia Nacional (no firme) de 25 de marzo de 2008, no sólo respecto de los directivos de la Agencia de Valores sino de los de la Agencia de la Entidad de Crédito autores de tales documentos, que llevaron en su momento al órgano de control a apreciar una situación financie-

tras la inscripción de la entidad como Agencia de Valores, referido al cumplimiento del coeficiente de liquidez y al depósito de los saldos de efectivo por cuenta de sus clientes de gestión de cartera, que ascendían a 6.995 millones de pesetas, cuando la entidad aporta el 25 de mayo certificado de la Caixa relativo a 4.342 millones de pesetas y el 14 de junio de 2001 certificado del Banco de Santander por importe de 2.615 millones de pesetas, ofreciendo este último dudas sobre su autenticidad, por lo que la CNMV solicitó de ambas entidades su acreditación, respondiendo en la tarde de dicho día 14 de junio de 2001 señalando que no habían emitido tales certificados, procediendo el mismo día el Consejo de la CNMV a adoptar el acuerdo de intervención de Gescartera.

ra de la entidad inspeccionada que no era cierta, órgano que llevó a cabo múltiples actuaciones encaminadas a la averiguación y corrección de la situación financiera de la entidad intervenida, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora, y adoptando la medida de intervención cuando se comprobó la actuación falsaria de la entidad, permitiendo apreciar la gravedad de la situación y la ineficacia de las medidas alternativas que se venían adoptando.

6. Especial consideración de concesionarios y contratistas

En el caso de concesionarios y contratistas, conforme al artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, de 30 de octubre, son aquellos los que están obligados a indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Ahora bien, cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable. Y también lo será cuando los daños causados a terceros sean consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por la Administración en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

Por consiguiente, conforme a dicho precepto y al artículo 1.3 RD 429/1993, de 20 de marzo, la indemnización corresponde, como regla, a los mismos concesionarios o contratistas salvo en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento por éste. En el caso de los contratistas también se vincula la responsabilidad a la Administración cuando los daños sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. Sin embargo, se establece una acción arbitral de la Administración a la que se ha dirigido la reclamación. Y será esa Administración la que resolverá tanto la procedencia de la indemnización como sobre quién debe

pagarla, dejando abierta la vía contencioso-administrativa que podrá utilizar el particular si la Administración deniega la indemnización, y en su caso el concesionario o contratista, si la Administración resuelve que son ellos los que deben pagar.

Respecto de ellos parece plenamente aplicable el principio de acumulación de acciones previsto en la LOPJ, puesto que su régimen determina que sea la Administración la competente para decidir sobre su responsabilidad.

La jurisprudencia del TS extiende el mismo régimen a los beneficiarios de la expropiación forzosa, en cuanto a los daños o perjuicios causados por la demora en la fijación y el pago del justiprecio se refiere (SSTS de 8 de marzo de 1997, rec. de apelación 1461/1992, y 3 de mayo de 1999, rec. núm. 349/1995).

La STS de 20 de octubre de 1998, recaída en recurso de apelación 3688/1992, se refiere a la denegación presunta, por el Ayuntamiento de Archena, de la indemnización solicitada por Dña. C. M. C., por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, en razón de los daños causados en una finca rústica de su propiedad como consecuencia de la quema o combustión de las basuras municipales depositadas en otra colindante.

Para fundar la apelación pretendida se aduce sustancialmente que los daños y perjuicios, cuyo abono fue solicitado, se produjeron con ocasión de la prestación de un servicio público, deviniendo por ello obligada la corporación local demandada a satisfacerlos, como en supuestos similares tiene declarado este Tribunal, entre otras, en las Sentencias de 13 de febrero de 1987 y 9 de mayo de 1989.

> "En la segunda de las sentencias citadas, se efectúa un pormenorizado estudio, en relación con la responsabilidad patrimonial prevista en los artículos 121 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, cuyo supuesto 'hay que ponerlo en relación con el ámbito material en que aparece inserto, o sea en la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública', que aparece [aparecía] regulado más ampliamente en los artículos 106.2 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado –aplicable por razones temporales al supuesto enjuiciado–. No podemos tampoco prescindir de lo establecido en la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, según la cual las cor-

poraciones locales se rigen, en cuanto a la responsabilidad patrimonial por la legislación del Estado, en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución. El artículo 54 de dicha Ley concreta que las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa [...]. Con las perspectivas resultantes de cuanto hemos expuesto sucintamente en el fundamento anterior, recordando nuestra expresa referencia o remisión a la Sentencia de 9 de mayo de 1989, hemos de contemplar ahora los hechos básicos que se alegan como determinantes de la indemnización solicitada y que sintéticamente podemos sistematizar afirmando que las basuras son recogidas y transportadas por un concesionario de tal servicio a fincas de propiedad particular colindantes con la perteneciente a la actora, en las cuales son aquéllas depositadas y se ha producido la combustión, causa próxima de los daños causados. Tales hechos, depósito y combustión, tienen lugar constante el servicio público de basuras, aunque en la cláusula d) del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas para el concurso de arrendamiento del servicio de Recogida de Basuras domiciliaria, se reconoce al concesionario el 'transporte de todos los residuos recogidos al vertedero o centro de eliminación que el Ayuntamiento determine'. El Ayuntamiento es competente y ha de ejercer las potestades enderezadas a la prestación del servicio de limpieza diario y tratamiento de residuos según determina la ya citada Ley 7/1985, y consecuentemente habrá de responder de los daños y perjuicios que el mentado servicio público causa a los particulares, siempre que concurran los requisitos exigidos y sin que sea posible quedar exento de responsabilidad so pretexto de la actuación del concesionario, al cual, como decíamos, sólo correspondía el traslado de los residuos al vertedero o centro de eliminación que el Ayuntamiento señale. La Administración, si se da aquella concurrencia, responde directamente, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico y 54 de la Ley Básica Estatal de Régimen Local, sin perjuicio, claro es, de que la Administración, en su caso, pueda repetir contra el concesionario [...]. Los presupuestos determinantes de la responsabilidad pretendida en el proceso, de conformidad con lo dispuesto en artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado –que constituye el régimen aplicable en el momento de producirse los hechos aducidos y cuyo precedente fue el art. 121 de la de Expropiación Forzosa–, son, cual con reiteración viene

proclamando la jurisprudencia, a) la lesión sufrida por el particular en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real y susceptible de evaluación económica; b) que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y c) que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que concurra fuerza mayor, debiendo siempre tenerse presente que 'la Administración no puede desentenderse de los daños causados por el concesionario de los cuales responde directamente' (Sentencia ya citada de 9 de mayo de 1989) [...]. El informe pericial emitido en el período de prueba abierto en el proceso y los demás elementos probatorios obrantes en las actuaciones acreditan suficientemente la existencia en la finca del recurrente de una pluralidad de árboles frutales que han sufrido defoliaciones en ramas y exudaciones de goma tanto en ramas y troncos de todos los árboles, a consecuencia de los humos calientes que vienen del vertedero contiguo al quemar las basuras, pues está en cota más baja que la finca objeto de valoración. Por ello no puede dudarse sobre la existencia de los requisitos que enunciábamos en el fundamento anterior, habida cuenta de que han resultado constatados los daños efectivos causados en los árboles por los humos del vertedero, el cual ha de ser considerado como manifestación de un servicio público, sin que tenga obligación de soportar aquellos el propietario de la finca, por lo que existe el nexo causal inexcusable entre aquel servicio y la lesión sufrida por el administrado [...]. La argumentación precedente es demostrativa de que la sentencia impugnada incide en la indebida aplicación que se acusa en el escrito de alegaciones sustancialmente en relación con los artículos 121 y 123 de la Ley de Expropiación, 106 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por cuanto se afirma erróneamente que la responsabilidad directa del Ayuntamiento carece de justificación al existir un concesionario, pues sólo podría serle imputada si hubiera tenido su origen en cláusula impuesta por la Administración que fuera de ineludible cumplimiento, lo cual además está en contradicción con la doctrina jurisprudencial que citábamos con anterioridad. Consecuencia obligada de esta afirmación, es la de que procede la estimación del recurso de apelación interpuesto [...]. Según hemos venido exponiendo concurren en el supuesto enjuiciado los requisitos determinantes de la responsabilidad pretendida, por lo que resulta obligada la estimación del recurso contencioso administrativo, por no ser conforme a derecho la denegación presunta impugnada [...].

En STS de 12 de febrero de 2000 (rec. cas. 3342/1992) se recuerda lo establecido por los artículos 3.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, 223 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, 128.1.3.ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, 137 de su Reglamento, 72.3 del Texto articulado, entonces vigente, de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y 218.3 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/75, de 25 de noviembre, ya que, según tales preceptos, *en los servicios públicos concedidos la indemnización corre a cargo del concesionario, salvo el supuesto contemplado por los mismos en que responde directamente la Administración, la que, aun no siendo ella la responsable, ha de resolver, conforme a los mencionados artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 137 de su Reglamento, tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quien deba pagarla, cuya decisión deja abierta la vía contencioso-administrativa al particular o al concesionario,* y así lo ha declarado repetidamente esta Sala, pudiéndose citar por todas la Sentencia de 9 de mayo de 1989.

Ante la reclamación del propietario de un edificio arruinado por efecto de la rotura de la red municipal de agua potable, el Ayuntamiento demandado, en lugar de desestimar la pretensión indemnizatoria por no considerarse responsable de tal servicio, debió proceder en la forma indicada por los citados artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 137 de su Reglamento, una vez oído por quince días el concesionario permitiéndole aportar los medios de prueba que estimase necesarios y sin perjuicio de la impugnación ante esta jurisdicción de la resolución adoptada, como ha expresado esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 11 de octubre de 1991, 25 de octubre de 1993, 10 de junio de 1995, 8 de marzo de 1997 y 3 de mayo de 1999 (recurso de casación 349/95, fundamento jurídico tercero), razón por la cual el recurso de apelación fue estimado.

Antes de examinar el fondo de la cuestión la sentencia se pronuncia acerca de si se puede declarar la responsabilidad de la entidad concesionaria del aludido servicio público, al no haber sido emplazada como codemandada en el proceso seguido en primera instancia a pesar de las

reiteradas peticiones que al respecto formuló la representación procesal del demandante, quien solicitó expresamente la condena de aquélla.

El defecto en que incurrió la Sala de primera instancia, al negarse a emplazar a la entidad concesionaria del servicio público, fue subsanado en la segunda, en la que se le emplazó en calidad de codemandada mediante la entrega de todos los escritos de alegaciones presentados por las partes en ambas instancias y, una vez comparecida como tal, se le dio traslado de las actuaciones y del expediente administrativo para que, en el término de veinte días, presentase por escrito sus propias alegaciones, lo que llevó a cabo oportunamente, de manera que ha quedado a salvo el principio de contradicción, lo que permite conservar el proceso y evitar la nulidad de lo actuado, según lo dispuesto concordadamente en los artículos 240.2 y 242.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, especialmente cuando sería esta misma Sala del Tribunal Supremo la que, en cualquier caso, habría de conocer el litigio en plenitud en la segunda instancia, y, por consiguiente, no sólo no se ha causado indefensión a la referida entidad beneficiaria sino que tampoco se ha desconocido su derecho al juez predeterminado por la Ley, y así lo ha declarado la jurisprudencia consolidada, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de 3 de abril de 1993, 1 de octubre de 1994, 15 de junio de 1996, 28 de febrero y 28 de diciembre de 1998 y 17 de mayo de 1999, razón por la que debemos examinar la pretensión del demandante y ahora apelante, que se circunscribe a la declaración de responsabilidad patrimonial para el Ayuntamiento demandado o la entidad concesionaria codemandada. 'De los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo*' en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, que nadie ha combatido, pues la concesionaria demandada se ha limitado en esta instancia a sostener la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer de la demanda formulada contra ella, se deduce claramente que la situación de ruina inminente del edificio, propiedad del demandante, fue debida a la rotura de la red de agua potable del municipio, cuya explotación estaba concedida a la entidad Técnicas de Depuración, S.A. (TEDESA) con una cláusula relativa a la conservación de las instalaciones y saneamiento a cargo de ésta, quien resultaba directamente responsable en relación a terceros de los daños personales y materiales causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios gestionados (cláusulas sexta y octava).

De los referidos hechos y de lo dispuesto concordadamente por los ya citados artículos 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, 223 del

Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, 128.1.3.ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, 72.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y 218.3 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, *se deriva la responsabilidad extracontractual de la entidad concesionaria del servicio público de suministro de agua y alcantarillado, ya que los daños y perjuicios causados no tuvieron su origen en cláusula alguna, de ineludible cumplimiento, impuesta por la Administración a la concesionaria ni fueron consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, sino que derivaron de una incorrecta conservación de la red de agua potable del municipio.*

Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización, el demandante la ha cifrado en el coste de reposición de una vivienda como la demolida y en los gastos originados por el traslado, ocupación de otra vivienda en régimen de arrendamiento y retorno a la nueva vivienda que se construya.

En cuanto al primer concepto, ya reclamado en vía previa, se aportó el informe de un arquitecto técnico, que valora, el día seis de octubre de 1988, la demolición y subsiguiente construcción de otro edificio de características similares en once millones ciento noventa y ocho mil cuatrocientas ochenta pesetas, en cuya cantidad se incluyen las partidas de presupuesto de la contrata, de proyecto y dirección de la obra, visados, impuestos y licencia municipal, singularmente desglosados.

Los demás conceptos reclamados se difieren para su cálculo por el recurrente a la fase de ejecución de sentencia [...]. Si como consecuencia de la rotura de la cañería de abastecimiento de agua potable a la población se ha causado la ruina de un edificio, siendo precisa su demolición, la reposición del mismo constituye la forma más adecuada para reparar cumplidamente el daño material sufrido, de manera que, al haberse acreditado que en el año 1988 la demolición y su reconstrucción suponía un coste de 11.198.480 pesetas, es necesario, al no haberse abonado entonces tal cantidad, actualizarla hasta el momento de su efectivo pago, lo que cabe llevar a cabo mediante el empleo de los índices especiales de precios al consumo para la construcción, publicados por el Instituto Nacional de Estadística. Ahora bien, de las pruebas periciales practicadas en la primera instancia, se deduce que el edificio, arruinado por efecto de las aguas filtradas desde la red de suministro, presentaba algu-

na deficiencia constructiva y concretamente una carga excesiva debido a una nueva planta levantada sobre la inicialmente existente, lo que, si bien no se ha demostrado que constituyese una concausa de la situación de ruina, producida exclusivamente por efecto de la rotura de la red de abastecimiento de agua, justifica que al precio de reposición deba aplicarse un coeficiente reductor para evitar el enriquecimiento sin causa que supondría sustituir un edificio defectuoso por otro nuevo, y que consideramos razonable fijar en 0,8, resultando así la cifra de ocho millones novecientas cincuenta y ocho mil setecientas ochenta y cuatro pesetas (8.958.784 ptas.), que habrá de actualizarse en la forma antes indicada. Con el pago de tal cantidad no resultaría indemne el propietario del edificio demolido, ya que, al tener en él su vivienda, se vio precisado a trasladarse a otra y, una vez reconstruida la suya, habrá de retornar a ésta, por lo que es de razón que quien sea el responsable de la ruina soporte también estos gastos, que se calcularán en fase de ejecución de sentencia, como se pidió expresamente en la demanda [...].

La actuación del Ayuntamiento demandado, al incumplir el deber que tenía de resolver, en la forma establecida por los artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 137 de su Reglamento y después en sede jurisdiccional alegar que por tratarse de un servicio público concedido no tenía responsabilidad alguna, la cual, en su caso, sería del concesionario, es demostrativa de temeridad, por lo que, según establece el artículo 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción, ha de soportar todas las costas causadas en la primera instancia, cuyo proceso fue provocado por su incorrecta forma de proceder, pues, si tuviese que pagar las suyas el perjudicado compelido a iniciar este pleito para obtener la reparación que le es debida, resultaría gravado con una carga que reduciría la indemnización a que tiene derecho, sin que pueda condenarse a la concesionaria obligada a abonar tal indemnización porque, incorrectamente, no fue emplazada por la Sala de primera instancia, mientras que, al no apreciarse temeridad ni mala fe en las partes comparecidas en esta segunda instancia, no ha lugar a formular expresa condena respecto de las costas producidas en ella en virtud de lo dispuesto en el último precepto citado".

En STS de 5 de junio de 2001 se examina el supuesto de la responsabilidad patrimonial de Autopistas, Concesionaria Española, S.A., consistente en el abono al asegurado de la Compañía aseguradora actora, o bien a esta reclamante una determinada suma, en razón de los daños su-

fridos en un vehículo como consecuencia del choque con unas cajas que ocupaban la calzada de la autopista A-7. La Sala del TS señala que concurren en el supuesto enjuiciado los requisitos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial, habida cuenta que los daños en el vehículo, no discutidos, se produjeron cabalmente como consecuencia directa e inmediata de no encontrarse la calzada libre de obstáculos. Estamos en presencia del funcionamiento de un servicio público y que la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de autopistas de peaje, dispone en el artículo 19 que las "indemnizaciones que procedan en los supuestos de los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (hoy sustituido por los arts. 139 y ss. de la LRJPAC) y 121 de la LEF, serán de cargo del concesionario cuando los daños a que dichos preceptos se refieren sean consecuencia de la explotación del servicio concedido a no ser que sean exclusivamente imputables a cláusulas o medidas impuestas por la Administración después de haber sido adjudicada la concesión".

En STS 26 de marzo de 2001 (Rec. cas. 7190/1996) se aborda la responsabilidad patrimonial derivada de daños ocasionados por concesionario de servicio público municipal. En concreto, se produjo para la demandante un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado por el depósito incontrolado de escombros y materiales de desecho en vertedero municipal.

Ciertamente la Administración sólo responde de los daños efectivamente causados por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización de la actividad administrativa, pues cuando los perjuicios causados a los usuarios o terceros emanan o derivan de la actuación de los concesionarios de servicios públicos, no se imputan a la Administración concedente, salvo que el daño tenga su origen en una cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste –art. 121.2 Ley de Expropiación forzosa–. Por ello *en estos casos la responsabilidad originada es a cargo del concesionario y es administrativa y no civil y se sustancia en el ejercicio de una actividad arbitral por la Administración concedente,* ante la cual dirigirá la reclamación, según preceptúan [preceptuaban] los artículos 123 LEF y 137 de su Reglamento. No obstante, añade la sentencia, en el caso que enjuiciamos, el Tribunal *a quo,* sin desconocer el sistema legal que nuestro Ordenamiento jurídico establece, en orden a la respon-

sabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos en régimen de concesión, ante la imposibilidad de trasladar directamente la responsabilidad al concesionario del servicio público del vertedero de escombros, siguiendo el criterio sustentado por este Tribunal Supremo en sentencia de 28 de mayo de 1980, *imputa a la Administración municipal concedente la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados al tercero, por incumplir aquélla el trámite procedimental exigido* en el artículo 127.b) del Reglamento de Expropiación Forzosa, dejando siempre a salvo el derecho de repetición contra el concesionario. La actitud meramente pasiva de la Administración, al no tramitar la reclamación indemnizatoria de la sociedad mercantil demandante a consecuencia de los daños sufridos por los vertidos incontrolados de escombros ocasionados por la concesionaria del servicio municipal, la entidad perjudicada, para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, tuvo que denunciar la mora a los tres meses de haber formulado su petición, y ante el silencio de aquélla, forzosa y necesariamente tuvo que dirigir su pretensión indemnizatoria contra el Ayuntamiento de Madrid, único sujeto responsable a quien se podía imputar en sede jurisdiccional el daño o perjuicio ocasionado, por concurrir los presupuestos o requisitos determinantes del instituto de la responsabilidad patrimonial, y quedar en todo caso a salvo o indemne el derecho de la Corporación concedente a través de la correspondiente acción de regreso, pues es un hecho declarado como probado por la sentencia impugnada –fundamento jurídico sexto *in fine*– que "no consta que los daños se produjeran después del cierre del vertedero".

Los motivos de casación segundo y tercero esgrimidos en el recurso de casación 3315/1999, que fue resuelto por STS de 30 de octubre de 2003, tenían el mismo fundamento, el alcance del párrafo segundo del artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado.

La sentencia comienza transcribiendo este precepto. Dice así: "Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operacio-

nes que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios del proyecto. Las reclamaciones de los terceros se presentarán en todo caso en el término de un año ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Como dice la Sentencia de 30 de abril de 2001, Recurso 9396/96, esta Sala no desconoce que en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo han venido conviviendo *dos líneas jurisprudenciales* y así lo recuerda la Sentencia de 6 de octubre de 1994: *"Una tesis que es la de la sentencia ahora recurrida, ha entendido que el artículo 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista*. Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al Dictamen de 18 de junio de 1970. *La segunda tesis es la que interpreta el artículo 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista",* tesis que mantienen también las Sentencias, entre otras, de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1995.

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

La recurrente no obstante sostiene la primera de las tesis expuestas y en estos términos está, por tanto, planteado el debate ante nuestra Sala.

Hemos ya anticipado cuál es la interpretación correcta –deducida de su propia redacción literal– del artículo 134 del Reglamento de contratos de 1975, aplicable al caso que nos ocupa. Así las cosas, lo correcto hubiera sido proceder conforme a lo establecido en el párrafo tercero de dicho precepto, que dice: "Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

"Los motivos segundo y tercero en consecuencia, al basarse en otorgar un alcance incorrecto al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en cuanto establece un nuevo supuesto de responsabilidad no previsto en la Ley, que esta Sala rechaza en su más reciente jurisprudencia, deben ser rechazados".

En la STS de 22 de mayo de 2007 (rec. cas. 6510/2003) se contemplan los siguientes hechos: "[...] el local de la actora sufrió daños como consecuencia de las obras de ampliación del Metro, concretamente por la construcción de un pozo de compensación en la c/ Pico Espiguete entre el 27 de abril y el 20 de octubre de 1998, sin que afectara al acceso al supermercado que siempre permaneció abierto".

En el segundo motivo de casación, formulado también al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denunciaba infracción del artículo 98 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, alegando que los actos dañosos han sido causados y reconocidos por la UTE, contratista de la obra, que es responsable de su reparación, con-

cepto que no se reclamó en vía administrativa, por lo que debe operar de forma directa y sin necesidad de acción de repetición lo previsto en el referido artículo 98 de la Ley 13/1995.

Para resolver tal cuestión, dice la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, conviene tener presente lo que disponía el precepto invocado, artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al caso por razones temporales. Y se desprende del mismo que, *frente a la regla general de responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, la responsabilidad de la Administración sólo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista* en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular de la obra y el fin público que se trata de satisfacer, e incluso en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración o vicios del proyecto elaborado por la misma.

El propio precepto, partiendo de esta titularidad administrativa, prevé que los terceros perjudicados se dirijan al órgano contratante, que con audiencia del contratista determina cuál de las partes contratantes ha de responder de los daños, propiciando con ello que el interesado pueda combatir tal determinación o si la acepta ejercitar la acción correspondiente. *En todo caso, la Administración ante el planeamiento del tercero perjudicado, si entiende que la responsabilidad corresponde al contratista, lo remitirá al ejercicio de la acción pertinente contra el mismo y, en otro caso, seguirá el procedimiento establecido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo,* cuyo artículo 1.3 dispone su aplicación "para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legisla-

ción de contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios".

En este caso, ante la solicitud formulada por la entidad perjudicada a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, en la que incluso se hace referencia a la intención de llegar a un acuerdo amistoso, *la Administración, sin efectuar pronunciamiento sobre la parte contratante a la que corresponde la responsabilidad por los daños invocados, procedió a abrir el correspondiente expediente al amparo del referido artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, dictando la resolución desestimatoria que fue objeto de impugnación en la instancia*.

Con tal forma de actuar, la Administración asumió la reclamación como referida a perjuicios causados a terceros de los que se describen en el citado artículo 1.3 del RD 429/1993, a la vez que excluía la remisión del perjudicado al ejercicio de la acción directamente frente al contratista, al no pronunciarse expresamente sobre la parte contratante responsable, con el carácter previo que establece el citado artículo 98 de la Ley 13/1995, de manera que *es la propia actuación administrativa la que determinó que no se reclamara la responsabilidad directamente del contratista* y que, por lo tanto, no operara de forma directa y sin necesidad de repetición lo previsto en el artículo 98 de la Ley 13/1995, como se pretende en este motivo, que en consecuencia debe ser desestimado.

7. La relación de causalidad

Para que exista responsabilidad de la Administración es preciso que exista una relación de causalidad entre el hecho o acto administrativo determinante del daño y este mismo.

La doctrina tradicional e inicialmente mayoritaria era la de exigir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva, de modo que la participación de la víctima o de un tercero en la producción del daño exoneraba a la Administración de cualquier tipo de responsabilidad. Toda-

vía se encuentra este criterio en sentencias relativamente recientes de los años ochenta.

La doctrina tradicional expuesta se rompió en un conocido fallo que admitió la causalidad indirecta, mediata y concurrente. Se trató de la Sentencia de 16 de noviembre de 1974, por la que se condenó al Estado a pagar una elevada indemnización por unas noticias difundidas en Televisión Española, entonces servicio público centralizado regulado por la Ley de Entidades Estatales Autónomas, a raíz de las cuales varios súbditos españoles sufrieron represalias y perjuicios económicos en Guinea Ecuatorial al serles impuestas multas por las autoridades de aquel país.

Una STS de 27 de octubre de 1998 establece los siguientes criterios sobre la relación de causalidad:

> "a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.
>
> b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos– irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
>
> c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor –única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente–, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.
>
> d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia grave de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera

condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia".

En la STS de 7 de abril de 2007 (rec. de cas. 2882/2002) se trata de una reclamación de responsabilidad patrimonial fundamentada en los siguientes presupuestos fácticos: a) Con ocasión de la adopción del acuerdo de la Comisión de Precios del País Vasco de 24 de abril de 1998, finalmente anulado por la sentencia recurrida, el Consorcio recurrente no pudo, para el ejercicio 1998, actualizar sus tarifas en la medida en que propuso para el buen funcionamiento del servicio. b) La prueba practicada en autos ha puesto de manifiesto que se ha producido al Consorcio de Aguas de Bilbao-Vizcaya un perjuicio económico que asciende a 165.438.508 ptas. (994.305,46 €), cantidad en que se cifran los menores ingresos obtenidos durante 1998 por el Consorcio de Aguas de Bilbao-Vizcaya con ocasión de que la Comisión de Precios del País Vasco autorizase un precio de 48 ptas./metro cúbico –frente a las 51 ptas./metro cúbico propuestas por el Consorcio– en la "Tarifa General de la Comarca, Domicilios Particulares, consumos hasta 100 metros cúbicos, precio de cada metro cúbico de más consumido". Ese fue el objeto de la prueba pericial propuesta y practicada en la instancia, cuyos cálculos y apreciaciones no han sido cuestionados por la parte recurrida.

"Es doctrina jurisprudencial reiterada –tanto que exime de citas concretas– que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro sistema –art. 106.2 de la Constitución, desarrollado en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (Título X) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial– queda configurada mediante el acreditamiento de los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad de un daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Existe una tradición normativa muy consolidada que utiliza la expresión 'los particulares' como sujeto pasivo y receptor de los daños y que el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 mantiene. Pero en criterios de buena hermenéutica jurídica debe incluirse en la misma no sólo a los sujetos privados sino también a los sujetos públicos, cuando éstos se

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

consideren lesionados por la actividad de otra Administración Pública, pudiendo comprenderse dentro de aquéllos a las corporaciones o entidades locales (Sentencias de 8 de febrero de 1964 y 24 de febrero de 1994).

b) Que la lesión sea antijurídica, antijuridicidad que se dará porque sea contraria a Derecho la conducta que la motiva o porque el sujeto que la sufre no tenga el deber jurídico de soportar.

c) Que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

d) Que la lesión no sea consecuencia de un caso de fuerza mayor".

El artículo 142.4 de la Ley 30/1992 establece que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no presupone derecho a indemnización. Pero del mismo precepto se desprende inequívocamente que cuando la ejecución del acto anulado da lugar a un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizable en relación a una persona o grupo de personas, tal y como exige el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, da lugar a indemnización.

No se consagra, pues, un principio de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino que, por el contrario, se establece la posibilidad de que tal anulación, de acuerdo con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea presupuesto inicial u originario para que tal responsabilidad pueda nacer siempre que concurran los requisitos para ello: que la lesión exista, que el daño sea imputable a la Administración y que, por añadidura, el acto o actuación resulte ilegal.

Es presupuesto de la responsabilidad de la Administración que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que en dicha relación de causa a efecto intervenga la conducta culposa del perjudicado. Cuando la interferencia del perjudicado o de un tercero no es tan intensa como para romper el nexo causal, aunque no exonera a la Administración, atempera su responsabilidad, reduciendo el

montante de la indemnización. La culpa del perjudicado puede, pues, interrumpir el nexo de causalidad, o bien imponer una moderación de la cifra indemnizatoria. En estos supuestos cabe hablar de una concurrencia de concausas que imponen criterios de compensación (asumiendo, en teoría, cada parte lo que corresponde) o atemperar la indemnización a las circunstancias del caso examinado. La concurrencia de causas diferentes en la producción de un resultado dañoso (unas imputables a la Administración y otras a conductas ajenas) debe valorarse para atemperar o moderar equitativamente la cuantía de la reparación o indemnización.

De nada serviría en este caso anular el acuerdo combatido de la Comisión de Precios para restablecer el orden jurídico perturbado si no va seguido de la indemnización de los daños y perjuicios derivados directamente de tal acuerdo, declarado nulo en la instancia por actuar el órgano que lo dictó fuera del marco de su competencia. Es, pues, la Administración autonómica vasca, en la que se integra la Comisión de Precios, la que, al dictar un acto para el que no era competente y que se tradujo, en la práctica, en una limitación de ingresos que provocó un problema presupuestario al ente local titular del servicio, debe pechar con los perjuicios económicos que se hayan derivado del acto anulado y de los menores ingresos consecuentemente obtenidos por el Consorcio durante 1998 y primer trimestre de 1999, cuantificados, como se ha dicho, en 165.438.508 ptas. (994.305,46 €).

Ahora bien, la Sala entiende que debe moderarse equitativamente la cuantía de la reparación o indemnización pretendida en base a las siguientes circunstancias concurrentes en el caso examinado:

a) El Consorcio recurrente no ha cuestionado que las prestaciones patrimoniales de carácter público que acuerda el referido Consorcio no están sujetas a la intervención o autorización de la Comisión de Precios de la Administración autonómica. Resulta, así, sorprendente que, habida cuenta de la naturaleza jurídica del Consorcio como Entidad Local y de los medios de que dispone, solicitara la autorización a un órgano autonómico que ejerce la política de precios para remunerar a quien en régimen de derecho privado presta el servicio sin utilizar el cauce de la normativa reglamentaria local correspondiente.

b) Debe estimarse que la resolución de la Comisión de precios fue adoptada de conformidad a lo dispuesto en la Orden de 21 de septiembre

de 1998 y dentro del plazo previsto, por lo que ningún perjuicio podría estimarse en base a una supuesta tardanza en la resolución.

c) El acuerdo combatido de la Comisión de precios razonó debidamente los motivos por los cuales no accedió a la solicitud de revisión de tarifas del Consorcio para la red secundaria. El incremento que se solicitaba era, exactamente, del 10,48% según el Informe pericial aportado en período probatorio en la instancia. La Comisión de Precios consideró que la subida de tarifas propuesta por el Consorcio de Aguas, en cuanto al consumo doméstico se refiere, era muy superior al objetivo de crecimiento de precios previsto para el año 1998. La subida de tarifas para el consumo doméstico influía en el incremento general medio de las tarifas solicitadas y, a la vista de los datos disponibles, incrementaría los ingresos totales en una cuantía muy superior al objetivo de crecimiento de precios previsto para el año 1998.

Consideraba, además, que el presupuesto de gastos previsto en la red secundaria para el año 1998 registraba un incremento inferior al de los ingresos totales alcanzados con las tarifas solicitadas para ese ejercicio. Por ello, la subida aprobada contribuiría a reducir el déficit actual, dado el diferencial entre el incremento previsto en los gastos y el aumento medio ponderado superior de la tarifa aprobada.

En la actualidad, la relación de causalidad no se rompe por la coparticipación de la víctima, salvo dolo o negligencia grave de ésta, o de un tercero en la producción del daño, de modo que la Administración indemniza por entero, aunque la causa del daño no sea exclusivamente atribuible al funcionamiento de los servicios públicos. No obstante, dentro de esta nueva línea jurisprudencial, el mantenimiento del nexo causal para hacer derivar la indemnización a la Administración está más generalizado cuando con la Administración concurre la acción de un tercero que cuando en la producción del daño participa la víctima, excepto, quizá, si se trata en este último caso de daños producidos por disparos de las fuerzas de seguridad y orden público. En estos casos el TS realiza una ponderación de la actividad policial, de modo que si esta actuación fue ilegal, incorrecta, excesiva, imprudente o desproporcionada no exonera a la Administración la conducta, incluso ilegal, del dañado, con la conclusión indemnizatoria, aunque la existencia de la mencionada causa concurrente puede matizar la cuantía.

El concurso de causas justifica en estos casos el reparto de la indemnización en la proporción correspondiente.

Cuando la víctima no ha participado en la producción del daño, pero existe una concurrencia de causas, la consideración de la existencia de un vínculo de solidaridad entre los coautores permite al dañado exigir la totalidad de la indemnización a la Administración, sin perjuicio de que ésta se resarza luego en la proporción que corresponda.

La LRJPAC contempla expresamente el supuesto de la responsabilidad por la actividad concurrente de más de una Administración adoptando el criterio de la solidaridad. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas se deriven responsabilidades en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán en forma solidaria (art. 140 LRJPAC).

En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones Públicas en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración Pública atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

La relación de causalidad se rompe y, por consiguiente, no procede la indemnización, en los casos de fuerza mayor. No así en los de caso fortuito, que sí da lugar a indemnización. La diferencia entre los dos conceptos está en que, aunque ambos apelan a un evento indeterminable e impredecible, el caso fortuito se refiere a un suceso interno al servicio de que se trate, en tanto que la fuerza mayor se entiende como algo exterior y ajeno al servicio (un rayo, un temporal o una inundación excepcional...).

En cuanto a la fuerza mayor, la jurisprudencia más reciente exige que el acontecimiento que la constituya no sólo sea previsible e inevitable, sino también extraño o externo a la organización del servicio o actividad administrativa.

Una STS de 16 de febrero de 1999[12] señala que la fuerza mayor, como tantas veces se ha declarado, no sólo exige que obedezca a un

[12] La hija de los recurrentes, a la sazón con diez años, alumna del Colegio Público "Antoni Balmanya", el 4 de abril de 1991, cuando se encontraba en el recreo escolar jugando con otras niñas recibió un golpe en el ojo derecho con la pelota maciza de tres centímetros de

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente (Sentencias, entre otras, de 26 de febrero de 1998, recurso de apelación número 4587/1991; 6 de febrero de 1996, recurso número 13862/1991; 18 de diciembre de 1995, recurso número 824/1993; 30 de septiembre de 1995, recurso número 675/1993; 11 de septiembre de 1995, recurso número 1362/1990; 11 de julio de 1995, recurso número 303/1993; 3 de noviembre de 1988, 10 de noviembre de 1987 y 4 de marzo de 1983).

8. Criterios de reparación. La reparación integral

Una de las notas del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es que cubra íntegramente el daño efectivamente producido.

No obstante, la determinación de la extensión y alcance de la reparación se fija por los Tribunales en función de los elementos probatorios aportados; hay daños de muy difícil probanza donde se imponen casuísticamente presunciones estimativas y en la valoración de los daños no patrimoniales y morales se utilizan siempre criterios convencionales.

La reparación integral supone la necesidad de pagar un valor de reposición o sustitución. Así, por ejemplo, en el caso de la demolición de un edificio consistirá en la cantidad necesaria para la edificación del demolido inmueble con características semejantes en categoría, superficie, servicios y situación, según un criterio realista y ajustado a las circunstancias de lugar, tiempo y tipo de construcción (ATS de 3 de febrero de 1984).

---

diámetro con que se encontraba jugando, tuvo que ser operada en varias ocasiones por desprendimiento de retina, una de ellas con lensectomía, persistiendo el desprendimiento y proliferación vitreoretiniana, no siendo susceptible de tratamiento, siendo la agudeza del ojo derecho cero y observándose además ptosis palpebral derecha (estrabismo divergente) secundaria a su aneurosis (ceguera), de acuerdo con el dictamen pericial médico.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada y condenó a la misma a indemnizar a los recurrentes, como legales representantes de su hija menor, en la cantidad de 20.000.000 de ptas. (120.202,42 €).

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Generalidad de Cataluña es desestimado por el Tribunal Supremo.

La indemnización cubre tanto el daño emergente como el lucro cesante, si bien en relación con éste existe una especial dificultad de prueba que hace que el Tribunal realice una ponderación alzada que suele calificarse de "ponderada" o "prudencial".

Hasta la LRJPAC no existía en nuestro ordenamiento precepto alguno que regulara los criterios a manejar en el cálculo de la indemnización, salvo el artículo 134.3 REF que remitía para la valoración, en lo posible, a los criterios de valoración utilizados por la LEF. Ahora el artículo 141.2 alude a unos criterios genéricos para calcular la indemnización: la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. Pero la generalidad del enunciado no supone realmente una novedad, salvo la referencia a los criterios de mercado.

Con carácter general, cuando la imputación es por culpa o negligencia, es decir, por un funcionamiento anormal de los servicios, los Tribunales son más proclives a aumentar la indemnización y a admitir el lucro cesante. Y cuando la víctima contribuyó al resultado dañoso y se admite en la relación de causalidad la concurrencia de causas se disminuye la indemnización en la proporción debida.

En el caso de daños materiales, la prueba de la cuantía o la determinación de las bases o criterios necesarios para fijarla es decisiva. El artículo 6 del RD 429/1993, de 26 de marzo, dispone que en la reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la relación de causalidad y evaluación económica de la responsabilidad si fuera posible, acompañando cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante.

El artículo 9 del mismo Reglamento prevé un período de prueba en el expediente indemnizatorio que puede referirse tanto a los hechos como a la propia valoración del daño. Dichos medios de prueba pueden ser cualquiera de los habituales en la práctica jurídica, pero puede decirse que los dictámenes de peritos y expertos, la remisión a criterios tributarios, la remisión a supuestos análogos en vía expropiatoria o por relación a los del tráfico privado son elementos a considerar.

Más complicada es la determinación de la reparación en el caso de lesiones corporales, muerte o daños morales. En relación con estos últimos, pudiera bastar una condena simbólica, pero ello no suele suceder en la práctica de nuestros Tribunales, en la que se fijan cuantías estimativas, sin que de ellas se pueda deducir un criterio rector.

El daño moral aparece con frecuencia mezclado y globalizado junto con los daños estrictamente patrimoniales. Incluso los Tribunales tratan de traducir o convertir el daño moral en un criterio de orden patrimonial. Así, en las conocidas SSTS de 12 de marzo de 1975 de los "novios de Granada" y de 26 de septiembre de 1977 sobre la caída de un árbol en un automóvil causante de la muerte de un feto a que se ha hecho referencia.

Daños morales puros se contemplan en una Sentencia de 23 de septiembre de 1992: producido el derrumbamiento de un pabellón del cementerio municipal no es posible identificar al hermano fallecido de la reclamante y la indemnización se fija por el trauma psicológico derivado de las sucesivas identificaciones que tuvo que realizar la actora.

Por lo que respecta a la vida, la dificultad de deducir pautas deriva del hecho de que no es habitual desagregar los conceptos indemnizatorios, que se suelen fijar muchas veces de manera global, incluyendo conjuntamente auténticos daños patrimoniales y los más imprecisos daños morales. Las referencias jurisprudenciales aluden a criterios de la jurisprudencia civil o penal, mencionándose la situación laboral de la víctima, su edad, sus circunstancias profesionales y económicas y sus cargas familiares. Las indemnizaciones son muy variables, aunque puede decirse que han aumentado considerablemente en los últimos años.

En relación con las lesiones y secuelas, se indemnizan los gastos de curación, los salarios no devengados y las secuelas en la medida en que pueden impedir a la víctima su trabajo habitual y sus obligaciones familiares. Se utilizan también fórmulas concretas para llegar a una cifra global como la capitalización al interés legal de la diferencia entre los ingresos anuales que resulte de restar al salario de la víctima la pensión concedida por la Seguridad Social; pensión compatible, como regla general, con la indemnización debida en vía de responsabilidad. Otra técnica es calcular dicha diferencia anual y multiplicarla por el número de años que le quedaran a la víctima para jubilarse.

También se ha intentado fijar un baremo concreto como los que existen en el ámbito de la Seguridad Social o las tablas indemnizatorias que se aplican a las compañías de seguros.

Una STS de 21 de abril de 1998 señala que la aplicación de las reglas de tasación legal de los daños corporales contenidas en el anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor es orientativa por no ser directamente aplicables a los supuestos de responsabilidad de la Administración.

La indemnización es en dinero y, normalmente, consiste en una cantidad fija, pero el artículo 141.4 LRJPAC dispone que la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

En los supuestos de desfase temporal entre la fecha de la lesión y la de la sentencia condenatoria, la solución tradicional es la condena al pago de intereses sobre la cantidad que supone la indemnización. Pero, partiendo de que se trata de una deuda de valor y no de cantidad, cabía apuntar a la retasación en el seno del propio proceso. El artículo 141.3 LRJPAC dispone que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y los intereses que procedan por la demora en el pago de la indemnización, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

La previsión legal supone la actualización de la indemnización al momento de su fijación definitiva en vía administrativa –y, hay que entender, jurisdiccional–, corrigiendo el criterio restrictivo de la primitiva redacción del precepto. Tiene, sin embargo, el inconveniente de que sólo recoge uno de los métodos de actualización consagrado por la jurisprudencia, omitiendo los demás –abono de intereses desde la fecha del hecho dañoso y cómputo de la indemnización directamente con criterios aplicables al momento de su fijación y no de producción del hecho dañoso.

9. La acción de responsabilidad. Jurisdicción competente para la exigencia de la responsabilidad patrimonial

9.1. Vía administrativa y recurso contencioso-administrativo

La Ley parece articular una única vía o procedimiento, con independencia de que la responsabilidad derive de un hecho o de un acto administrativo.

Según el artículo 142.1 LRJPAC, los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pueden iniciarse de oficio o por reclamación de los interesados. Si se trata de este segundo supuesto, el procedimiento comienza con una petición al Ministro respectivo, órgano competente de la Comunidad o de la entidad local de que se trate, especificando las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad, la evaluación económica si fuera posible y el momento en que la lesión se produjo, acompañando a la reclamación cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos, la proposición de prueba que se considere conveniente y la concreción de los medios de prueba de que pretenda valerse.

A partir de este momento, el RD 429/1993 prevé una tramitación que incluye la práctica de las pruebas, la evaluación de informes, audiencia del interesado, dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, cuando sea preceptivo y, por último, la resolución. En cualquier momento cabe la finalización convencional del procedimiento mediante acuerdo con el reclamante; acuerdo que puede versar sobre la cuantía indemnizatoria y el modo de satisfacerla, pero no sobre la existencia de responsabilidad o la relación de causalidad.

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resuelven por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una ley así lo dispone, por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de la LRJPAC.

Si recae resolución expresa, ésta agota la vía administrativa y será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si no recayere resolución expresa en el plazo de seis meses desde que se inició el pro-

cedimiento o el que resulte en su caso de añadirles un período extraordinario de prueba se podrá, asimismo, entender desestimada la solicitud de la indemnización a efectos de interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, con aplicación del nuevo régimen de los artículos 43 y 44 LRJPAC.

El plazo para iniciar la reclamación prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (art. 142.5 LRJPAC); plazo que sólo cede en tres supuestos: en caso de daños personales de carácter físico o psíquico, en los que dicho plazo de prescripción comienza a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas; cuando el daño proceda de actos, supuesto en el que el plazo comienza al año de haberse dictado la Sentencia definitiva –teniendo en cuenta que la simple anulación de un acto administrativo no presupone derecho a la indemnización–, y cuando la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, pero sólo en este hipotético supuesto, porque en los demás la intervención de los tribunales penales, si ha mediado delito de un funcionario, no interrumpe el plazo de prescripción para iniciar la reclamación.

Según este planteamiento, la única diferencia entre los supuestos en que la lesión procede de un hecho o de un acto estaría en el plazo para iniciar el procedimiento administrativo de la reclamación: desde los hechos o desde la Sentencia anulatoria del acto.

Ahora bien, el procedimiento descrito no es obligatorio cuando la lesión procede de un acto, ya que cabe también la opción de anudar a la pretensión anulatoria del acto en el recurso inicial la adicional pretensión de la indemnización.

La LRJPAC prevé también un procedimiento abreviado que el órgano competente podrá seguir cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y la cuantía de la indemnización. El plazo de resolución en este caso es de treinta días, transcurridos los cuales podrá entenderse desestimada la solicitud.

El procedimiento descrito es igualmente aplicable a los casos en los que las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho priva-

do, según los artículos 144 y 142.6 LRJPAC, que tienen como colorario la unificación del régimen procesal.

En adelante no hay dualidad jurisdiccional, sino únicamente la contencioso-administrativa cuando de la actividad de la Administración se trata.

9.2. Unidad de fuero

La reinstauración por la LRJPAC de la unidad jurisdiccional en favor de los Tribunales Contencioso-administrativos fue el argumento esencial en que se fundamentó el conocido auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 para decidir en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a los tribunales del orden social, la competencia para conocer de las cuestiones de responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por los daños derivados de una negligente o defectuosa asistencia sanitaria a los beneficiarios de dicha prestación de la Seguridad Social. No obstante, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida en Sala General, decidió por mayoría, con cinco magistrados discrepantes, en la Sentencia de 10 de julio de 1995, no aceptar el criterio de la Sala de Conflictos y mantener para las referidas cuestiones la competencia de la jurisdicción social (en el mismo sentido las de la Sala Cuarta de 14 y 16 de octubre de 1996).

Los artículos 2.e) de la Ley de la Jurisdicción de 1998 y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial supusieron el establecimiento de una *vis atractiva* a favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para el conocimiento de las pretensiones deducidas en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que fuera la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive.

Según la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo dicha competencia se extiende, incluso, a los supuestos en que en la producción del daño concurren sujetos privados, si el demandante deduce también frente a ellos su pretensión. Esto es, cuando se produce una convergencia eventual de la acción del particular y del funcionamiento del servicio público.

Sin embargo, se suscitaban dudas en relación con las aseguradoras de las Administraciones Públicas. Un Auto de 27 de diciembre de 2001 de dicha Sala Especial declaró la competencia de la Jurisdicción Civil en ca-

sos de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se ejercitase una acción directa contra una compañía aseguradora.

En el caso resuelto por dicho auto comparece en el proceso una aseguradora no por haber concurrido a la producción del daño, sino como contratante de una póliza de seguro, en virtud de la cual y conforme al artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, Ley 50/1980, de 8 de octubre: El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

Según la Jurisprudencia, la acción directa contra la compañía aseguradora tiene su origen en el contrato de seguro, siendo la obligación de pago de la compañía la misma (salvo las excepciones que establece el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro) que correspondería a quien contrató la póliza por los daños y perjuicios causados. Por consiguiente, la posición procesal, en calidad de codemandadas y por tanto obligadas al pago de la eventual indemnización de la Administración y aseguradora, refuerzan las expectativas del ciudadano reclamante, dando mayor efectividad a la tutela judicial, en los términos del artículo 24.1 CE.

El mencionado auto de la Sala de Conflictos de 27 de diciembre de 2001 manifestaba:

> "Dicha opción, esto es, la posibilidad de demandar conjuntamente al agente causante del daño, en este caso una Administración Pública y la compañía aseguradora del riesgo, contemplada en el ordenamiento jurídico como una garantía de los ciudadanos ante el incremento y gravedad de los riesgos que origina la convivencia, no puede ser desconocida por las normas procesales, obstaculizando *de facto* un derecho que le concede la norma.
>
> Sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso administrativo, dada su naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, lo razonable, mientras la ley no recoja, como ha hecho con los concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este

supuesto, la tradicional y ya clásica *vis atractiva* de la Jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9.2 LOPJ, cuando establece: 'Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que les sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional'.

En caso contrario se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso-administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término un debilitamiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva".

El mencionado auto dejaba clara la competencia de la jurisdicción civil cuando se ejercitaba la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro contra la aseguradora de un ente administrativo y contra éste conjuntamente.

Sin embargo, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dio al artículo 2.e) LJCA la siguiente redacción: El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con [...] e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

Se quiso, así, terminar con los conflictos de competencias que podían suscitarse entre las Jurisdicciones Civil o social y Contencioso-Administrativa. Pero la nueva redacción del precepto se refiere sólo a los supuestos en los que las demandas por responsabilidad patrimonial de la Administración se dirijan contra el ente administrativo y además contra su aseguradora, pero deja sin regular el supuesto en que la acción se dirija exclusivamente contra dicha compañía aseguradora, tal como lo permite el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro. Puede entenderse que en este supuesto, en que la acción se dirige sólo contra la compañía asegura-

dora y no contra la Administración Pública, sigue siendo competente la Jurisdicción Civil.

En este sentido se ha pronunciado un Auto de 18 de octubre de 2004 de la Sala Especial de Conflictos de Competencias, que resuelve a favor del orden jurisdiccional civil. Es cierto que tiene en cuenta que cuando se presentó la demanda, que determina la fijación de la competencia en virtud del principio *perpetuatio iurisdictionis*, no había entrado en vigor la reforma de la LO 19/2003, pero añade que incluso ésta no variaría la solución dada por cuanto que "el atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, se refiere al supuesto en que reclame contra aquella junto a la Administración respectiva, lo que excluye el supuesto de haberse demandando únicamente a la compañía de seguros".

De esta doctrina puede deducirse que tanto en los casos anteriores a la LO 19/2003, de 23 de diciembre, como en los posteriores, si se ejercita la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, exclusivamente contra la aseguradora de la Administración, la única jurisdicción competente sería la civil.

9.3. Responsabilidad subsidiaria en los delitos dolosos y culposos de autoridades y funcionarios. Acción de regreso

El artículo 121 CP dispone que "El Estado, la Comunidad autónoma, la provincia, la isla o el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos y culposos cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las reglas del procedimiento administrativo, y sin que en ningún caso pueda darse duplicidad indemnizatoria".

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pre-

tensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

La norma se refiere sólo a los delitos dolosos o culposos y no a las faltas, lo que puede hacer pensar que se niega a los tribunales penales la competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración cuando haya sido sólo una falta lo cometido por la autoridad, agente, contratado o funcionario público. Si se tiene en cuenta que son sólo faltas las muertes o lesiones causadas por imprudencia leve resulta clara la importancia práctica de la cuestión. Algún autor (Pantaleón Prieto) ha puesto de relieve el hecho de que la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el asunto del caso de aceite de colza condenó por falta a un funcionario de aduanas con lo que se generó la competencia del Tribunal penal para pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado.

En relación con la acción de regreso, el artículo 145.2 LRJPAC dispone que la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

El artículo 21 del RD 429/1993, de 26 de marzo, regula este procedimiento. Pero en la práctica se trata más de una posibilidad teórica que real, dado que la Administración no la suele utilizar a pesar de que el TS, al condenar a la Administración a la indemnización, señala esta posibilidad.

10. Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actuaciones policiales

No es frecuente que la jurisprudencia se pronuncie sobre la posible imputación de un daño al funcionamiento normal de las fuerzas de policía. Una Sentencia de 8 de junio de 1988 aludía a ella, pero el supuesto se

resolvió por la falta de imputación del daño a la acción policial porque el moral pretendidamente ocasionado por una detención que presenciaron terceros y por las consecuencias mismas de esta detención no trajo causa en el funcionamiento del servicio que el Tribunal Supremo calificó de normal sino en la denuncia falsa de quien puso en marcha a aquél. Frente a la justamente denunciada carencia de pautas legales conforme a las que valorar en cada caso si el funcionamiento de un servicio administrativo ha sido anormal o no, en materia de policía la situación es la inversa.

Como regla general, si la policía ocasiona algún daño resarcible lo será porque su funcionamiento no ha sido normal, no ha observado los estándares normativos de su actuación, los principios básicos de ésta contenidos en el artículo 5 de la LO 2/1986, de 13 de marzo (LOFCS).

En la jurisprudencia, cuando se habla del funcionamiento anormal de las fuerzas de seguridad se alude por lo general a comportamientos que de una u otra manera infringen los principios básicos de aquéllas contenidos en el citado artículo 5 (también en la más antigua Orden Ministerial de 1981 ya derogada).

El criterio fundamental, a partir de la importante Sentencia de 18 de enero de 1982, ha sido el principio de proporcionalidad. La falta de proporcionalidad en la respuesta policial constituye un funcionamiento anormal del servicio capaz de enervar la eficacia interruptiva del nexo causal a menudo atribuida a la conducta antijurídica de la víctima.

Con independencia de la relevancia penal de la conducta policial desproporcionada, ésta es, por definición, constitutiva de un funcionamiento anormal.

El funcionamiento anormal se produce también como consecuencia de omisiones o no actuaciones policiales como lo demuestra la Sentencia de 28 de octubre de 1986 que no tuvo en cuenta la concurrencia del hecho de terceros, dado que si bien la policía no actuó para evitar una contramanifestación sabiendo que ésta podía producirse, los daños los provocaron los contramanifestantes, que sólo después de ocasionarlos fueron dispersados por la policía. En todo caso la no actuación de la policía es representativa de un funcionamiento anormal.

Quizás donde más lejos se ha llegado con motivo de omisiones policiales ha sido en la Sentencia de 31 de enero de 1996, que tiene en su base fáctica el atentado terrorista contra Hipercor de Barcelona en julio

de 1987. El daño lo produjeron los terroristas, pero se tiende una relación causal entre la no adopción por la policía de ciertas medidas (evacuación del edificio, intervención del servicio de desactivación de explosivos) y los daños producidos, motivo por el cual se condena a la Administración a abonar al recurrente una indemnización compatible con el resarcimiento por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

11. Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público

Resulta plenamente aplicable al ámbito sanitario público el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Constitución y de la LRJPAC, y cae dentro del ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. A pesar de ello la jurisprudencia de la Sala Primera (de lo civil) del Tribunal Supremo ha venido afirmando la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las reclamaciones presentadas frente a la Administración por daños ocasionados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios. Así la Sentencia de dicha Sala Primera de 26 de diciembre de 1995 ha señalado que "la conjunta demanda de la Administración con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, pues, siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico". Doctrina que fue aceptada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Sentencias de 21 de diciembre de 1993, 21 de marzo y 4 de abril de 1994 y 22 de diciembre de 1995), aunque excluidos los supuestos en que el particular (o el funcionario) condenado figura incorporado a la esfera del servicio público. Una Sentencia de 31 de octubre de 1995 señala que la *vis atractiva* de la jurisdicción civil sobre pretensiones indemnizatorias frente a la Administración Pública codemandada con un sujeto privado sólo procede cuando se constate *ex post facto* que éste ha sido efectivamente responsable del daño causado, ya que sólo en dicho supuesto podrá existir verdadera solidaridad entre el particular y la Administración codemandados, procediendo en caso contrario la absolución de la Administración en la instancia por falta de jurisdicción.

La jurisdicción social, como hemos señalado, también ha puesto en cuestión la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y ha afirmado la suya propia para conocer de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas por los beneficiarios de la Seguridad Social por los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en los centros de la misma.

A pesar de ello parece que la actividad asistencial del INSALUD y de los entes autonómicos correspondientes encaja dentro del concepto de servicio público utilizado por nuestro Derecho para configurar el ámbito de aplicación de las reglas sustantivas y procedimentales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Y la Sala de lo Contencioso-administrativo asume con naturalidad la competencia en materia de responsabilidad por servicios sanitarios cualesquiera que sea la entidad titular del centro sanitario: centros de Diputaciones Provinciales, Hospitales Militares, del INSALUD, etc.

Para que proceda la indemnización en el ámbito sanitario público, la jurisprudencia ha formulado las siguientes precisiones:

A) Los daños producidos en este ámbito son daños personales o corporales, es decir daños a la salud, integridad física e incluso a la propia vida.

B) Las acciones concretas que en el ámbito sanitario pueden producir el daño que genera la obligación de indemnizar son muy variadas, según acredita la casuística jurisprudencial: así, lesiones derivadas de una intervención quirúrgica; invalidez por ingestión de medicamento contraindicado, agravamiento y muerte de un paciente como consecuencia de un acto médico, lesiones ocasionadas a un interno en un establecimiento psiquiátrico por el personal enfermero al tratar de reducirle, etc.

C) No se exige la concurrencia de actuación negligente de alguno de los médicos o del personal que ha prestado su atención al paciente, viniéndose con ello a separar el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria con respecto a la cuestión de la responsabilidad civil o penal de los profesionales que presentan sus servicios en la Sanidad pública.

D) La imposibilidad de evitar el daño según el estado de conocimiento sobre el virus de la hepatitis excluye la antijuridicidad y por tanto el deber de indemnizar (art. 141.1 LRJPAC).

a) Una cosa es el estado de la legislación y otra bien diferente el estado de conocimiento o de la técnica. No basta a la Administración con argumentar que en el momento de la transfusión no era legalmente exigible un determinado análisis.

b) Corresponde a la Administración probar que el estado de conocimiento o de la técnica no impedía el resultado, salvo que fuera un hecho notorio.

c) Según informe obrante en autos en mayo de 1988, se notificó la clonación del virus de la Hepatitis C si bien no se publica la patente en el Boletín de la Organización Mundial de la Salud hasta el 1 de junio de 1989, siendo en este año, en fecha no mejor especificada, cuando se empezó a determinar los anti-VHC mediante pruebas de inmuno observancia enzimática, si bien, hasta octubre de 1989 no se publicaron en la revista *Science* los trabajos que permitieron el reconocimiento serológico del virus C de la Hepatitis y hasta el inicio de 1990 no se dispuso comercialmente de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus.

Consecuentemente, la imposibilidad de detectar el virus en la fecha de la transfusión determina que el daño causado al recurrente no sea antijurídico y por tanto aquél venga obligado a soportarlo.

E) Los problemas más difíciles se plantean en torno a los requisitos de imputación a la Administración y de relación de causalidad entre el resultado y la actividad administrativa.

A propósito de las actuaciones específicamente médico-asistenciales se observa un tratamiento flexible del requisito de causalidad:

a) En STS de 22 de noviembre de 1991 se enjuició un supuesto en el que había administrado a un paciente una vacuna contra la rabia en un centro de la Seguridad Social y posteriormente se le recetó en otro centro también dependiente del INSALUD otro medicamento contraindicado que le produjo una lesión consistente en una gran invalidez irreversible. La concurrencia del requisito de la causalidad, aunque quizás no directa, de que la lesión se produjese consistió en la omisión del deber de advertencia por parte de los servicios sanitarios de que la vacuna contra la rabia tenía unas contraindicaciones determinadas.

b) En una STS de 29 de julio de 1986 se señala que en ocasiones no puede ser exigida con plenitud incuestionable el nexo causal que al pro-

pio Tribunal suscita dudas: no puede decirse que las deficiencias en el funcionamiento del hospital fueran la causa única del resultado, pues incluso pudieron ser irrelevantes, dada la extrema gravedad del esposo de la actora al ser hospitalizado, pero considera decisivo para pronunciarse a favor de la responsabilidad el hecho de que las deficiencias en el funcionamiento del servicio fueran "de por sí aptas para la producción del resultado lesivo cuya reparación se pretende".

c) La Sentencia de 14 de junio de 1991, relativa a unas lesiones consecuencia de una intervención quirúrgica, el Tribunal aprecia la concurrencia de concausas relevantes en la producción del daño –además de la intervención quirúrgica realizada en un hospital del INSALUD, que motiva la reclamación de indemnización, el propio estado de gravedad del paciente al ingresar en el hospital, así como las complicaciones que se presentaron con posterioridad a dicha intervención y que motivaron una segunda intervención en otro hospital– y resuelve esta concurrencia mediante el expediente de imputar a la Administración tan sólo una parte del resultado dañoso.

F) Prescripción: el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción del plazo de un año se inicia desde que son conocidas las secuelas definitivas. El plazo se interrumpe por el ejercicio de una acción penal.

12. Responsabilidad del Estado legislador

Un supuesto específico de responsabilidad patrimonial es el recogido en el artículo 139.3 LRJPAC que se refiere precisamente a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador o responsabilidad derivada de actos legislativos.

El citado precepto (Principios de la responsabilidad) establece:

> "3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos".

12.1. Ámbito interno

En el ámbito del Derecho interno, el principio de responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos se conecta con el principio de subordinación de la ley a la Constitución.

La Sentencia 108/1986 del Tribunal Constitucional, tras afirmar la constitucionalidad de la Ley que enjuiciaba y la carencia de un efectivo derecho a cierta edad de jubilación –por tratarse de mera expectativa–, termina diciendo que "es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada (se refiere a la de paliar los efectos negativos del adelanto de la edad de jubilación) y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación...". Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1987 (que declara la constitucionalidad de la integración de Entidades de Previsión Social en el sistema de la Seguridad Social o la exclusión, en el caso de previsión social voluntaria, de la financiación con fondos públicos) confirma las iniciales reticencias de la jurisprudencia constitucional para aceptar este principio. En ella se dice que la actividad legislativa queda fuera de las previsiones del artículo 106.2 de la Constitución referente al funcionamiento de los servicios públicos, concepto en el que no cabe comprender la función del legislador. Esta doctrina se reitera en las Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1988, de 19 de abril, y 65/1990, de 5 de abril.

Es el Tribunal Supremo el que inicia el camino para reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado por acto legislativo.

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1987 declara que "consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la in-

demnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado".

La Sentencia de 11 de octubre de 1991 rechaza la responsabilidad patrimonial del Estado por disposiciones legislativas que aumentan los gravámenes tributarios y prohíben o restringen la publicidad de determinadas bebidas alcohólicas. En ella se remite la responsabilidad por acto legislativo a los requisitos establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Se afirma que "en el campo del Derecho tributario, es obvio que la responsabilidad del Estado legislador no puede fundarse en el principio de indemnización expropiatoria". Se concluye que el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos, es decir, las leyes quedan bajo el imperio de la Norma suprema. En los casos en que la Ley vulnere la Constitución el Poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar.

Poco después, la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, seguida por la de 1 de diciembre de 1992 y después por otras muchas dictadas en relación con la jubilación anticipada de funcionarios públicos establecida por las leyes reguladoras de sus respectivos estatutos, considera que no puede construirse por los Tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, pero añade, significativamente, que tampoco puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres suficientemente singularizados e imprevisibles, para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley.

En este contexto aparece la LRJPAC, que reconoce con notables limitaciones, especialmente la consistente en exigir una determinación expresa por parte de la ley, el expresado principio. La redacción literal hace pensar, como advierte L. Martín Rebollo que en la mente del legislador la responsabilidad por actos legislativos depende de lo que al respecto dijeran los propios actos legislativos.

Parece decir, como regla general, que no hay responsabilidad por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria salvo "cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos".

Pero, pese a la redacción del precepto, el TS, en su jurisprudencia, no atiende a si el acto legislativo recoge o no expresamente la indemnización sino al hecho de que "el daño consista en un sacrificio especial e imprevisible para alguna o algunas personas, con quebrantamiento de los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica y equilibrio de las prestaciones".

La Sentencia de 5 de marzo de 1993, seguida de otras posteriores, aun reconociendo que la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios que derivaban del Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea podía considerarse producida "incluso, y más propiamente, como consecuencia de las determinaciones del poder legislativo", reconoció en el caso allí enjuiciado la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por apreciar que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones –que se vieron frustradas– fundados en la confianza generada por medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y del equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, aunque tímidamente, se proyectó sobre esta misma línea doctrinal. La Sentencia 28/1997, de 13 de febrero, afirma que el silencio de la ley sobre una fórmula o un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones para el ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma no puede ser considerado como una exclusión que vulnere lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución, sino que ha de entenderse que ese extremo queda sometido a la normativa general del Ordenamiento Jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa del interés general, resultan perjudicados en sus bienes y derechos. La Ley emanaba del Parlamento de las Illes

Balears y declaraba la existencia de un área de especial protección, limitando los derechos urbanísticos de los propietarios de los terrenos afectados.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de noviembre de 1999, subraya que en dicha Sentencia 28/1997 del Tribunal Constitucional se proclama la conexión entre el perjuicio causado por una disposición de carácter general con valor de ley inherente a la privación singular de un derecho o interés legítimo y el mecanismo indemnizatorio a que da lugar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

12.2. Derecho comunitario europeo

El principio de responsabilidad por acto legislativo surge, también, en el ámbito del Derecho comunitario.

Ciertamente, el Tratado CE no proclama expresamente la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento de las obligaciones comunitarias. El artículo 288 (antiguo art. 215) se limita a reconocer, junto a la responsabilidad contractual de la Comunidad, la responsabilidad extracontractual de ésta, en virtud de la cual la Comunidad debe reparar los daños causados por sus instituciones y por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

Pero el artículo 249 (antiguo art. 189) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, proclama el carácter obligatorio de los reglamentos comunitarios, los cuales son directamente aplicables en cada Estado miembro. Este carácter obligatorio se extiende a las directivas, las cuales obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Las decisiones son obligatorias en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no son vinculantes. Y de este principio de obligatoriedad establecido en el Tratado infiere el Tribunal de Justicia el principio de responsabilidad frente a particulares por violaciones del Derecho comunitario.

En la Sentencia de 25 de julio de 1991 (asunto Factortame), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, en adelante), señala

que los Estados están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario cuando concurran tres requisitos: que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares, que el contenido de estos derechos pueda identificarse basándose en la Directiva y, finalmente, que exista relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por los afectados.

La Sentencia de 5 de marzo de 1996 (Brasserie du pêcheur), siguiendo la doctrina iniciada en la Sentencia Factortame, declara que en el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables. El Tribunal se remite a la Sentencia Francovich y otros para recordar que en la misma ya se estableció el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por violaciones del Derecho comunitario inherentes al sistema del Tratado.

En esta sentencia se conecta la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Se afirma, en efecto, que la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño.

Esta jurisprudencia comunitaria ha sido objeto de la pronta recepción por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. La Sentencia de 10 de febrero de 1997 se refiere al carácter obligatorio de las directivas en cuanto a los resultados, al contrario de lo que ocurre con los reglamentos, directamente aplicables, sin perjuicio de la eficacia directa vertical de las directivas en determinadas circunstancias, que fundamentan el derecho del particular a invocarlas e impiden al Estado miembro sustraerse a las obligaciones impuestas. La sentencia añade que a la obligación del Estado de ejecutarlas mediante la adopción de las disposiciones internas necesarias no resulta suprimida, sino agravada incluso cuando la Directiva no tiene los requisitos que la hacen directamente aplicable, lo que determina que el Tribunal de Justicia en la trascendente sentencia Francovich y otros reconociera la responsabilidad y la reparación a cargo del Estado para garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria.

El TJCE se ha referido también a la responsabilidad patrimonial por daños derivados de la actuación de los Jueces nacionales en aplicación del Derecho europeo.

Así:

a) *STJCE de 30 de septiembre de 2003, en el asunto C-224/01 (Gerhard Köbler y República de Austria),* que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* (Austria), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Gerhard Köbler y República de Austria, una decisión prejudicial sobre la interpretación, por una parte, del artículo 48 del Tratado CE (actualmente art. 39 CE, tras su modificación) y, por otra parte, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se desprende en particular de las Sentencias de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), y de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961).

Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de una acción de responsabilidad ejercitada por el Sr. Köbler contra la República de Austria por vulneración de una disposición del Derecho comunitario mediante una sentencia del *Verwaltungsgerichtshof,* el órgano jurisdiccional supremo en materia contencioso-administrativa.

Marco jurídico

El artículo 48, apartado 3, de la *Gehaltsgesetz* 1956 (Ley de retribuciones de 1956, BGBl. 1956/54; en lo sucesivo, "GG"), en su versión modificada en 1997 (BGBl. I, 1997/109), prevé:

> "Cuando sea necesario para conseguir los servicios de un científico o de un artista nacional o extranjero, el Bundespräsident [Presidente federal] podrá conceder una retribución de base superior a la prevista en el artículo 48, apartado 2, en el momento del nombramiento como profesor universitario (art. 21 de la Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten [Ley federal sobre la organización de las universidades], BGBl. 1993/805, denominada UOG 1993) o como catedrático de universidad o de un centro de enseñanza superior."

El artículo 50 bis, apartado 1, de la GG tiene el siguiente tenor:

> "Un profesor universitario (art. 21 de la UOG 1993) o un catedrático de universidad o de un centro de enseñanza superior que acredite quince años de servicios en esa categoría en universidades o centros de enseñanza superior austriacos, que haya tenido derecho durante cuatro años al complemento por antigüedad previsto en el artículo 50, apartado 4, podrá solicitar, a partir del momento en que concurran ambos requisitos, un complemento especial por antigüedad que computará a efectos de la pensión de jubilación y cuyo importe ascenderá al del complemento por antigüedad establecido en el artículo 50, apartado 4."

Litigio en el procedimiento principal. Desde el 1 de marzo de 1986, el Sr. Köbler mantiene con el Estado austriaco una relación laboral de Derecho público como catedrático de universidad en Innsbruck (Austria). En el momento de su nombramiento se le atribuyó la retribución correspondiente a los catedráticos universitarios situados en el escalón décimo, más el complemento normal por antigüedad.

Mediante escrito de 28 de febrero de 1996, el Sr. Köbler solicitó el complemento especial por antigüedad de los profesores universitarios al amparo del artículo 50 bis de la GG. Alegó que, aunque no podía acreditar quince años de antigüedad como profesor en universidades austriacas, sí cumplía el requisito de antigüedad si se tenía en cuenta la duración de sus servicios en las universidades de otros Estados miembros de la Comunidad. Afirmó que la exigencia de quince años de antigüedad únicamente en universidades austriacas –sin tomar en consideración la adquirida en las universidades de otros Estados miembros– constituía, desde el momento en que la República de Austria se adhirió a la Comunidad, una discriminación indirecta no justificada por el Derecho comunitario.

En el litigio al que dio lugar esta pretensión del Sr. Köbler, el *Verwaltungsgerichtshof* (Austria) dirigió al Tribunal de Justicia, mediante Resolución de 22 de octubre de 1997, una petición de decisión prejudicial que se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia con el número C-382/97.

Mediante escrito de 11 de marzo de 1998, el Secretario del Tribunal de Justicia preguntó al *Verwaltungsgerichtshof* si juzgaba necesario mante-

ner su petición de decisión prejudicial a la luz de la Sentencia de 15 de enero de 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, Rec. p. I-47).

Mediante Resolución de 25 de marzo de 1998, el *Verwaltungsgerichtshof* instó a las partes del litigio del que conocía a pronunciarse sobre la pregunta del Secretario del Tribunal de Justicia, e hizo observar con carácter provisional que la cuestión jurídica objeto del procedimiento prejudicial de que se trataba había sido resuelta en favor del Sr. Köbler.

Mediante Resolución de 24 de junio de 1998, el *Verwaltungsgerichtshof* retiró su petición de decisión prejudicial, y mediante sentencia del mismo día, desestimó el recurso del Sr. Köbler por considerar que el complemento especial por antigüedad constituía una prima de fidelidad que justificaba objetivamente una excepción a las normas del Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores.

Esta Sentencia de 24 de junio de 1998 expone en particular:

> "[...] En su Resolución de 22 de octubre de 1997, mediante la que se solicitaba una decisión prejudicial [en el asunto C-382/97], el Verwaltungsgerichtshof consideraba que el complemento especial por antigüedad para catedráticos universitarios no constituye una prima de fidelidad ni una gratificación, sino más bien parte integrante de la retribución en el marco del sistema de promoción.
>
> Este criterio jurídico, formulado de modo que no vincula al tribunal respecto a las partes del procedimiento contencioso-administrativo, no puede mantenerse.
>
> [...]
>
> De ello se deduce que el complemento especial por antigüedad establecido en el artículo 50 bis de la Gehaltsgesetz de 1956 no está incluido en la determinación del valor de mercado que debe efectuarse en el marco del procedimiento de nombramiento, sino que, por el contrario, su objetivo consiste en proporcionar a los científicos, que desempeñan su actividad en un mercado de trabajo con mucha movilidad, un incentivo para que desarrollen su carrera profesional en universidades austriacas. Por ese motivo no puede formar parte de la retribución ordinaria y, por su finalidad de prima de fidelidad, para obtenerlo es necesario acreditar un período determinado de servicios como catedrático universitario en universidades austriacas. Esta concepción no impide de modo decisivo que dicho complemento especial por antigüedad se con-

figure como parte de la retribución mensual ni que, por tanto, esta prima de fidelidad tenga un carácter permanente.

Puesto que, en Austria, por lo que se refiere al presente asunto, la Federación es la única responsable de las universidades, lo dispuesto en el artículo 50 bis de la Gehaltsgesetz de 1956 sólo se aplica a un único empleador, a diferencia de la situación examinada en la sentencia [Schöning-Kougebetopoulou, antes citada]. El cómputo de los períodos de servicio anteriores solicitado por el recurrente se realiza en el marco de la determinación del valor de mercado efectuada en el procedimiento de nombramiento. Dichos períodos de servicio anteriores tampoco se computan a los efectos de determinar el complemento especial por antigüedad, en el caso de los científicos austriacos que, tras haber desempeñado su actividad en el extranjero, regresan a Austria, y estaría en contradicción con la idea de premiar la fidelidad mostrada durante años hacia un empleador, fidelidad que, según el Tribunal de Justicia, justifica una normativa que infrinja la prohibición de discriminación.

Dado que el presunto derecho del recurrente a percibir un complemento especial por antigüedad al amparo del artículo 50 bis de la Gehaltsgesetz de 1956, controvertido en el presente asunto, constituye una prima de fidelidad regulada legalmente y el Tribunal de Justicia ha reconocido que una normativa de ese tipo puede justificar, por los motivos señalados, una medida que diverja en cierto modo de la prohibición de discriminación, el recurso basado en la violación de dicha prohibición de discriminación resulta infundado; por consiguiente debe ser desestimado [...]".

El Sr. Köbler interpuso una demanda de indemnización contra la República de Austria ante el órgano jurisdiccional remitente, destinada a que se le repare el perjuicio supuestamente sufrido al no habérsele abonado el complemento especial por antigüedad. Sostiene que la Sentencia del *Verwaltungsgerichtshof* de 24 de junio de 1998 vulneró normas de Derecho comunitario directamente aplicables, tal como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia en las sentencias en las que declaró que un complemento especial por antigüedad no constituye una prima de fidelidad.

La *Republik Österreich* defiende que la Sentencia del *Verwaltungsgerichtshof* de 24 de junio de 1998 no vulnera el Derecho comunitario di-

rectamente aplicable. Por otra parte, según ella, la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, como el *Verwaltungsgerichtshof,* no puede hacer nacer una obligación de reparación a cargo del Estado.

Cuestiones prejudiciales

Al estimar que la interpretación del Derecho comunitario en el asunto del que conocía era incierta y que esa interpretación era necesaria para resolver el litigio, el *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

> "1) ¿Se aplica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conforme a la cual, para que se genere la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario, es irrelevante el órgano del Estado miembro que haya cometido la violación (*vid.,* por ejemplo, la Sentencia [Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada]), también en el caso de que el acto que supuestamente viola el Derecho comunitario sea una resolución de un tribunal supremo de un Estado miembro, como es, en el presente asunto, el Verwaltungsgerichtshof?
>
> 2) Si se responde afirmativamente a la primera cuestión:
>
> ¿Se aplica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conforme a la cual corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro determinar qué órgano jurisdiccional es competente para dirimir litigios referidos a derechos individuales basados en el ordenamiento jurídico comunitario (por ejemplo, Sentencia [Dorsch Consult, antes citada]) también en el caso de que el acto que supuestamente viola el Derecho comunitario sea una resolución de un tribunal supremo de un Estado miembro como es, en el presente asunto, el Verwaltungsgerichtshof?[13].

[13] Se planteaban otras tres cuestiones: "3) Si se responde afirmativamente a la segunda cuestión:

¿El criterio jurídico contenido en la Sentencia del Verwaltungsgerichtshof antes expuesta, conforme al cual los complementos especiales por antigüedad constituyen una clase de prima de fidelidad, infringe alguna norma de Derecho comunitario directamente aplicable, especialmente la prohibición de discriminación indirecta establecida en el artículo 48 del Tratado CE y la jurisprudencia consolidada dictada por el Tribunal de Justicia al respecto?

4) Si se responde afirmativamente a la tercera cuestión:

Sobre las cuestiones primera y segunda.

Mediante sus cuestiones primera y segunda, que procede examinar de forma conjunta, el órgano jurisdiccional remitente desea saber fundamentalmente si el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se derive de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia y si, en caso afirmativo, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación"[14].

¿La norma de Derecho comunitario directamente aplicable que se ha infringido confiere un derecho subjetivo a la parte demandante del procedimiento principal?

5) Si se responde afirmativamente a la cuarta cuestión:

¿Dispone el Tribunal de Justicia, basándose en el contenido de la resolución de remisión, de toda la información necesaria para poder apreciar si, en las circunstancias de hecho del procedimiento principal, el Verwaltungsgerichtshof ha sobrepasado de forma clara y relevante el margen de discrecionalidad que posee, o estima que la respuesta a esta cuestión incumbe al órgano jurisdiccional austriaco remitente?".

[14] Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia:

El Sr. Köbler, los Gobiernos alemán y neerlandés, y la Comisión consideran que se puede exigir la responsabilidad de un Estado miembro por una violación del Derecho comunitario cuando la infracción sea imputable a un órgano jurisdiccional. Sin embargo, dichos Gobiernos y la Comisión consideran que esta responsabilidad debe quedar limitada y estar sometida a una serie de requisitos restrictivos que se suman a los ya formulados en la sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada.

A este respecto, los Gobiernos alemán y neerlandés alegan que sólo existe "violación suficientemente caracterizada" en el sentido de dicha sentencia si una resolución judicial incumple de manera particularmente grave y manifiesta el Derecho comunitario aplicable. Según el Gobierno alemán, el incumplimiento de una norma jurídica por un órgano jurisdiccional sólo es particularmente grave y manifiesto cuando la interpretación o la inaplicación del Derecho comunitario es, por una parte, objetivamente indefendible y, por otra, debe ser considerada subjetivamente una violación intencionada. Tales criterios restrictivos están justificados en aras de la protección tanto del principio de la fuerza de cosa juzgada como de la independencia del poder judicial. Además, un régimen restrictivo de responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por las resoluciones judiciales erróneas responde, según el Gobierno alemán, a un principio general común a los Derechos de los Estados miembros en el sentido del artículo 288 TCE.

Los Gobiernos alemán y neerlandés sostienen que la responsabilidad del Estado miembro debe quedar limitada a las resoluciones judiciales contra las que no quepa recurso ulterior, en particular porque el artículo 234 CE sólo impone una obligación de remisión prejudicial a los órganos jurisdiccionales competentes para dictar tales resoluciones. El Gobierno neerlandés considera que la responsabilidad del Estado sólo debe poder exigirse en el supuesto de una violación manifiesta y grave de la obligación de remisión.

La Comisión alega que en todos los Estados miembros existe una limitación de la responsabilidad del Estado por las resoluciones judiciales y ésta es necesaria para preservar la fuerza de cosa juzgada de las resoluciones firmes así como, por tanto, la estabilidad del Derecho. Por esta razón defiende que sólo se reconozca una "violación suficientemente caracterizada" del Derecho comunitario cuando el órgano jurisdiccional nacional abuse manifiestamente de sus facultades o menoscabe visiblemente el sentido y el alcance del Derecho comunitario. En el presente caso, la infracción imputada al *Verwaltungsgerichtshof* es de carácter excusable y este carácter constituye uno de los criterios que permiten declarar la inexistencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho (*vid.* la Sentencia de 4 de julio de 2000, Haim, C-424/97, Rec. p. I-5123, apartado 43).

Por su parte, la República de Austria y el Gobierno austriaco (en lo sucesivo, conjuntamente, "República de Austria"), así como los Gobiernos francés y del Reino Unido, sostienen que no se puede exigir la responsabilidad de un Estado miembro por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional. Invocan argumentos basados en la fuerza de cosa juzgada, el principio de seguridad jurídica, la independencia del poder judicial, la posición del poder judicial en el ordenamiento jurídico comunitario, así como la comparación con los procedimientos iniciados ante el Tribunal de Justicia para exigir la responsabilidad de la Comunidad en virtud del artículo 288 TCE.

La República de Austria alega, en particular, que el reexamen de la apreciación jurídica de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia es incompatible con la función de dicho órgano porque el objetivo de sus resoluciones es zanjar definitivamente un litigio. Además, habida cuenta de que el *Verwaltungsgerichtshof* examinó con todo detalle el Derecho comunitario en su Sentencia de 24 de junio de 1998, es compatible con el Derecho comunitario excluir cualquier otra posibilidad de recurso ante un órgano jurisdiccional austriaco. Por otra parte, la República de Austria estima que los requisitos para exigir la responsabilidad de un Estado miembro no pueden diferir de los aplicables a la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias similares. Dado que el artículo 288 TCE, párrafo segundo, no puede ser aplicado si el Tribunal de Justicia incurre en una violación del Derecho comunitario, puesto que en este caso el Tribunal de Justicia tendría que resolver un litigio relativo a un daño causado por él mismo, de tal manera que sería a la vez juez y parte, tampoco se puede exigir la responsabilidad de los Estados miembros por un daño causado por un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia.

Por otra parte, la República de Austria añade que el artículo 234 CE no tiene por objeto conferir derechos a los particulares. En efecto, en el marco del procedimiento prejudicial en curso ante el Tribunal de Justicia, las partes en el procedimiento principal no pueden modificar las cuestiones prejudiciales ni declararlas sin objeto (*vid.* la Sentencia de 9 de diciembre de 1965, Singer, 44/65, Rec. p. 1191). Además, solamente la violación de una disposición que tenga por objeto conferir derechos a los particulares puede generar, en su caso, la responsabilidad del Estado miembro. Por tanto, ésta no puede ser exigida cuando un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia incurra en una violación del artículo 234 CE.

El Gobierno francés opina que el reconocimiento de un derecho de indemnización por una aplicación supuestamente errónea del Derecho comunitario efectuada en una resolución firme por un órgano jurisdiccional nacional es contrario al principio del respeto de la fuerza de cosa juzgada, tal como reconoce el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Rec. p. I-3055). Este Gobierno alega, en particular, que el principio de intangibilidad de la fuerza de cosa juzgada reviste un valor fundamental en los sistemas jurídicos basados en la primacía del Derecho y el respeto de las resoluciones judiciales. Pues

bien, si se reconociera la responsabilidad del Estado cuando un órgano jurisdiccional incurriera en una violación del Derecho comunitario, se pondría en tela de juicio la primacía y el respeto mencionados.

El Gobierno del Reino Unido sostiene que, en principio y salvo excepciones relacionadas en particular con la violación de algún derecho fundamental protegido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, "CEDH"), no se puede ejercitar ninguna acción de responsabilidad contra la Corona por resoluciones judiciales. Añade que el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por las normas comunitarias, que subyace al principio de responsabilidad del Estado, está lejos de ser absoluto y cita a este respecto los plazos de preclusión. Dicho principio sólo puede constituir la base jurídica de una demanda de indemnización contra el Estado en raras ocasiones, para determinadas resoluciones judiciales nacionales estrictamente definidas. Por consiguiente, los beneficios que resultan del reconocimiento de un derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios por una resolución judicial errónea son limitados. El Gobierno del Reino Unido considera que es preciso ponderar dichos beneficios y determinados intereses de gran importancia.

A este respecto, invoca, en primer lugar, los principios de seguridad jurídica y de fuerza de cosa juzgada. En su opinión, la ley impide cuestionar las resoluciones judiciales, excepto en vía de recurso. Anteriormente, el Tribunal de Justicia se mostró dispuesto a limitar el alcance del principio de tutela judicial efectiva con el fin de preservar los "principios básicos del sistema jurisdiccional nacional, como los de seguridad jurídica y respeto de la cosa juzgada, que constituye su expresión" (Sentencia Eco Swiss, antes citada, apartados 43 a 48). El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por errores del poder judicial crearía un riesgo de confusión jurídica y causaría a las partes del litigio incertidumbre en cuanto a su situación.

En segundo lugar, el Gobierno del Reino Unido alega que la autoridad y la reputación del poder judicial quedarían debilitados si, en el futuro, un error judicial pudiera dar lugar a una demanda de indemnización. En tercer lugar, sostiene que la independencia del poder judicial constituye un principio fundamental en los ordenamientos constitucionales de todos los Estados miembros, cuya existencia, no obstante, no puede, en ningún momento, darse por sentada. La aceptación de una responsabilidad del Estado por los actos judiciales puede conllevar el riesgo de que se cuestione esta independencia.

En cuarto lugar, a su juicio, atribuir a los órganos jurisdiccionales nacionales la competencia para resolver ellos mismos los asuntos en que se aplica el Derecho comunitario implica aceptar que estos órganos jurisdiccionales cometan en ocasiones errores contra los que no se pueda apelar o que no puedan ser corregidos de otra manera. Este inconveniente es de general aceptación, según el Gobierno del Reino Unido. A este respecto, destaca que, en la hipótesis de que se pudiera exigir la responsabilidad del Estado por errores del poder judicial y el Tribunal de Justicia tuviera que pronunciarse sobre una cuestión prejudicial acerca de dicho extremo, el Tribunal de Justicia no sólo tendría la facultad de pronunciarse sobre la exactitud de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales supremos nacionales, sino también la de apreciar el carácter serio y excusable de los errores que éstos pudieran haber cometido. Las consecuencias de esta situación en la relación, de una importancia vital, entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales no serían, evidentemente, buenas.

En quinto lugar, el Gobierno del Reino Unido alega que podría ser difícil determinar el órgano jurisdiccional competente para juzgar ese tipo de asuntos de responsabilidad del Estado, en particular en el Reino Unido, habida cuenta tanto de su sistema jurisdiccional unitario como de la aplicación estricta del principio *"stare decisis"*. En sexto lugar, sostiene que, si se pudiera exigir la responsabilidad del Estado por fallos del poder judicial, la responsabilidad de

Respuesta del Tribunal de Justicia

Sobre el principio de la responsabilidad del Estado

En primer lugar, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que *el principio de la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables es inherente al sistema del Tratado* (Sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 31; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications, C-392/93, Rec. p. I-1631, apartado 38; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Rec. p. I-2553, apartado 24; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845, apartado 20; de 2 de abril de 1998, Norbrook Laboratories, C-127/95, Rec. p. I-1531, apartado 106, y Haim, antes citada, apartado 26).

El Tribunal de Justicia también ha declarado que el principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento (Sentencias Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 32; de 1 de junio de 1999, Konle, C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 62, y Haim, antes citada, apartado 27).

Si en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo, con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus

---

la Comunidad por los fallos de los órganos jurisdiccionales comunitarios también debería poder exigirse de la misma manera y en las mismas condiciones.

Por lo que respecta, en particular, a la segunda cuestión prejudicial, el Sr. Köbler, así como los Gobiernos austriaco y alemán, alegan que corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios que tratan de derechos individuales derivados del Derecho comunitario. Esta cuestión debe pues, a su juicio, responderse de modo afirmativo.

funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares (Sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 34).

Habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas comunitarias, se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se reduciría la protección de los derechos que reconocen si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia.

A este respecto es preciso subrayar que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden alegar los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario. Dado que una violación de estos derechos por una resolución que ha adquirido firmeza de un órgano jurisdiccional de ese tipo normalmente ya no puede ser rectificada, no se puede privar a los particulares de la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado con el fin de obtener por dicha vía una protección jurídica de sus derechos.

Además, precisamente con el fin de evitar que se vulneren los derechos conferidos a los particulares por el Derecho comunitario, el artículo 234 CE, párrafo tercero, establece que los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, están obligados a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

Por lo tanto, de las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario se desprende que éstos deben tener la posibilidad de obtener reparación, ante un órgano jurisdiccional nacional, del perjuicio causado por la violación de dichos derechos debida a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia (*vid.,* en este sentido, la Sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 35).

Algunos de los Gobiernos que han presentado observaciones en el marco del presente procedimiento han alegado que el principio de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario no puede aplicarse a las resolucio-

nes de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia. A dicho efecto han invocado argumentos basados, en particular, en el principio de seguridad jurídica, y más precisamente en el de fuerza de cosa juzgada, en la independencia y la autoridad del juez, así como en la inexistencia de una jurisdicción competente para conocer de los litigios relativos a la responsabilidad del Estado derivada de dichas resoluciones.

A este respecto, procede destacar que no puede negarse la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada (*vid*. la Sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 46). En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos.

Sin embargo, hay que considerar que *el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución*. Un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, la parte demandante en una acción de responsabilidad contra el Estado obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño.

De lo anterior se desprende que el principio de fuerza de cosa juzgada no se opone al reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia.

Los argumentos basados en la independencia y la autoridad del juez tampoco pueden ser acogidos.

Por lo que atañe a la independencia del juez, se ha de precisar que el principio de responsabilidad examinado no se refiere a la responsabilidad personal del juez sino a la del Estado. Pues bien, no parece que la

posibilidad de exigir, en determinadas condiciones, la responsabilidad del Estado por las resoluciones judiciales contrarias al Derecho comunitario suponga riesgos particulares para la independencia de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia.

En cuanto al argumento basado en el riesgo de que la autoridad de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia quede afectada por el hecho de que sus resoluciones que han adquirido firmeza puedan ser impugnadas de manera implícita en un procedimiento que permita exigir la responsabilidad del Estado por su causa, es preciso señalar que la existencia de una vía de Derecho que permita, en determinadas condiciones, reparar los efectos perjudiciales de una resolución judicial errónea también podría considerarse la confirmación de la calidad de un ordenamiento jurídico y, por tanto, en suma, también de la autoridad del poder judicial.

Asimismo, varios Gobiernos han sostenido que la dificultad de designar un órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a la reparación de los daños resultantes de las resoluciones de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia constituye un obstáculo a la aplicación del principio de la responsabilidad del Estado a ese tipo de resoluciones.

A este respecto, habida cuenta de que el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario debe aplicarse en relación con las resoluciones de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, *por razones ligadas esencialmente a la necesidad de asegurar a los particulares la protección de los derechos que las normas comunitarias les reconocen, procede considerar que corresponde a los Estados miembros permitir a los interesados invocar dicho principio poniendo a su disposición una vía de Derecho adecuada. La realización de dicho principio no puede quedar comprometida por la inexistencia de un foro competente*.

Según jurisprudencia reiterada, *a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario* (*vid.* las Sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, apartado 5; Comet, 45/76, Rec. p. 2043, apar-

tado 13; de 27 de febrero de 1980, Just, 68/79, Rec. p. 501, apartado 25; Francovich y otros, antes citada, apartado 42, y de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, C-312/93, Rec. p. I-4599, apartado 12).

Sin perjuicio de que los Estados miembros tengan que garantizar, en cada caso, una tutela judicial efectiva de los derechos individuales derivados del ordenamiento jurídico comunitario, no corresponde al Tribunal de Justicia intervenir en la solución de los problemas de competencia que pueda plantear, en el plano de la organización judicial nacional, la calificación de determinadas situaciones jurídicas fundadas en el Derecho comunitario (Sentencias de 18 de enero de 1996, SEIM, C-446/93, Rec. p. I-73, apartado 32, y Dorsch Consult, antes citada, apartado 40).

También hay que añadir que, aunque consideraciones relacionadas con el respeto del principio de fuerza de cosa juzgada o de la independencia de los jueces hayan podido inspirar en los sistemas de Derecho nacional restricciones a veces severas a la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado por los daños causados por las resoluciones judiciales erróneas, tales consideraciones no eran apropiadas para excluir de modo absoluto dicha posibilidad. En efecto, *la aplicación del principio de la responsabilidad del Estado a las resoluciones judiciales ha sido aceptada de una forma u otra por la mayoría de los Estados miembros, aunque sólo sea en condiciones restrictivas y heterogéneas*.

También se puede destacar que, en el mismo sentido, *el CEDH, y en particular su artículo 41, permite al Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenar a un Estado que haya violado un derecho fundamental a reparar los daños que dicho comportamiento haya causado a la persona perjudicada*. De la jurisprudencia de dicho Tribunal resulta que también puede concederse tal reparación cuando la violación se deriva del contenido de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia (*vid*. la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de marzo de 2000, Dulaurans contra Francia, aún no publicada).

De las apreciaciones anteriores se desprende que el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se deba a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última

instancia. Corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación.

Sobre los requisitos de la responsabilidad del Estado

En relación con los requisitos para que un Estado miembro esté obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que *son tres, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados* (Sentencia Haim, antes citada, apartado 36).

Los mismos requisitos se aplican a la responsabilidad del Estado por los daños causados por la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia cuando dicha resolución viole una norma del Derecho comunitario.

Por lo que se refiere en particular al segundo requisito y a su aplicación con el fin de declarar una posible responsabilidad del Estado debida a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, se han de tener en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica, como también han alegado los Estados miembros que han presentado observaciones en este asunto. *La responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese tipo solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable*.

Para determinar si se cumple dicho requisito, el juez nacional que conozca de una demanda de indemnización de daños y perjuicios deberá tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se le haya sometido.

Entre esos elementos figuran, en particular, *el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición*

adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero.

En todo caso, una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (*vid.,* en este sentido, la Sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 57).

Los tres requisitos recordados en el apartado 51 de la presente sentencia son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos (*vid.* la Sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 66).

Sin perjuicio del derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario desde el momento en que se reúnen los tres requisitos mencionados, incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (Sentencias antes citadas, Francovich y otros, apartados 41 a 43, y Norbrook Laboratories, apartado 111).

De todo lo que antecede resulta que procede responder a las cuestiones primera y segunda que el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se deba a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas. Para determinar si la violación está sufi-

cientemente caracterizada cuando se derive de una resolución de ese tipo, el juez nacional competente debe examinar, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional, si dicha violación presenta un carácter manifiesto. Corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios relativos a dicha reparación.

b) STJCE de 9 de diciembre de 2003 (asunto C-129/00, Comisión *vs.* República Italiana). Según reiterada jurisprudencia, mientras no existan normas comunitarias en materia de devolución de tributos nacionales percibidos indebidamente, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar los requisitos procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dichos requisitos no sean menos favorables que los que deben reunir los recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni, por otra parte, resulte imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).

c) STJCE de 13 de junio de 2006 (asunto Traghetti, República Italiana). El Tribunal de Justicia recuerda la doctrina establecida en la Sentencia Köbler, que proclamó el principio según el cual un Estado miembro está obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento.

Basándose en particular, a este respecto, en la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que para los particulares se derivan de las normas comunitarias y en la circunstancia de que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden alegar los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la protección de estos derechos quedaría debilitada –y se mermaría la plena eficacia de las normas comunitarias que confieren estos derechos– si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, por

los perjuicios que les ha causado una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelve en última instancia.

Ciertamente, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional, así como de las exigencias legítimas de la seguridad jurídica, la responsabilidad del Estado, en tal supuesto, no es ilimitada. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, *esta responsabilidad solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable*. Para determinar si se cumple dicho requisito, el juez nacional que conozca de una demanda de indemnización *deberá tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se le haya sometido y, en particular, el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero*.

Consideraciones análogas relacionadas con la necesidad de garantizar a los particulares una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el Derecho comunitario se oponen, del mismo modo, a que la responsabilidad del Estado no pueda exigirse únicamente debido a que una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia procede de la interpretación de las normas jurídicas efectuada por dicho órgano.

Por un lado, en efecto, la interpretación de las normas jurídicas pertenece a la esencia misma de la actividad jurisdiccional puesto que, sea cual fuere el ámbito de actividad considerado, el juez, ante tesis divergentes o antinómicas, normalmente habrá de interpretar las normas jurídicas pertinentes –nacionales y/o comunitarias– a efectos de resolver el litigio de que conoce.

Por otro lado, no cabe excluir que se cometa una violación manifiesta del Derecho comunitario aplicable, precisamente en el ejercicio de esta actividad interpretativa, si el juez, por ejemplo, da a una norma comunitaria de Derecho material o procedimental un alcance manifiestamente erróneo, especialmente respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justi-

cia en esta materia, o si interpreta el Derecho nacional de tal manera que, en la práctica, desemboca en una violación del Derecho comunitario aplicable.

Excluir, en estas circunstancias, cualquier responsabilidad del Estado debido a que la violación del Derecho comunitario procede de una operación de interpretación de las normas jurídicas efectuada por un órgano jurisdiccional equivaldría a vaciar de su propio contenido al principio establecido por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Köbler, antes citada. Esta apreciación es pertinente, con mayor motivo, respecto a los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia, que se encargan, en el plano nacional, de la interpretación uniforme de las normas jurídicas.

Procede extraer la misma conclusión por lo que respecta a una normativa que excluye, con carácter general, cualquier posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado cuando la violación imputable a un órgano jurisdiccional de dicho Estado resulta de una apreciación de los hechos y de las pruebas.

Por un lado, en efecto, tal apreciación constituye, a semejanza de la interpretación de las normas jurídicas, otro aspecto esencial de la actividad jurisdiccional, ya que, con independencia de la interpretación efectuada por el órgano jurisdiccional que conoce de un asunto determinado, la aplicación de dichas normas al caso concreto dependerá a menudo de la apreciación que dicho órgano haya efectuado sobre los hechos examinados, así como sobre el valor y la pertinencia de las pruebas presentadas a estos efectos por las partes del litigio.

Por otro lado, tal apreciación –que a veces requiere análisis complejos– puede conducir también, en determinados casos, a una violación manifiesta del Derecho aplicable, tanto si dicha apreciación se realiza en el marco de la aplicación de normas específicas relativas a la carga de la prueba, al valor de estas pruebas o a la admisibilidad de los medios de prueba, como si se efectúa en el marco de la aplicación de normas que exigen una calificación jurídica de los hechos.

Excluir, en estas circunstancias, cualquier posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado cuando la violación imputada al juez nacional se refiere a la apreciación efectuada por éste de los hechos o de las pruebas equivaldría igualmente a privar de efecto útil al principio enunciado en la Sentencia Köbler, antes citada, por lo que respecta a las violaciones mani-

fiestas del Derecho comunitario imputables a los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia.

Así sucede, en especial, en materia de ayudas de Estado. Excluir, en este ámbito, toda responsabilidad estatal debido a que la violación del Derecho comunitario cometida por el órgano jurisdiccional nacional resulta de una apreciación de los hechos podría conducir a una merma de las garantías procesales ofrecidas a los particulares, por cuanto la protección de los derechos que les confieren las disposiciones pertinentes del Tratado depende, en gran medida, de operaciones sucesivas de calificación jurídica de los hechos. Pues bien, en el supuesto de que se excluyera la responsabilidad del Estado, de manera absoluta, por las apreciaciones de los hechos efectuadas por un órgano jurisdiccional, estos particulares no gozarían de ninguna protección jurisdiccional si un tribunal nacional que resolviese en última instancia cometiera un error manifiesto en el control de las mencionadas operaciones de calificación jurídica de los hechos.

Por último, *en lo que atañe a la limitación de la responsabilidad del Estado únicamente a los casos de dolo o de culpa grave del juez,* procede recordar que el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia Köbler, antes citada, que *la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia podía exigirse en el caso excepcional de que dicho órgano hubiese infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable*.

Esta infracción manifiesta se aprecia, en particular, teniendo en cuenta determinados criterios como el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho cometido o el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero, y, en todo caso, se presume cuando la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (Sentencia Köbler, antes citada, apartados 53 a 56).

Por tanto, si bien no cabe excluir que el Derecho nacional precise los criterios relativos a la naturaleza o al grado de una infracción que deben reunirse para que pueda exigirse la responsabilidad del Estado por una

violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia, estos criterios no pueden, en ningún caso, imponer exigencias más estrictas que las derivadas del requisito de una infracción manifiesta del Derecho aplicable, tal como se precisó en la Sentencia Köbler, antes citada.

Por consiguiente, se generará un derecho a obtener reparación, si se cumple este último requisito, cuando se haya acreditado que la norma jurídica violada tiene por objeto conferir derechos a los particulares y que existe una relación de causalidad entre la violación manifiesta alegada y el daño sufrido por el interesado (*vid.,* en particular, a este respecto, las Sentencias, antes citadas, Francovich y otros, apartado 40; Brasserie du Pêcheur y Factortame, apartado 51, así como Köbler, apartado 51). Según se desprende, en particular, del apartado 57 de la Sentencia Köbler, antes citada, estos tres requisitos son, en efecto, necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos.

A la luz de las anteriores consideraciones, el TJCE responde a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente que *el Derecho comunitario se opone a una legislación nacional que excluye, con carácter general, la responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho comunitario imputable a un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia debido a que tal violación resulta de una interpretación de las normas jurídicas o de una apreciación de los hechos y de las pruebas efectuadas por dicho órgano jurisdiccional. El Derecho comunitario se opone asimismo a una legislación nacional que limita la exigencia de esta responsabilidad únicamente a los casos de dolo o de culpa grave del juez, si dicha limitación llevara a excluir la exigencia de la responsabilidad del Estado miembro afectado en otros casos en los que se haya cometido una infracción manifiesta del Derecho aplicable,* tal como se precisa en la Sentencia Köbler.

13. Responsabilidad del Estado Juez

El ejercicio de la acción indemnizatoria en este ámbito se reconduce a tres supuestos en función del concreto título de imputación en que se

ampare: error judicial, prisión provisional indebida y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Error judicial se refiere a actuaciones judiciales formalizadas en el proceso mediante autos y sentencias. Su declaración deriva de sentencia recaída en juicio de revisión o precisa una sentencia de la correspondiente Sala del Tribunal Supremo o de la que configura el artículo 61 de la LOPJ en el proceso a que se refiere el artículo 293.1 de dicha Ley. En este tipo de proceso, la concepción del error judicial es sumamente restrictiva, pues excluye las equivocaciones en los hechos o en el Derecho que no revistan especial gravedad, para referir el título de imputación a una "equivocación especialmente acentuada", en términos del dictamen del Consejo de Estado de 13 de mayo de 1993. En esta línea, la jurisprudencia está consolidada en el sentido de que no está en juego el acierto de la decisión a la que se imputa el yerro sino "el mantenimiento de la resolución judicial dentro de los límites de la lógica y de la razonabilidad en la apreciación de los hechos y en la interpretación del Derecho", según Sentencia de la Sala del artículo 61 LOPJ de 22 de febrero de 1996.

La declaración del error no se sitúa en el plano abstracto de una pretensión encaminada a tal fin, sino en la visión finalista de que tal declaración se ordena al ejercicio de la acción resarcitoria, por lo que se exige que el error imputado sea susceptible, al menos potencialmente, de causar un daño o perjuicio a quien reclama.

Como recuerda una Sentencia de 10 de abril de 2006, a tenor de la jurisprudencia sentada, de un modo reiterado ha de puntualizarse que (a) "sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, pues este procedimiento no es, en modo alguno, una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente"; (b) "el error judicial, considerado en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia del mandato contenido en al artículo 121 de la Constitución, no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales", no pudiendo ampararse en el mismo "el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales"; (c) "el error judicial es la equivocación mani-

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

fiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley"; (d) "el error judicial es el que deriva de la aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido" y "ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico"; (e) "no existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica", "ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico"; (f) "no toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante"; y (g) "no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador".

La prisión provisional indebida se configura en el artículo 294 LOPJ como una modalidad de error judicial, singularizado porque no es necesaria la declaración previa del mismo, al ser evidenciado por la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre que pone fin al proceso penal en que la medida cautelar se adoptó.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, la inexistencia del hecho imputado se ha ampliado a los supuestos en que se acredita la no participación en el hecho de quien sufrió la prisión preventiva (inexistencia subjetiva del hecho), se rechaza, en cambio, que la reclamación indemnizatoria pueda fundarse en el artículo 294 LOPJ cuando se trata de la falta de prueba de la participación del imputado en los hechos delictivos.

En cuanto al elemento formal, se admite que además de la sentencia absolutoria y del auto de sobreseimiento libre, pueda fundarse la recla-

mación del artículo 294 LOPJ en una resolución que tenga efectos equivalentes.

En el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se incluyen aquellas anomalías que, no siendo constitutivas de error judicial y produciendo un daño a los justiciables (partes o terceros), se producen por un irregular funcionamiento objetivo, sin que sea necesario dolo o culpa por parte del agente causante en el seno del proceso o de la actividad administrativa que sirve de soporte.

Los daños derivados de la "administración de la Administración de Justicia" se indemnizan por esta vía, comprendiendo como supuesto prototipo el retraso constitutivo de funcionamiento anormal.

Barcelona, 2009

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local