

Capítulo II.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Por M.^a Dolores Pérez Pino

I. ELEMENTOS SUBJETIVOS

1. EL TITULAR DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN

Según el artículo 106.2 CE *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

En análogo sentido se pronunciaba el artículo 139.1 LRJAP-PAC, cuando señalaba que: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

Redacción que se ha mantenido en términos generales, con algún pequeño cambio en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP. Así dispone el artículo 32:

“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Por tanto, nos encontramos que nuestro derecho positivo alude a “*los particulares*” como titulares de la indemnización y por tanto como sujetos pasivos de la lesión patrimonial y activos del procedimiento de responsabilidad patrimonial, ostentando en consecuencia legitimación directa para reclamar de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 6 del RPRP.

A tal efecto, el concepto de particulares ha venido identificándose con el de administrados, en cuanto titulares de situaciones jurídicas pasivas y activas con las Administraciones Públicas.

No obstante, el análisis de quién puede ser titular de la indemnización, no se limita al “particular/administrado lesionado”, en el sentido estricto del término, sino que hoy día admite más interpretaciones.

1.1. Persona jurídico privada.

Por ejemplo, en el ámbito de las personas jurídico privadas, y sin perjuicio de un estudio más detenido, resulta interesante, como ha analizado ya algún sector de la doctrina¹, traer a colación las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1992 y de 28 de febrero de 1995, que amplían la legitimación activa no sólo a los herederos del fallecido en caso de que la lesión tenga como resultado la muerte, sino también a las personas del “*entorno que pervive y en el que se afirmaba su proyección íntima y su mundo de afectos y gratitudes*”, cuantificando la indemnización además en función del grado de proximidad del reclamante con el lesionado.

En este sentido, señala, González Pérez², que tendrán derecho a indemnización:

- Por supuesto, las personas que convivían con el fallecido, exista o no relación matrimonial o cualquier otro parentesco, así como lo que hoy se llama “relación estable de convivencia afectiva” (artículo 53.2 Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar) o “análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual” [artículo 16.1.b), Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos].
- Y, en general, los vinculados por relación familiar, cualquiera que sea el grado de parentesco.

¹ LÓPEZ JACOISTE: “Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual”, *Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994.

² GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial Civitas, 1996.

Otro supuesto que debe plantearse en el ámbito del titular del derecho a la indemnización es si pueden serlo también quienes ostenten intereses difusos o colectivos.

Para ello vamos a traer a colación la Sentencia de 20 de septiembre de 2005 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), que desestimaba el recurso de casación en interés de ley formulado por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha veintiocho de octubre de dos mil tres, por la que se estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las resoluciones presuntas relativas a reclamaciones deducidas frente a Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) derivadas de los perjuicios de “índole material y moral” sufridos por un grupo de ciudadanos con ocasión de los excesivos retrasos soportados respecto del horario de diversos vuelos en el período comprendido entre el último trimestre de 1998 y septiembre de 1999.

La Abogacía del Estado consideraba errónea la fundamentación jurídica de la Sentencia en cuanto que reconocía legitimación a las asociaciones recurrentes para ejercitar derechos titularidad de quienes no consta ser asociados de las mismas.

Admitía la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios a tenor de los artículos 51 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y 20 de la Ley 26/1984 (RCL 1984, 1906), para defender los intereses generales de los consumidores y usuarios ante las Administraciones Públicas o ante los Tribunales de Justicia quedando comprendidas en el artículo 31.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), pero les negaba legitimación para defender aquellos intereses que traen causa de un derecho o interés individual de cada consumidor o usuario, y que, por tanto sólo puede reconocerse al titular del mismo, sin que este interés individual se convierta en colectivo por el simple hecho de que concurra al mismo tiempo en varios consumidores o usuarios, esto es, por la mera suma o yuxtaposición de los intereses individuales de los consumidores o usuarios, sino que para ser calificado como interés colectivo o general deba poder atribuirse a una colectividad o grupo de individuos en cuanto tal grupo.

Negaba por tanto que pudiera calificarse como interés colectivo o general de los usuarios del transporte aéreo el legítimo interés que a título individual ostente cada uno de los usuarios de aquel medio de transporte que, por haber sufrido daños como consecuencia del funcionamiento del servicio público aeroportuario gestionado por AENA, tuviera derecho, en su caso, a ser indemnizado de tales daños. Y pretendía que se negara la legitimación de las organizaciones demandantes para ejercitar las acciones concretas de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por determinados usuarios del transporte aéreo en base a un pretendido interés general o colectivo de los mismos como grupo y del que serían titulares las organizaciones constituidas para su defensa.

No obstante el Tribunal Supremo desestima el recurso en cuanto considera que no se justifica mínimamente el carácter gravemente dañoso para el interés general de la resolución recurrida, y no se fija una doctrina errónea.

Así señala en el FJ Cuarto, que:

“Para comprobar la corrección de la tesis mantenida por la Sentencia basta examinar el contenido del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus números 2 y 3 que disponen que: «cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas».

Los preceptos transcritos no dejan lugar a duda en cuanto a la legitimación de las asociaciones recurrentes para interponer procesos en defensa de los consumidores y usuarios que no sean sus asociados y para reclamar en su nombre la reparación de los perjuicios causados a los mismos como consecuencia de un hecho dañoso.

Esa posibilidad de las asociaciones de consumidores y usuarios de representar y defender en virtud de lo dispuesto por el artículo 20.1 de la Ley 26/1984 (RCL 1984, 1906), a sus asociados y ejercitar las correspondientes acciones en nombre de los mismos así como en defensa de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios fue puesta ya de relieve por esta Sala en la Sentencia de once de diciembre de mil novecientos noventa y uno con ocasión de la impugnación de determinados preceptos del Real Decreto 825/1990 (RCL 1990, 1326), de 22 de junio, regulador del derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones”.

A la vista de esta Sentencia parece que no resulta contradictorio con el requisito de que el daño esté individualizado exigido por el artículo 32 LRJSP, con la legitimación para reclamarlo a los titulares de intereses colectivos o difusos.

1.2. Persona jurídico pública.

Por otra parte, nos planteamos, aún cuando el artículo 106 haga referencia a “particulares”, si una Administración Pública, territorial o instrumental, podría resultar asimismo titular del derecho a la indemnización.

El Tribunal Supremo ya dispuso en Sentencia de 24 de febrero de 1994 que:

“Si bien es cierto que existe una tradición normativa muy consolidada que utiliza la expresión de «los particulares» como sujeto pasivo y receptor de los daños (artículo 14 de la Ley de Policía de Ferrocarriles, artículos 121 de la LE y 133 del RE, 40 de la LRJAE y 106.2 de la Constitución), también lo es que en criterios de buena hermenéutica jurídica no es posible hacer una exégesis restrictiva del referido término, debiendo incluir en el mismo no sólo a los sujetos de derecho privado, sino también a los sujetos públicos, cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración Pública, lo que nos ha de llevar a una exégesis amplia del mismo, pudiendo comprenderse dentro de aquel a las Corporaciones locales, como ya señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1964”.

Esta doctrina ha sido recogida por Sentencias posteriores, entre ellas las de 2 de julio de 1998 y 10 de abril de 2000 del Tribunal Supremo. Señala esta última:

“C. Por eso importa subrayar que el sujeto activo de la relación jurídica de responsabilidad extracontractual por funcionamiento de un servicio público puede ser lo mismo un sujeto público que uno privado y de este tipo, un simple particular o un servidor público (cfr. STS de 24 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1235], entre otras)”.

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

A estos efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1994, resulta bastante ilustrativa de lo expuesto.

En este caso el Tribunal analizaba de fondo la legitimación de la Diputación Foral de Vizcaya para la reclamación de responsabilidad deducida ante el Ministerio de Administración Territorial, (Sic Fundamento Tercero):

“La falta de legitimación a que alude el señor Abogado del Estado consiste en negar a la Diputación Foral de Vizcaya la titularidad del derecho a ser indemnizada que ejerce, por lo cual no se trata de un problema de falta de legitimación procesal, sino que afecta al fondo de la cuestión planteada, lo que impide que pueda considerarse como

motivo de inadmisibilidad del recurso. Pero también debemos rechazar esta argumentación como razón para desestimar la pretensión que hace valer la Diputación Foral de Vizcaya, verificando una interpretación integradora del término «particulares» que se contiene en los preceptos anteriormente citados y se reitera en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (aunque sin aplicación este último por razón de su fecha a los hechos debatidos en este proceso). Entendemos, como ha quedado apuntado, que la referida expresión «particulares» debe ser objeto de una interpretación integradora, de modo que no sólo comprenda a los ciudadanos, que en el Derecho administrativo reciben la denominación de «administrados», sino también a las distintas Administraciones Públicas, cuando una de ellas sufre una lesión en sus bienes o derechos que es consecuencia, en una relación directa de causa a efecto, del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos prestados por otra Administración Pública. Las razones que fundamentan este criterio son las siguientes:

1.º) Cuando el funcionamiento de los servicios de una Administración Pública produce una lesión antijurídica en el patrimonio de otra Administración Pública no existe en el ordenamiento una norma que establezca el medio por el que la persona de Derecho público lesionada pueda exigir de la Administración causante del daño su resarcimiento de forma coactiva, esto es, acudiendo a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que declare la obligación de indemnizar, si la Administración responsable no acepta voluntariamente asumir dicha responsabilidad. Se produce en la materia un auténtico vacío del ordenamiento, o laguna de la ley, que no contempla este supuesto ni da la adecuada respuesta para su solución.

2.º) Las lagunas de la ley han de ser colmadas por los Tribunales, que tienen el deber de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, correspondiendo a la jurisprudencia la función de complementar el ordenamiento jurídico, al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (artículo 1, apartados 6 y 7, del Código Civil). Uno de los instrumentos que sirve de manera esencial para llenar las lagunas de la ley es la analogía, respecto de la cual el artículo 4.1 del antes dictado Texto Legal previene que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

3.º) Entre el supuesto en que un «particular» sufre una lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, teniendo derecho a su indemnización, y el caso en que la lesión se produce en el patrimonio de una Administración Pública, encontramos la «eadem ratio decidendi» o identidad de razón que el artículo 4.1 del Código Civil exige para la procedente aplicación de la analogía. En el ámbito del Derecho se actúa en tanto se tiene la cualidad de persona, sea ésta física o jurídica, de Derecho público o de Derecho privado. La persona, como centro de imputación de derechos y deberes, es titular de un patrimo-

nio, y, cuando dicho patrimonio experimenta una lesión antijurídica, debe ser resarcida por el causante de la lesión. Desde una concepción política del Estado podrá mantenerse que en él se comprenden las diversas entidades públicas que forman parte de su organización y, en particular, las de carácter territorial (Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios). Pero en el campo del Derecho, y en la esfera del Derecho Administrativo particularmente, la Administración General del Estado es una persona de Derecho público con patrimonio propio y distinto, con derechos y deberes diferentes a los de las Comunidades Autónomas, Diputaciones y Ayuntamientos. La razón por la que las normas obligan a indemnizar los daños y perjuicios causados en los bienes y derechos de un «particular» por el funcionamiento de los servicios públicos es evitar que éste haya de sufrir una lesión antijurídica en beneficio de la Administración Pública causante de tal lesión. Pues bien, la misma razón debe impedir que tal resultado dañoso haya de ser soportado por una Administración Pública, que tiene su patrimonio propio, cuando el daño procede del funcionamiento de los servicios de otra Administración Pública, que es titular de un patrimonio distinto del de la Administración lesionada. El deber de indemnizar se basa en el mismo fundamento de justicia: evitar que una persona (pública o privada) haya de soportar la lesión o daño antijurídico producido por el funcionamiento de los servicios de una determinada Administración Pública”.

Ahora bien, ello debe entenderse siempre que la Administración no esté actuando como titular asimismo del servicio público prestado, a la que le resulte igualmente imputable el daño en concurrencia con otra Administración Pública.

1.3. Funcionarios.

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

A estos efectos resulta muy clarificadora la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 876/2005, de 25 de noviembre, que cita los antecedentes jurisprudenciales y los criterios aplicables según los casos.

El Tribunal se pronunciaba sobre la reclamación interpuesta por un funcionario de la Asamblea Regional de Murcia por los daños sufridos como consecuencia del mal funcionamiento y desatención de sus obligaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales, respecto de su concreto puesto de trabajo y su situación en particular.

Indicaba en el Fundamento Tercero que: *“Varias son las cuestiones que deben ser despedadas antes de poder resolver las cuestiones de fondo planteadas, entre ellas si el actor tiene legitimación para formular la reclamación por responsabilidad patrimonial, dada su condición de funcionario Público, y la segunda es si la jurisdicción Contencioso-Administrativa es la adecuada para conocer y resolver y pleito y el procedimiento adecuado. El*

tema ha sido muy debatido, dado que existe una interconexión de normas materiales y procesales de distinto ámbito, difíciles de deslindar”.

Y a continuación citaba diferentes pronunciamientos judiciales, de los que podemos destacar los siguientes:

“6) «Y si bien el título en virtud del cual la Administración aparece como responsable lleva a considerar, en el caso, que se está ante una situación funcional en la que no es viable sostener, precisamente por el título jurídico que legitima la prestación en la función pública, la existencia de un derecho adquirido a ocupar un puesto como funcionario interino, ha sido en el seno de la relación funcional en donde ha surgido el derecho de la parte reclamante, dentro del contenido estatutario de la relación funcional, lo que ha llevado a la percepción de unos determinados haberes que han sido suprimidos en el período de cese en su condición de interina, de modo que si la Administración no los satisface, como así sucede, incumbe al funcionario ejercitar la correspondiente acción para reclamarlos» (TS 3.ª Sección 6.ª S. 2 julio 1998 [RJ 1998, 6059]).

7) La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en Sentencia de 2 de octubre de 1996, apoyándose también en Dictámenes del Consejo de Estado, llegó a la conclusión de que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura, en relación con el propio personal a su servicio, como una forma de reparación complementaria a otros medios específicos establecidos por la normativa reguladora de la relación funcional, por lo cual no se puede rechazar, en principio, la inclusión de este personal en el ámbito subjetivo de la responsabilidad patrimonial.

8) La Sentencia del TS de 2 de julio de 1998 (RJ 1998, 6059), haciendo una interpretación integradora del concepto «particulares» con el fin de incluir en él a los funcionarios públicos, entiende que la institución de la responsabilidad patrimonial también ampara a los que ejercen una función pública en el seno de una relación funcional y, por tanto, una vez resueltas las acciones ejercitadas, en su caso, de acuerdo con su específico régimen estatutario funcional, pueden instar el reconocimiento con carácter general de la pretensión indemnizadora.

9) En Sentencia de fecha 4 de junio de 1999, la Audiencia Nacional confirma su criterio sobre la posibilidad de que los funcionarios públicos puedan ser resarcidos por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración: «si bien por los daños propios del servicio en el que se inserta el funcionario se prevé un régimen específico de resarcimiento, esto no excluye la reparación acudiendo al instituto de la responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos... aun cuando el funcionario pueda percibir una cantidad al amparo del Reglamento... no excluye la pretensión indemnizatoria al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), pues ambas fórmulas de resarcimiento son compatibles como ya sostuvo la S. 12 marzo 1991 (RJ 1992, 4870), de la Sala de Revisión del TS y siguió la de 6 abril 1997, si bien respecto del

régimen general de clases pasivas. Para llegar a tal conclusión se sostuvo que cuando la responsabilidad patrimonial persigue resarcir daños no reparados con otras sumas a que pueda tener derecho el lesionado, la vía del artículo 139 es complementaria y no subsidiaria, luego opera ante la insuficiencia del régimen específico funcional»”.

Concluye el Tribunal en el Fundamento Cuarto que:

“De todo lo expuesto, no es unánime el criterio en cuanto a la legitimación de los funcionarios públicos para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial por los daños o lesiones ocasionados por la Administración, sobre todo teniendo en cuenta la muy dudosa consideración de que estamos ante el funcionamiento del servicio público, que en el caso es el prestado por la Administración de la Asamblea Regional, respecto del recurrente, funcionario de la misma. Si bien, en aras de la evitación de retrasos indebidos y cabal aplicación del principio de tutela judicial efectiva, la Sala opta por considerar el fondo, sin perjuicio de las vías que han quedado señaladas a disposición, si procede, del recurrente. De entender que se acreditan los requisitos exigidos para responsabilizar a la Administración, habría que tener en cuenta las circunstancias concretas del recurrente, que ha sido resarcido con las prestaciones de la Seguridad Social propias de la invalidez que le ha sido reconocida, y aquí solamente se concedería aquello que se acredite que no ha sido suficientemente resarcido con tales prestaciones, en coherencia con la doctrina jurisprudencial que parece dominante y que la Sala asumiéndola aplica”.

En consecuencia de lo expuesto en dicha Sentencia se puede concluir que los funcionarios pueden ser sujetos activos de la reclamación patrimonial frente a la Administración de la que dependan, ahora bien, siempre que concurren los requisitos exigidos para la responsabilidad patrimonial y siempre que no haya sido ya resarcido por otros procedimientos indemnizatorios, por lo que habrá que estar al caso concreto.

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

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE

2.1. Administración Territorial y Sector Público Institucional.

A diferencia de lo que ocurre con el sujeto activo de la reclamación patrimonial, el artículo 106 del Texto Constitucional, no hace referencia a quién sea el sujeto pasivo, ya que únicamente alude al funcionamiento de los servicios públicos, por lo que cabe colegir que el daño o lesión resultará imputable al titular de ese servicio público, sin perjuicio lógicamen-

te de la necesidad de la concurrencia de otros requisitos, tales como el nexo causal del daño y el servicio público, la antijuridicidad, etc.

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

Por tanto el sujeto pasivo de la reclamación de responsabilidad patrimonial son las Administraciones Públicas, a las que resulte imputable la lesión que además sea consecuencia del funcionamiento normal y anormal del servicio público.

A los requisitos de la imputabilidad, nexo causal, etc., nos referiremos con posterioridad pero en este epígrafe nos interesa detenernos en el concepto de Administración Pública. Es decir, el término Administración Pública, ¿lo es también en sentido amplio?, ¿puede ser responsable la Administración Institucional o Instrumental? Y dentro de esta última, ¿todas las clases de entes instrumentales cualquiera que sea el régimen jurídico que les resulte de aplicación?

Si acudimos a lo dispuesto en el artículo 2.3 LRJSP, tienen la consideración de Administraciones Públicas, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2.

Esto es, también lo son *“cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas”,* que integran parte del Sector Público institucional.

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

a) Así, serán sujetos responsables en primer lugar las Administraciones Públicas Territoriales.

En este sentido el artículo 149.1.18.^a de la CE, atribuye al Estado competencia exclusiva en cuanto al *“procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas... y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”*.

Por su parte, el artículo 47.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, atribuye a la Junta de Andalucía, en materia de responsabilidad patrimonial, *“la competencia compartida para*

determinar el procedimiento y establecer los supuestos que pueden originar responsabilidad con relación a las reclamaciones dirigidas a ella, de acuerdo con el sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”.

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

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

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

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1994 (FJ Tercero), concluía que no concurría el nexo de causalidad en cuanto que la Administración a quien se reclamó la indemnización por la paralización de los trabajos de aprovechamiento minero no fue la quien la ordenó.

También en otras ocasiones puede ocurrir que el daño realmente resulte imputable a varias las Administraciones Públicas, como disponía el anterior artículo 140 de la LRJ-PAC, y el actual artículo 33 LRJSP, como consecuencia del ejercicio de competencias concurrentes o compartidas, cuestión a la que nos referiremos con posterioridad.

b) Sector Público Institucional,

b1) Respecto a los entes instrumentales del Sector Público Institucional, como hemos señalado anteriormente, el artículo 2 apartado 3 en conexión con el apartado 2.a) y el artículo 32 todos ellos de la LRJS, incluye en el concepto de Administraciones Públicas a los *organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas* por lo que en podría considerarse que en cuanto tales podrían ser sujetos pasivos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien si seguimos leyendo el artículo 2 apartado 2 relativo al Sector Público Institucional, en la letra b) se refiere al resto de Entidades Instrumentales, esto es, a *“las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas”*,

pero de las que señala que *“quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas”*.

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

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

Lo que sí es cierto es que a efectos de responsabilidad patrimonial, al incluirse expresamente en el concepto de “Administraciones Públicas”, letra a) del apartado 2 del artículo 2 en conexión con su apartado 3, *organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas*, a diferencia de la anterior redacción del artículo 2.2 de la LRJAP-PAC, que aludía a *“Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública”*, se superan dudas que incluso se planteaban respecto a las Entidades Públicas Empresariales.

El artículo 84 LRJSP clasifica los organismos públicos en Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales.

Respecto a los Organismos Autónomos, podemos traer a colación la Sentencia de 18 de febrero 1998, del Tribunal Supremo, en la que se analiza la responsabilidad patrimonial de las Juntas de Puertos, y si resulta preceptivo o no el tradicionalmente denominado recurso de alzada impropio, ante el titular del Ministerio del que dependen los citados organismos.

En particular, a lo primero señala que:

“b) La competencia sobre la citada rampa o pasarela, por su pertenencia a la Junta de Obras del Puerto y su afección al servicio público portuario era la que determinó la responsabilidad íntegra a dicha Junta, pues a ella le incumbía mantener las instala-

ciones portuarias en perfecto estado de funcionamiento y advertir a los usuarios de las mismas de las deficiencias que pudiera entrañar las reparaciones que se estaban llevando a cabo, sin que, en el supuesto examinado, se adoptasen medidas prohibitivas de atraque de buque alguno y del uso de la rampa objeto de la reparación, cuando dichas circunstancias habían sido solicitadas por la Compañía consignataria, pudiéndose haber ordenado el atraque en muelle distinto, como de hecho se tuvo que hacer con posterioridad a la producción del accidente”.

Y a lo segundo llega a la conclusión en el Fundamento Cuarto de la no preceptividad del recurso en caso de desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial³.

En relación con las Entidades Públicas Empresariales, el problema estribaba en determinar si los daños se originan en ejercicio de potestades públicas.

Para De Vicente Domingo⁴, *“podría defenderse que sólo cuando las actividades prestacionales cumplan una finalidad claramente pública, o sea, de servicio público, sobre todo si requieren potestades públicas, el régimen de responsabilidad será el previsto en la LRJ y PAC. En cambio, si el objeto de la entidad es la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación sin necesidad de empleo de poderes el régimen sustantivo y procesal sería el civil”.*

³ **c)** *En consecuencia, la necesidad de agotar la vía administrativa previa a la vía jurisdiccional en los actos presuntos, es un requisito cuyo incumplimiento no determina la vulneración del derecho a la tutela efectiva, siendo de tener en cuenta que, desde el punto de vista de la regulación legal, la Ley Jurisdiccional excepcionaba la preceptividad del recurso de reposición en los actos producidos por silencio administrativo en vía de petición, al amparo del artículo 53.d) de la Ley Jurisdiccional, antes de la reforma de la Ley 10/1992 (RCL 1992\1027), que suprimió el referido recurso y aunque nada dice, en cambio, para las denegaciones presuntas de peticiones dictadas por órganos cuyos actos son recurribles en alzada, se entiende que el recurso administrativo de alzada no resulta preceptivo, por aplicación analógica del anterior criterio legal y en desarrollo de reiterada jurisprudencia de este Tribunal, máxime cuando los motivos de inadmisibilidad deben ser enjuiciados con un criterio flexible o “pro actione” de conformidad con la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción, hoy amparada en el derecho a la plena garantía jurisdiccional que a todos otorga como titulares de derechos e intereses legítimos, el artículo 24 de la Constitución Española, como ha declarado esta Sala en los supuestos contemplados en las Sentencias de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988\10115) y 24 de mayo, 18 de octubre y 11 de diciembre de 1989 (RJ 1989\3746, RJ 1989\4349 y RJ 1989\3955), en cuanto que aparece como indudable que los presupuestos de admisión han de entenderse en armonía con la naturaleza del recurso de que se trate, esto es, atendiendo a la finalidad o justificación prevista en la Ley y sin poder convertir el presupuesto procesal en obstáculo insalvable o insuperable, rechazando, en consecuencia, que pueda convertirse en fuente de incertidumbre e imprecisibilidad para la suerte de las pretensiones deducidas (Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1987 [RTC 1987\49] y 19 de enero de 1989 [RTC 1989\7] y del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1989 [RJ 1989\3955]).*

⁴ DE VICENTE DOMINGO, R.: *La responsabilidad patrimonial de los entes públicos instrumentales en la legislación y la jurisprudencia administrativa. Nuevas perspectivas del Régimen Local*, Estudios en homenaje al profesor José M.^a Boquera Oliver, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

En esta línea podemos citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 2003, que analiza en el FD Segundo, la naturaleza jurídica de AENA concluyendo que:

“Por tanto, la actuación que desarrolla AENA al gestionar y explotar las instalaciones aeroportuarias y el servicio de control y organización del tráfico aéreo, puede ser considerada como una actividad prestacional de la Administración enmarcada dentro del ámbito de la explotación y gestión de dichos servicios, plasmada en su aseguramiento y, asimismo, en prestaciones globales y singularizadas de un servicio público”.

También en este ámbito de entidades de naturaleza pública, habría que analizar la legitimación pasiva de los Consorcios y de la Administración Corporativa.

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

Son varios los pronunciamientos judiciales respecto a los Consorcios, pero desde luego cuando son entidades de derecho público no se suscitan dudas. Vid por ejemplo la Sentencia 734/2002, de 20 noviembre, de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.^a):

“Se trata de discernir, en consecuencia, si el Consorcio de Aguas es o no un ente público. Lo que se debe responder en sentido afirmativo, pues la consideración del Consorcio de Aguas como ente público no ofrece dudas atendiendo a sus estatutos, publicados en el BOB núm. 235, del viernes 5 de diciembre de 1997, dado que: a) la condición de sus miembros es la de verdaderas Administraciones Públicas (artículo 11), por lo que el ente como tal asume indudablemente ese carácter en su plenitud; b) su Asamblea General está conceptuada como el órgano supremo del Consorcio al que representa y personifica, con el carácter de ente público de naturaleza local (artículo 11.11), y c) su misión primordial es la prestación de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento en el ámbito territorial de los municipios que lo componen, pudiendo realizar, asimismo, otros servicios públicos locales, siempre que los entes consorciados lo acuerden expresamente, así como cuantas actividades complementarias o derivadas refuerzan la eficacia en el cumplimiento de sus fines generales (artículo 6). De todo lo que se sigue claramente, por sus sujetos, por su objeto y por su conceptualización, que el Consorcio de Aguas es un ente público, resultando procedente su inclusión en el artículo 1.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que califica como Administraciones Públicas a los efectos que señala: «Las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales».

CUARTO: Siendo así, y a la vista de lo anterior, que procede aplicar el criterio seguido por esta Sala, ya puesto de manifiesto, entre otras, por las sentencias citadas por la

Aseguradora apelante, y que ha venido a corroborar la reforma legislativa operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1735), de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635 y ApNDL 8375), y la Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114, 329), de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que representan, por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial de los entes públicos [artículos 2.e), 9.4 y 144 y 146, respectivamente], el último hito en el proceso de unificación jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo y que han pretendido eliminar las dudas y obstáculos de todo orden existentes con anterioridad de cara a la consecución de tal finalidad. Lo que significa apreciar la falta de jurisdicción invocada por corresponder, no a la civil, sino a la Contencioso-Administrativa, el enjuiciamiento y resolución de la reclamación planteada, debiendo por ello estimarse el recurso de apelación, así como la impugnación de la sentencia, con revocación de la sentencia apelada e impugnada y sin que proceda verificar expresa condena ni en las costas de la instancia, dado que el caso, por existir todavía jurisprudencia contradictoria en supuestos relativos a sucesos acontecidos con posterioridad a la vigencia de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pero con anterioridad a la de la reforma legislativa comentada en el anterior, presentaba razonables dudas de derecho, ni en las de la alzada (artículos 394 y 398 LECiv)".

En cuanto a la Administración corporativa, Fresnada Clement⁵, señala que:

“El artículo 2 de la LRJ-PAC, no contempla a esta dentro del campo de aplicación de la Ley, por lo que, en un primer acercamiento, pudiera pensarse en una exclusión de la Administración Corporativa respecto a este particular régimen de exigencia de responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, resulta evidente que su carácter de Administración Pública y la dicción impersonal del artículo 106.2 de nuestra Constitución, que conecta sin más la responsabilidad patrimonial con el servicio público, obliga a entender incluidas a las entidades de la Administración Corporativa en este concepto, siendo la única duda la determinación de la normativa aplicable (ejemplo: Comunidades de Regantes)”.

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

⁵ FRESNADA CLEMENT: *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el ámbito Local*, junio 2013.

“De lo anterior se colige que si estamos ante una comunidad de usuarios, como Corporación de Derecho Público, y la pretensión vertida en la demanda, al solicitar en el suplico de la misma que se condene a la demandada a reparar unos daños causados a la parte actora y ahora apelante, va dirigida a exigir la responsabilidad patrimonial de la demandada por la lesión que su mal o defectuoso funcionamiento ha causado en los bienes de otro usuario. Es claro que la vía jurisdiccional Contencioso-Administrativa resulta la única competente para conocer de la pretensión ejercitada, a tenor de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la que en sus artículos 139 a 144 deroga la regulación anterior, estableciendo un sistema único para la responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de Derecho Público como de Derecho Privado. Igualmente el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993, 1394 y 1765), por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, dice en su preámbulo que la vía jurisdiccional contencioso-administrativa pasa a ser, en el sistema de la nueva Ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de Derecho Público como de Derecho Privado. El propio artículo 144 de la Ley 30/1992 dice, al tratar de la responsabilidad de Derecho Privado, que «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 encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley»”.

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

Respecto a las entidades de naturaleza privada, por ejemplo sociedades mercantiles, fundaciones del sector público, etc., la casuística es y ha sido tal, que habría que acudir a la normativa que le resulta de aplicación, esto es, a su ley de creación o a los estatutos en su caso.

Pero el problema fundamental era el de determinar el procedimiento para exigirles responsabilidad y si siendo responsable la Entidad filial, la responsabilidad se transmitiría a la Entidad Matriz.

Por ejemplo, respecto a las sociedades mercantiles del sector Público, la doctrina⁶ venía sosteniendo que su responsabilidad se exigirá ante los tribunales civiles, entendiendo un

⁶ BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A.: “La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales y su transmisión a la entidad matriz”, REALA, 300-301, enero-agosto, 2006.

sector doctrinal que la exigencia de responsabilidad se ajustará al ordenamiento propio de los servicios públicos gestionados por la sociedad, esto es, responsabilidad objetiva; mientras que otro sector doctrinal sostiene el pleno sometimiento al derecho privado y, en consecuencia al régimen de culpa del artículo 1.902 del Código Civil.

Ballesteros Fernández, señalaba que *“para transmitir la responsabilidad a la Administración matriz la jurisprudencia ha acudido a considerar bien planteada la relación jurídico procesal si se demanda o comparece en el proceso la Administración matriz y no la filial; o estima la solidaridad de responsabilidad de la matriz y filial por ser aquella la titular del servicio cuya gestión se encomienda a ésta; o bien, por último, acude a levantar el velo para negar virtualidad a la vestidura de la personalidad jurídica”*.

Como ejemplo del primer supuesto podemos citar nuevamente la Sentencia de 18 de febrero de 1998, del Tribunal Supremo, en la que resultaba imputable la Junta de Puertos que sin embargo no fue demandada, pero sí compareció la Administración del Estado, desestimándose por el Tribunal Supremo la falta de legitimación pasiva y el litisconsorcio pasivo necesario.

En cuanto al segundo, resulta significativa la Sentencia de 25 de febrero de 1998, que imputa la responsabilidad a la Administración en cuanto titular del servicio, en el caso de una concesión administrativa.

Y finalmente en relación con el levantamiento del velo, Ballesteros Fernández cita entre otras, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1984. En dicha Sentencia se analizaba el caso de una reclamación deducida por una sociedad frente a un Ayuntamiento por los daños inferidos por otra mercantil de titularidad pública frente a la que amplió la reclamación. Pese a estar prescrito el plazo respecto a esta última, la Sala de apelación concede eficacia a la reclamación hecha frente al Ayuntamiento, so pena de “quebrantar los principios de buena fe y de confianza que inspiran todo el tráfico jurídico privado”, aquí en la modalidad de gestión de un servicio público, equivalente a la gestión directa. Y en particular señala el Tribunal Supremo:

“Que también en el ámbito del Derecho administrativo, cuando se habla de los «entes públicos» o de gestión («mutatis mutandi»), a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho privado (Sociedades anónimas, por ejemplo), según se señala por autorizada doctrina, no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese Derecho de modo instrumental, del uso de un procedimiento en el que «la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente final puro y simple», externamente regida por el Derecho privado, pero en realidad –internamente– de la pertenencia de la Administración, tal como en el caso del recurso ocurre y se declara por la Sentencia de instancia, en el que, según el contrato, el Ayuntamiento es órgano de la Sociedad municipal y el Alcalde su Presidente del Consejo, es decir, con el poder, siquiera compartido, de gestión de la entidad, circunstancia más que suficiente para no considerar tercero o extraño al Ayuntamiento con respecto a la

sociedad municipal demandada y, consecuentemente, bastante para llegar a la misma conclusión que la Sentencia impugnada, es decir, que la interpelación hecha al Municipio vale para la sociedad como órgano integrante de ésta y que ésta ni puede ni debe pretender escapar de sus efectos, determinados en el artículo 1.973 del Código Civil, por consiguiente no violado”.

Hoy día esta cuestión ha quedado superada con la redacción dada al artículo 35 LRJSP, que responde mejor que el anterior artículo 144 LRJ-PAC al contenido de su rúbrica: “Responsabilidad de Derecho Privado”, y pone fin a cualquier controversia:

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

Por otra parte, todo lo anteriormente expuesto resultaría asimismo de aplicación al ámbito de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, que según el artículo 53 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, LAJA, son las Agencias (administrativas, públicas empresariales y de régimen especial), y como entidades instrumentales privadas, las Sociedades mercantiles y las Fundaciones del sector público andaluz.

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

b2) Respecto al Sector Público Institucional integrado por las Universidades Públicas, según el artículo 2.2.c) LRJSP se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esa Ley, lo que nos lleva a pensar si las Universidades Públicas pueden incurrir en responsabilidad patrimonial, y si bien serían sujetos pasivos en todos los casos.

Por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2003, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, casa la Sentencia impugnada y estima el recurso contencioso-administrativo acordando la responsabilidad patrimonial de la Universidad de Santiago de Compostela por los daños y perjuicios derivados de la pérdida de obra gráfica cedida temporal y gratuitamente por su autor para exposición.

No obstante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de abril de 2005, concluye que la UNED se encuentra integrada en la Administración Educativa y por tanto de la Administración General del Estado a efectos de una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por un profesor universitario relacionado con su acceso a la condición de catedrático⁷.

2.2. Responsabilidad de autoridades y personal.

Hemos analizado con carácter general la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pero ésta debe, no obstante, entenderse ampliada también a aquellos casos en los que el daño sea consecuencia de actos u omisiones del personal integrado en la organización administrativa.

Así, establece el artículo 36.1 LRJSP (al igual que hacía el 145.1 LRJ-PAC):

“Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

De la exégesis del precepto lo primero que resulta reseñable es que recoge uno de los caracteres principales de la responsabilidad patrimonial, esto es, que se trata de una responsabilidad directa. Y ello en cuanto los particulares se dirigirán directamente a la Administración que responderá de las lesiones originadas por la acción u omisión de las personas integradas en su organización.

Otra cuestión que puede plantearse a la vista del artículo es la del concepto de *“autoridades y personal a su servicio”*. De un lado, en cuanto a la relación jurídica que vincula al personal con la Administración, esto es, si únicamente se refiere a actuaciones u omisiones imputables a personal funcionario o laboral, o se incluye algún otro colectivo.

⁷ “Pues bien, como la autonomía universitaria a que alude el actor no tiene –según la jurisprudencia del Tribunal Supremo– ninguna repercusión en la conceptualización de la Universidad como parte esencial de la Administración Educativa, sin perjuicio del reconocimiento de una personalidad pública diferenciada, y sin perjuicio de que tenga un patrimonio y tesorería propios y una autonomía de gestión que no la separan de su participación, como especie, en la estructura de la Administración del Estado; es por ello por lo que como en el caso presente se está ante la impugnación de la desestimación presunta por silencio administrativo de una reclamación deducida por un profesor universitario relacionado con su acceso a la condición de catedrático y dirigida al Rectorado de la UNED –como se consigna expresamente al pie del escrito mediante el que la reclamación se plantea–, por lo tanto la denegación impugnada, aunque presunta, se ha de entender imputada a un órgano con nivel orgánico inferior a Ministro o Secretario de Estado, e integrado en una Entidad –la UNED– que tiene ámbito nacional y que ejerce sus actividades en todo el territorio español, por lo que hay que considerarla a todos estos efectos inordinada en la Administración General del Estado, y por tal motivo debería haber sido resuelta no por ella, sino por el Ministro respectivo”.

En este sentido dice Martín Rebollo⁸, que *“la cobertura de la imputación del funcionario, va referida no sólo a los funcionarios en sentido estricto, sino también en un sentido más amplio, a cualquiera que ejercite funciones públicas integradas en la organización, y, por tanto, también a los interinos, personal laboral y contratados, pero esa nota faltaría en el caso de los contratistas y concesionarios de servicios públicos, así como en los supuestos de ejercicio privado de funciones públicas (notarios, corredores, taxistas, prácticos de puerto, aunque en relación con estos últimos hay al menos dos Sentencias que admiten la responsabilidad administrativa: STS de 26 de febrero de 1982 y de 20 de septiembre de 1983”*.

Y asimismo podríamos plantearnos si la Administración respondería en todos los casos, o sólo cuando el personal a su servicio actúe en el ámbito de sus funciones públicas, y no privadas. A estos efectos la jurisprudencia ha sido oscilante, ya que en algunas ocasiones considera que no responderán las Administraciones cuando la lesión tenga su origen en actividad puramente privada del personal a su servicio, pero también en otros supuestos, reconoce que el daño es imputable a la Administración, cuando por ejemplo un policía utiliza su arma reglamentaria, no estando de servicio. STS de 17 de julio de 1995.

Por tanto, como hemos señalado la Administración responderá de las lesiones ocasionadas por acciones u omisiones del personal a su servicio.

Ahora bien ello no significa que dicho personal quede exento de responsabilidad. A saber:

1. De un lado, se le exigirá responsabilidad por la propia Administración, en la forma establecida en los demás apartados del artículo 36 LRJSP:

“2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves”.

Existen tres diferencias básicas entre la redacción de este apartado y el anterior del apartado 2 del artículo 145 LRJ-PAC:

⁸ MARTÍN REBOLLO: “Responsabilidad de la Administración”, en *Expropiación Forzosa*, CDJ, XX, 1993.

Por una parte, ahora se añade que se exigirá de oficio “en vía administrativa”.

De otra, que ya no se remite el procedimiento a desarrollo reglamentario, sino que se regula en la propia LRJSP y en la LPACAP. Así el artículo 36 LRJSP en los siguientes apartados establece que:

“4. El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad al que se refieren los apartados 2 y 3, se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585), y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites:

- a) Alegaciones durante un plazo de quince días.*
- b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.*
- c) Audiencia durante un plazo de diez días.*
- d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.*
- e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.*

5. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

6. Lo dispuesto en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”.

Y en último lugar, que entre los criterios de ponderación antes se aludía a *la existencia o no de intencionalidad* y ahora sin embargo se sustituye por el *“grado de culpabilidad”*.

Como se puede apreciar para el ejercicio de la acción de regreso por la Administración se exige que haya existido *dolo, o culpa o negligencia graves*. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 10 de enero de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^ª).

2. Por otra parte, también responderán, en su caso, penal y civilmente: artículo 37 LRJSP: (en idéntica redacción al artículo 146 LRJ y PAC):

“1. La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.

2. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”.

3. Y finalmente, no podemos olvidar que la posibilidad de que incurran en responsabilidad contable cuando de su acción u omisión se produzca un menoscabo a los caudales o efectos públicos.

2.3. Otros supuestos de responsabilidad.

Pues bien, una vez analizados los supuestos de responsabilidad de las Administraciones Públicas, incluyendo la de su personal, debe tenerse en cuenta la responsabilidad de los otros poderes del Estado, del poder legislativo y del judicial.

Por tanto, vamos a hacer una breve referencia a la regulación de la responsabilidad que resulte imputable al Estado Legislador y al Poder Judicial, pero también abordaremos que ocurre con el Tribunal Constitucional o con los órganos estatutarios o constitucionales a efectos de responsabilidad patrimonial.

a) Responsabilidad del Estado Legislador.

Establece el artículo 32.3 LRJSP en análoga regulación a la que disponía el artículo 139.3 LRJ-PAC que:

“Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen”.

Respecto a esta responsabilidad podemos citar varias sentencias que se pronuncian de diferente forma según los casos:

Por ejemplo, la Sentencia de 20 de mayo de 2003, del Tribunal Supremo, resuelve finalmente que el actor no tenía el deber de soportar el daño individual y efectivo que se produjo por la interrupción de su actividad empresarial por el cierre de la frontera con Gibraltar decretado en aras de los intereses nacionales.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2008, se deniega la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Educación por la prórroga del calendario educativo, pues no existe un daño efectivo ni antijuridicidad.

Por otra parte, se planteaba también en ocasiones la responsabilidad patrimonial por lesiones sufridas por los particulares como consecuencia de leyes declaradas inconstitucionales.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de noviembre de 2010, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una mercantil contra la desestimación de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños sufridos en su patrimonio, derivados del pago de tarifas portuarias durante el ejercicio 1999, en aplicación del artículo 70, apartados 1 y 2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que sin embargo fue declarado inconstitucional.

Entiende la Sala que, el litigio ha de examinarse desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial y del presupuesto básico de existencia de un detrimento patrimonial real y efectivo. A tal efecto, *“la entidad recurrente, mediando el abono de la correspondiente tarifa, accedió a determinada prestación portuaria (uso de dominio público o servicio portuario) obteniendo con ello el correspondiente beneficio que incorporó a su patrimonio. La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Puertos incide en la habilitación para la exigencia de la tarifa, pero no altera la situación patrimonial de la entidad recurrente que resulta del disfrute de aquella prestación, cuya incorporación a su patrimonio no se ve afectada y se mantiene tras la declaración de inconstitucionalidad. Esta declaración podrá propiciar, en su caso, que el interesado ejercite las acciones correspondientes en reclamación de las tarifas satisfechas en aplicación de aquella normativa, lo que evidentemente irá en beneficio de su patrimonio, pero desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial no acredita un detrimento patrimonial que pueda calificarse como daño real y efectivo”*.

Pues bien, el legislador de la LRJSP, según su Exposición de Motivos, señala que una de las principales reformas que precisamente se realizan en este ámbito es la de incluir expresamente esta responsabilidad, pero no sólo en caso de leyes declaradas inconstitucionales sino también en el caso de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, concretando además las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización.

Así continúa el artículo 32.3 segundo párrafo:

“La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

- a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.*
- b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5”*.

Y el resto de apartados:

“4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa”.

Esta regulación debe completarse con lo dispuesto en el artículo 34 LRJSP, segundo párrafo que establece que:

“En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa”.

Y asimismo con la disposición transitoria quinta de la LPAAP, que bajo la rúbrica “Procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea”, dice:

“Los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de su iniciación”.

b) Responsabilidad de la Administración de Justicia.

Dispone el artículo 121 de la Constitución Española que: *“Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.*

En análogo sentido se pronuncia el artículo 32.7 LRJSP: *“La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”*.

Por su parte, la LOPJ regula la responsabilidad de la Administración de Justicia en los artículos 292 a 297. Establece el primero que:

“1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización”.

Por tanto, procederá la responsabilidad de la Administración de Justicia:

Como consecuencia de error judicial, ahora bien, siempre que vaya precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca que podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. (Vid artículo 293 LOPJ).

Como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Vid STS de 15 de marzo de 2006, que contemplaba un caso en el que la resolución del procedimiento tardó más de 10 años, tratándose de un supuesto además de privación de libertad.

Y como consecuencia de prisión preventiva indebida según lo dispuesto en el artículo 294 LOPJ: *“Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”*.

c) Responsabilidad del Tribunal Constitucional.

Hasta la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, la falta de regulación de la responsabilidad del Tribunal Constitucional ocasionaba numerosos problemas, ya que en cuanto no se trata de un órgano jurisdiccional, no procedía exigirle responsabilidad de conformidad con lo previsto en los artículos 292 y siguientes de la LOPJ.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2008, supuso un hito importante en la materia, ya que se planteaba la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial del

Estado por los daños ocasionados a los particulares por el funcionamiento del Tribunal Constitucional:

“Ningún poder del Estado está exento de responder por los daños y perjuicios antijurídicos que puede causar en el ejercicio de sus funciones con el correlativo derecho de los particulares a ser indemnizado por ellos, en los términos que la propia Constitución garantiza y con las únicas excepciones que en ella se contemplan (por ejemplo: artículo 64.2 CE) o las previstas expresamente en las leyes que la desarrollan.

El Tribunal Constitucional no constituye una excepción, pues, ni la Constitución ni su propia Ley Orgánica, lo configuran como un ámbito exento de responsabilidad. Ciertamente se trata de un órgano constitucional independiente, pero ello no es óbice para que puedan reclamarse al Estado, en cuanto comprensivo de todos los poderes públicos, los daños antijurídicos que pueda causar a los particulares, ya sea cuando ejerce funciones materialmente administrativas o bien cuando lo hace ejerciendo las funciones jurisdiccionales que le han sido encomendadas por nuestra Constitución (artículo 161 CE). La independencia no conlleva irresponsabilidad, antes al contrario, «la independencia tiene como contrapeso la responsabilidad» (STC, Pleno, 108/1986, de 29 de julio de 1986 [RTC 1986, 108]). Y si la responsabilidad en derecho implica la restitución, cuando un poder público en su actuación genera o ha podido generar un daño, este debe poder ser reclamado y, en su caso, reparado.

Es cierto que la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional, al igual que sucede con otros órganos constitucionales o poderes del Estado, no ha sido objeto de un tratamiento específico en la Constitución, al contrario de lo que ha sucedido con la responsabilidad por los actos de la Administración Pública (artículo 106 CE [RCL 1978, 2836]) o la derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia (artículo 121 CE), pero ello no permite extraer la conclusión de que dicha responsabilidad no exista, ya que ésta deriva directamente del artículo 9.3 de la Constitución” (Fundamento Quinto).

Por tanto partiendo de la premisa de la imputabilidad de responsabilidad del TC, se plantea la AN en qué forma podría exigirse dicha responsabilidad. Analiza tres cauces, primero residenciar las reclamaciones directamente ante el mismo TC. La segunda opción consistiría en acudir directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos u otras instancias internacionales.

Tras descartar las dos anteriores señala en el Fundamento Décimo que “*las dificultades y la necesidad de buscar una solución a este problema ha sido destacada por el Consejo de Estado de forma muy significativa en su memoria del año 2004, en unas consideraciones que por su interés merecen ser reseñadas, afirmando que no cabe ocultar un cierto grado de insatisfacción por el hecho de que el ordenamiento interno no ofrezca vías «eficaces y suficientes» para la reparación de los perjuicios correspondientes, forzando a quienes se sientan perjudicados por el funcionamiento del Tribunal Constitucional a acudir a instancias externas para obtener una reparación [...]”.*

Continúa indicando que *“La búsqueda de un cauce adecuado, ante el aparente vacío normativo existente, exige, a juicio de este Tribunal, una labor hermenéutica en la que está implicado el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico y de forma significativa las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia en supuestos asimilables al que nos ocupa”*.

De este modo la AN concluyó: *“Finalmente, no se advierte inconveniente constitucional alguno por el hecho de que la competencia para resolver sobre esta reclamación administrativa se encomiende a otro poder del Estado, en concreto al poder ejecutivo, pues ello no implica merma alguna de la independencia del Tribunal Constitucional ni interferencia en la alta función que está llamado a desempeñar. Así se ha considerado en relación con otros poderes del Estado, pues el conocimiento y la decisión sobre la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los Tribunales de Justicia se residencia ante el Ministro de Justicia y la propia responsabilidad del Estado-legislador, tal y como acabamos de señalar, se atribuye al Consejo de Ministros”*.

No obstante, parece que esta problemática quedó superada con la introducción por el artículo 9 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de un apartado 5 al artículo 139 de la LRJ-PAC, ahora recogida de igual forma en el artículo 32.8 LRJSP, según el cual:

“El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado”.

Como cuestiones interesantes de esta regulación se pueden destacar las siguientes:

- 1.º El Tribunal tiene que declarar haber incurrido en funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad, en forma análoga a lo previsto en el artículo 121 CE.
- 2.º Se limita a los daños inferidos por el funcionamiento anormal y no los derivados del funcionamiento normal.
- 3.º Asimismo deriva responsabilidad sólo en los casos de tramitación de los amparos y las cuestiones de inconstitucionalidad. Respecto a los recursos de inconstitucionalidad la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014, considera que no cabe solicitar una indemnización por responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional sobre la base del supuesto retraso en la tramitación de un recurso de inconstitucionalidad.

d) *Responsabilidad de los órganos constitucionales y estatutarios.*

Nos referimos en este apartado a la posibilidad de exigir responsabilidad al Defensor del Pueblo por los daños que pueda causar en el ejercicio de sus actuaciones, ante la falta de regulación expresa en el Ordenamiento Jurídico.

A estos efectos debemos partir como hacía en el caso anterior la Audiencia Nacional del principio de responsabilidad de todos los poderes públicos que contempla el artículo 9.3 de la CE.

En este sentido resuelve el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de noviembre de 2009, de forma análoga a como lo hacía ya la Audiencia Nacional.

De un lado, concluye en el Fundamento Quinto, que *“el mencionado precepto constitucional ofrece a los ciudadanos una garantía para resarcirse de toda lesión que les cause la actuación del Defensor del Pueblo en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Además, en el caso de esta institución, creada por el artículo 54 de la Constitución, la aplicación del principio general de responsabilidad de los poderes públicos fluye con toda normalidad habida cuenta de la tarea que se le ha encomendado”*.

A continuación analiza de qué forma se puede exigir dicha responsabilidad, llegando a la misma conclusión que la Audiencia Nacional respecto al Tribunal Constitucional, esto es, que por tratarse de una responsabilidad resultante de una actividad que no puede atribuirse a ningún ministerio en concreto, corresponde pronunciarse al Consejo de Ministros como órgano que encarna al mayor nivel las tareas de gobierno. Razones de parecida sustancia aconsejan adoptar aquí idéntica solución, ya que se reclama la responsabilidad por los actos de un órgano constitucional del Estado sobre la que no existe una previsión legal expresa, no siendo posible residenciarla en un ramo específico.

2.4. Supuestos especiales de concurrencia de responsabilidad.

a) *Concurrencia de Administraciones.*

Se regulaba expresamente en el artículo 140 LRJ-PAC:

“1. *Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones Públicas.*

2. *En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los cri-*

terios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”.

Este precepto fue redactado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.36 de Ley 4/1999, de 13 de enero, modificándose de un lado la expresión “fórmulas colegiadas de actuación” por la de “fórmulas conjuntas de actuación” y añadiéndose la responsabilidad concurrente no sólo en los casos de de dichas actuaciones conjuntas. Y dicha redacción se mantiene en el actual artículo 33 LRJSP.

A estos efectos la Audiencia Nacional en Sentencia de 6 de febrero de 2012, concluía que existía responsabilidad de las distintas Administraciones Públicas, Estatal, Autonómica y Local en cuanto ostentaban títulos competenciales concurrentes. Indicaba que: *“las Administraciones demandadas no han adoptado medida precautoria alguna para evitar el daño ocasionado al recurrente. En efecto, habrían sido numerosas las ocasiones en que se han desprendido piedras de la Muralla, sin que las entidades responsables, tanto de la Administración local, autonómica y estatal, hayan adoptado medidas para garantizar la seguridad de los transeúntes, que, como en el presente caso, y con la necesaria diligencia en la conservación de la Muralla y en la adopción de determinadas medidas precautorias, señalando y advirtiendo de los riesgos existentes, pudo haberse evitado el daño producido”.*

Otra Sentencia relevante es la dictada por el Tribunal Supremo, el 25 de mayo de 2011, en la que analiza la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónoma en materia de servicios portuarios y servicio de practicaje básico para la seguridad marítima.

“No estamos ante el caso previsto en el artículo 140.1 de la Ley 30/1992 (fórmulas conjuntas de actuación), sino que estamos ante el supuesto previsto en el artículo 140.2; es decir, los casos en que, de modo causal, concurren varias Administraciones a la producción del daño. Esto es consecuencia de que dicho daño se ha producido, no por un acto jurídico, sino por un hecho jurídico (un siniestro). Y, en dichos casos, el artículo 140.2 de la Ley 30/1992 aboca a que, con carácter principal, se busque un único patrimonio responsable, en la medida de lo posible, atendiendo a criterios de competencia, interés público tutelado y necesidad de la intervención; sin que sea posible recurrir a la responsabilidad solidaria más que en los casos en que no sea posible la individualización de las respectivas responsabilidades. Y así, ya antes de la Ley 30/1992, lo entendió de esta forma la STS de 10 de abril de 1989, así como la de 1 de abril de 1985 (RJ 1985, 1784); e incluso la de 17 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3937), que en todo caso condena a dos Administraciones, pero individualizando concretamente los daños imputables a cada una de ellas.

En nuestro caso, el interés público tutelado, la seguridad marítima, entra dentro de la esfera estatal; a lo mismo conduce el criterio de la competencia, en atención a las razones antes señaladas”.

Y la Sentencia de 26 de junio de 2007, en la que el Tribunal Supremo resolvía que:

“El principio de solidaridad entre las Administraciones Públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice la Sentencia de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 10115), de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones no sólo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), se dan fórmulas «colegiadas» de actuación, sino también, al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre aquéllas (véase gr., Sentencia de 13 de febrero de 1997, Recurso 14259/1991 [RJ 1997, 902])”.

En este caso concluyó que resultaba improcedente exigir responsabilidad al Ayuntamiento por el exceso de parcela ocupada y no expropiada o por la inutilidad del resto de finca, de modo que la responsabilidad era exclusiva del Ministerio de Fomento en relación a la realización de obra de nudo viario.

Ahora bien, el artículo 33 LRJSP, viene a completar esta regulación con dos apartados más:

“3. En los casos previstos en el apartado primero, la Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos en los que exista una responsabilidad concurrente de varias Administraciones Públicas, será la fijada en los Estatutos o reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la Administración Pública con mayor participación en la financiación del servicio.

4. Cuando se trate de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, la Administración Pública competente a la que se refiere el apartado anterior, deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren procedente”.

b) Concurrencia con sujetos privados.

Puede ocurrir que en la producción del daño intervenga un tercero ajeno a la Administración. Este tercero puede ser, bien el propio perjudicado o bien, un particular que interviene en la producción del daño.

En el primer caso, nos situamos en sede de existencia o no de nexo causal a efectos de imputar la responsabilidad, o en su caso cuantificar la indemnización.

Sin embargo, el segundo supuesto es el que puede dar lugar a la concurrencia de responsabilidades entre la Administración y el particular que interviene asimismo en la producción del daño.

Los problemas que se derivaban de la participación de la Administración y del particular en la producción del daño se centraban básicamente en determinar qué jurisdicción resultaba competente para conocer de la reclamación del perjudicado.

En la actualidad, según señala la Sentencia de 21 de noviembre de 2007, después de la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción en su apartado d) expresa que *“la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccional civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”*.

El texto anterior de la Ley Jurisdiccional en el apartado e) preveía la competencia de este orden contencioso-administrativo en relación con las cuestiones que se susciten acerca de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

El texto de ambos preceptos respondía a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción anterior y en la efectuada también por la Ley Orgánica antes mencionada 19/2003. Con anterioridad a dicha Ley regía lo dispuesto en el artículo 9.4 párrafo 2.º de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial en la reforma producida por la Ley 6/1998, de 13 de julio, que atribuía a los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.

Los textos que se dejan más arriba mencionados supusieron una alteración esencial, introducida ya originariamente por la Ley Jurisdiccional en el año 1998, acerca del enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que, inicialmente, quedó atribuida al orden contencioso-administrativo, cualquiera que fuera el ámbito de la actividad enjuiciado en el que se produjera la responsabilidad, ampliándose después este criterio al supuesto de concurrencia de sujetos privados junto con la Administración en la producción del daño, pues en tal supuesto el demandante había de deducir también frente a ellos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como dispuso en la reforma efectuada por la Ley Orgánica 6/1998, el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precepto que posteriormente sufrió nueva redacción para incluir asimismo como posibles demandados a los aseguradores de los responsables.

Ello supone que corresponde al orden contencioso-administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración Pública y que, cuando ésta se

articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden contencioso-administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a 1998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración Pública como de los particulares.

Y no es obstáculo a tal conclusión, continúa señalando el Tribunal Supremo, la circunstancia de que se excluya por los tribunales de lo Contencioso-Administrativo la responsabilidad de la Administración ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella. Tal interpretación de los preceptos antes mencionados iría en contra del principio de unidad jurisdiccional y conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones, puesto ya de manifiesto con la legislación anterior, y que sería absolutamente contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución.

Y dice: *“Así lo hemos entendido recientemente en Sentencia de 26 de septiembre de 2007 (Recurso de casación 4872/2003 [RJ 2007, 7088]); en el caso allí enjuiciado, después de excluir la responsabilidad de la Administración, el Tribunal de instancia había efectuado condena de particulares, y cuestionada ésta en vía casacional, se rectificó la cuantía indemnizatoria, mas sin excluir la posibilidad de que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se pronunciara sobre la condena de particulares con exclusión del reconocimiento de responsabilidad de la Administración, puesto que el Recurso Contencioso-Administrativo se había planteado contra una decisión administrativa apreciando el recurrente que coexistía responsabilidad de la Administración junto con la de los particulares”*.

II. ELEMENTOS OBJETIVOS

Hasta ahora hemos analizado los elementos subjetivos que intervienen en la relación jurídica derivada de una reclamación de responsabilidad patrimonial.

No obstante, señala la jurisprudencia, que la responsabilidad patrimonial se concibe como institución que viene a tutelar la integridad patrimonial de los administrados frente a las intromisiones de los poderes públicos, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, al margen de la potestad expropiatoria, como consecuencia de la actividad desarrollada en el ejercicio del poder.

Se configura así como presupuesto básico del nacimiento de tal responsabilidad la existencia de una lesión o detrimento en el patrimonio del particular, y por tanto resulta imprescindible el elemento objetivo de la relación.

Además debe tratarse de una lesión o daño 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-efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006).

En este sentido dispone el artículo 32.2 en conexión con el 34.1 LRJSP que, en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas y 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.

Y en esta línea se ha exigido en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.*
- b) 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.*
- c) Ausencia de fuerza mayor.*
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño causado”.*

Pues bien vamos a analizar cada uno de ellos.

1. DAÑO O LESIÓN

1.1. Efectividad del daño.

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1995, *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.*

De la misma se colige que ha de tratarse de un daño real y actual, como señalan asimismo, las Sentencias de 16 de octubre de 1995 y 16 de febrero de 1998, entre otras. De este modo quedarían excluidas las meras expectativas, o los daños futuros.

Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2002, respecto a una reclamación por daños ocasionados como consecuencia de obras en una carretera, consi-

dera que: *“Estamos ante una mera hipótesis de futuro, que de ninguna manera es actual ni indefectible. Si se quiere podemos hablar de una expectativa pese a que este significativo, por más que se emplee con relativa frecuencia en el lenguaje jurídico, es manifiestamente ambiguo como ya nuestra Sala ha puesto de manifiesto en alguna ocasión (Cfr. STS Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 28 de mayo de 2001 [RJ 2001, 7974], Recurso Contencioso-Administrativo 462/1997, en particular Fundamento 4.º letra B)”*.

En este mismo sentido la STS de 12 de diciembre de 1998, que señala en el FJ Tercero *“la existencia de perjuicios carecía de respaldo probatorio, de ahí que la Sentencia fijara como punto de partida para determinar los daños y perjuicios «el momento en que, si se hizo, hubiesen sido ejecutados los actos administrativos recurridos», pero ello no supone establecer un criterio para determinar la cuantía de los daños y perjuicios, sino que se está reconociendo el derecho a la indemnización de unos perjuicios que no se declara haber sido causados, sino para el caso hipotético de que pudieran haberlo sido o lo fueran en el futuro, cuestión que no debe quedar diferida a la ejecución de sentencia”*.

Y la reciente Sentencia de 24 de marzo de 2014, en la que el Tribunal Supremo señala que *“el daño debe ser real, cierto y determinado, sin que sean estimables los daños hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles y sin que sea tampoco bastante la mera frustración de una expectativa”*.

1.2. Evaluable económicamente.

El daño debe ser cuantificable económicamente, según exige también el artículo 32.2 LRJ-SP, siendo más evidente cuando afecta a bienes o derechos de carácter patrimonial. No obstante, ello no implica que queden excluidos los daños personales o morales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2002, resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el recurrente al denegarle la sala de instancia la indemnización alguna por el perjuicio moral sufrido por la menor accidentada en la clase de educación física, invocando a estos efectos que la Sentencia dictada era contraria a la doctrina de la propia Sala de instancia recogida en Sentencia de 24 de septiembre de 1997, y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, reflejada, entre otras, en la Sentencia de la Sala Tercera (Sección Sexta), de 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 350).

En esta Sentencia se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la reparabilidad del daño moral, según la cual *“por su carácter afectivo y de «pretium doloris» carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo”*. Y señala que *“para acreditar el daño moral basta con la prueba de los hechos básicos en que se concreta la pérdida de la salud o daño fisiológico”*.

En relación con lo anterior, corresponde la carga de la prueba de la cuantificación económica del daño o en su caso las bases para determinarla al reclamante.

1.3. Individualización con relación a una persona o un grupo de personas.

El daño deberá asimismo ser individualizable en relación con una persona o grupo de personas, de modo que quedará excluida la responsabilidad cuando se trate por ejemplo de cargas colectivas impuestas a los particulares por interés público, salvo que se trate de cargas singulares.

En este sentido podemos citar por ejemplo las vinculaciones singulares en el ámbito urbanístico, que los profesores Gómez Ferrer y Bassols Coma definen como expresión de la situación de sujeción o deber de la propiedad frente a los planes y sus instrumentos de actuación. De ahí que toda vinculación conlleve un acto de afectación de los bienes en beneficio del interés público, surgiendo el derecho a indemnización cuando la vinculación, realizada a favor de la colectividad perjudique de forma singular a determinados particulares. Es por ello que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han admitido la inexistencia de derecho a indemnización en los supuestos de limitaciones legales que no tienen un carácter singular. Al respecto podemos citar las SSTs de 15 de marzo de 1989, 6 de abril y 22 de noviembre de 1994, declarando que las limitaciones del dominio establecidas en la legislación de carreteras no son, en principio, indemnizables, pues, por su propia generalidad, no constituyen una privación singular de derechos e intereses patrimoniales.

Vid. artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, o los artículos 20 a 25 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico, que regulan las vinculaciones o limitaciones singulares por inclusión de la edificación en Catálogo de Protección de Patrimonio Arquitectónico.

Respecto a la individualización del daño en relación con un grupo de personas, señala González Pérez⁹ este requisito es, en la práctica, y “según opinión generalizada, el de más difícil determinación”; pues “¿cuál debe ser el ámbito de este grupo? ¿Dónde acaba la singularidad y empieza la generalidad?”.

A decir verdad, indica De Ahumada Ramos¹⁰, son varios los problemas que se plantean en relación con la aplicación de este requisito, todos ellos relacionados con los criterios que deben ser tomados en consideración para fijar el ámbito subjetivo del grupo. Sin que pretendamos aquí acotarlos todos, ni darles solución, baste señalar los siguientes:

En primer lugar, habría que determinar si influye en algo la distinta naturaleza de los daños que puedan sufrir los afectados (pues, tratándose de un grupo, necesariamente habrá una multiplicidad de daños, y cada sujeto podrá sufrir el daño de manera distinta: quien en su

⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit., pp. 246 y 247 (vid. también 3.ª edición, pp. 328-331, Madrid, 2004).

¹⁰ DE AHUMADA RAMOS, F. J.: “Requisitos que terminan de perfilar el concepto de lesión indemnizable: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”, *Grandes Tratados*, Aranzadi, junio 2009.

patrimonio, quien en su salud, etc.). La solución no es nada fácil. Piénsese, por ejemplo, que, ante una retención de tráfico producida por la rotura de una tubería de canalización del agua de un municipio, el daño podría estimarse como general por referencia a la pérdida de tiempo y dinero que se ocasionase a los ciudadanos, pero individualizado por referencia a las lesiones físicas que pudiera sufrir una persona que estaba siendo trasladada en una ambulancia y que ve demorada su llegada al hospital debido al atasco. Pero también cabría afirmar que, aunque unos particulares se han visto lesionados en sus derechos de propiedad y otros en su salud, todos ellos habrían resultado “igualmente” lesionados por el problema de tráfico.

Si nos fijamos ahora exclusivamente en el número de afectados, el término de referencia para fijar el ámbito del grupo debería ser el de la “totalidad” de los miembros del territorio sobre el que actúa la Administración causante del daño. Esto es, la totalidad de los miembros de un Municipio, de una Comunidad Autónoma o del Estado. Así, por ejemplo, ante unos daños causados por una Administración municipal, los daños deberían ser indemnizados si, dándose los demás requisitos fijados en la ley, los mismos afectarían a una parte de la población municipal, cualquiera que fuese su amplitud. Por lo que tan sólo los daños no serían indemnizables si los afectados fueran todos los habitantes del municipio.

Lo mismo habría que decir respecto de los daños causados por una Administración autonómica o los causados por la Administración del Estado. Ahora bien, ¿qué ocurriría si, en relación con los daños causados por un Ayuntamiento, resultara que, además de la totalidad de los habitantes del municipio, resultarían también lesionados una parte o la totalidad de los habitantes de otro municipio? A buen seguro que estos últimos querrían ser indemnizados por el Municipio causante de los daños, y resultaría que los mismos formarían un “grupo bien delimitado” por referencia a los demás municipios del territorio de la Provincia, de la Comunidad Autónoma y aún respecto del resto de los ciudadanos del Estado. Por tanto, aplicando el criterio del número de afectados, en este otro caso el Municipio causante de los daños no indemnizaría a sus propios habitantes, pero sí a los de los otros municipios, con el único límite –quizás– de que el daño afectase a la totalidad de los habitantes del Estado. Lo mismo habría que decir respecto de los daños causados por una Administración provincial o autonómica. En cuanto a los causados por la Administración del Estado, tan sólo no deberían ser indemnizados los daños que afectasen a la totalidad de los ciudadanos del Estado.

Adviértase, sin embargo, que la toma en consideración del número de afectados por referencia a la totalidad de los ciudadanos reduciría los casos de exclusión de responsabilidad a supuestos verdaderamente excepcionales, pues no son nada frecuentes los supuestos en que todos los ciudadanos vean lesionados sus derechos como consecuencia de una concreta actuación administrativa. Otra cosa es que se tenga en cuenta la repetición con que se producen determinados daños. Entonces sí habrá más ocasiones en que determinados daños sectoriales puedan ser considerados como daños generales: así, no es lo mismo tomar como referencia un concreto atasco de tráfico que tomar en consideración el problema del tráfico en general. En el primer caso, el número de los afectados podría

ser individualizado con relación a un grupo de personas, mientras que los afectados por los problemas del tráfico en general son todos los ciudadanos, sin que sea viable pretender que se atiendan todas las reclamaciones que cada uno de ellos podría presentar en relación con cada caso singular.

Mayor interés, si cabe, ofrece la posible utilización del criterio del “número de afectados” con referencia a un determinado sector. Con arreglo a este criterio podría afirmarse que sólo si el actuar de la Administración lesionara los derechos de algunos de los integrantes de dicho sector el daño sería indemnizable, mientras que si el daño afectara a la totalidad del sector no habría lugar a la indemnización. En este sentido se manifiesta, de hecho, cierta jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial derivada de reglamentos.

1.4. Antijuridicidad del daño. Delimitación jurisprudencial del concepto.

Establece el artículo 34.1 LRJSP 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”*.

Por tanto sólo se incurrirá en responsabilidad cuando el resultado de la acción u omisión de la Administración, consista en un daño que el particular no está obligado a soportar, en cuyo caso nos encontraremos ante un daño antijurídico.

En este sentido resulta significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000, en la que haciéndose eco de la Sentencia de 10 de octubre de 1997, señalaba que *“el punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, «un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga» «o algún precepto legal que, imponga al perjudicado el deber de sacrificarse por la sociedad”*.

La jurisprudencia ha establecido asimismo el criterio de los estándares de seguridad exigibles, lo que significa que para que un daño resulte antijurídico deberá superar los estándares exigibles de seguridad.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998: *“Debe, pues, concluirse que para que el daños concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”*.

O la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2005, que concluye que el daño no fue antijurídico, pues la actitud de resistencia y huida creada por el fallecido dio lugar a una situación de riesgo que obligó a los funcionarios a proceder a su detención del modo en que se llevó a cabo y con las consecuencias indeseadas que se produjeron, ajustándose la actuación de los agentes en todo momento a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007, resulta muy interesante, en cuanto que en relación con los servidores públicos analiza la antijuridicidad del daño distingue según el funcionamiento normal o anormal del servicio público:

“El criterio que nuestra Sala viene manteniendo respecto de la responsabilidad patrimonial en relación con los daños y perjuicios sufridos por un servidor de la Administración en acto de servicio, según las Sentencias de seis de julio de dos mil cinco –Recurso de casación 4460/2001 (RJ 2005, 5207)–, y veinticuatro de enero de dos mil seis –Recurso de casación 314/2002 (RJ 2006, 1037)–, que a su vez se remiten a la Sentencia de uno de febrero de dos mil tres (RJ 2003, 2358), es que «en el caso de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido también en la Sentencia de 10 de abril de 2000 (RJ 2000, 3352)». Por el contrario, y en el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, requerido por el apartado 1.º del artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado”.

Otro criterio para determinar la antijuridicidad es el de la *lex artis*, que como se analizará más detenidamente en el Capítulo V de este manual, se utiliza como delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria, y cuya infracción determina que el daño sea antijurídico en el sentido de que el administrado no tenga obligación de soportarlo.

En relación con lo anterior, podemos traer a colación la doctrina de la pérdida de oportunidad “como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del

servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera” (vid. STS de 27 de septiembre de 2011).

No obstante, esta doctrina, si bien ha tenido diferentes aplicaciones, en relación, al daño antijurídico, o al quantum de la indemnización, hoy día tiene su mejor encaje jurídico respecto al requisito del nexo de causalidad.

Finalmente debe señalarse que la carga de la prueba de que no existe antijuricidad corresponde a la Administración, a diferencia de los anteriores requisitos a los que hemos hecho referencia.

2. TÍTULOS O CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

Establece el artículo 32.1 LRJSP: que: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

Por tanto, como títulos o criterios de imputación debemos hacer referencia al concepto de servicio público, y al de funcionamiento normal o anormal de los mismos.

2.1. Servicio público.

El concepto de servicio público debe interpretarse, según la doctrina, en sentido amplio, esto es, comprensivo de toda actuación administrativa. Así se desprende igualmente de la jurisprudencia.

En este sentido dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1998:

“La Jurisprudencia de este Tribunal ha venido identificando que la responsabilidad de la Administración se produce como consecuencia del ejercicio de cualquier función administrativa que determina un daño no directamente procurado, extendiéndose dicha responsabilidad a todas las formas de acción u omisión administrativa que impliquen una lesión individualizada, tanto en la esfera personal como patrimonial del lesionado, de los contenidos económicos de éste; lesión que constituye un perjuicio antijurídico, no por la forma de producirse, sino en sí mismo, el cual, el titular del bien, o derecho, no tiene el deber jurídico de soportar, aunque el funcionario que lo ocasione obre con toda licitud (Sentencia de esta Sala Tercera de 16 de diciembre de 1994 STS de 16/12/1994), así como, que a los fines del artículo 106.2 de la Constitución la Jurisprudencia ha homologado «como servicio público toda actuación, gestión o actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasi-

vidad con resultado lesivo» (Sentencias de 15 de junio de 1989 STS de 15/06/1989 y 22 de marzo de 1995 STS de 22/03/1995)".

2.2. Funcionamiento normal o anormal.

Existe funcionamiento anormal cuando en la actuación de la Administración concurre dolo, culpa o negligencia. Respecto a la culpa, señala la doctrina que la responsabilidad basada en la culpa de la Administración sirve como elemento de prevención en la actuación de las organizaciones administrativas.

Sin embargo señalan algunos autores¹¹ que también podremos encontrarnos ante el funcionamiento anormal de los servicios públicos en circunstancias en que no exista culpabilidad, sino que el daño se deba a la ilegalidad de una actividad administrativa dañosa, sin que en la realización de tal conducta se pueda apreciar culpabilidad.

“El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que basta con demostrar, como aprecia la sentencia de instancia, que objetivamente existió una deficiencia, aun cuando fuera aislada, determinante de la omisión de cuidados que pudieron evitar el fallecimiento. El no haberse advertido al centro penitenciario de los antecedentes de tendencia suicida del interno constituye por sí mismo un elemento demostrativo de que la vigilancia practicada no fue suficiente, pues de haberse conocido esta circunstancia las autoridades del centro hubieran, como afirma la sentencia de instancia, ordenado cuidados especiales que hubieran podido impedir el suicidio” (STS de 28 de marzo de 2000, FJ 7.º).

Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2011, sobre funcionamiento anormal de la responsabilidad sanitaria, o la de 13 de abril de 2011, sobre accidente en vía férrea por falta de adopción de medidas de seguridad.

En cuanto a la responsabilidad por funcionamiento normal, responde al carácter objetivo de la misma, de modo que no será necesario probar la culpa o negligencia de la Administración, esto es, existiendo un funcionamiento legal, se aplica el criterio de la atribución del riesgo, en combinación con un concepto estricto de lesión antijurídica.

Ahora bien, esta responsabilidad derivada de funcionamiento normal no implica una suerte de responsabilidad universal de las Administraciones Públicas por no haber evitado daños dentro de sus esferas de actuación. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2010.

¹¹ FUENTES ABRIL, J.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial)”, *Noticias Jurídicas*, Aranzadi, junio 2009.

2.3. Acción u omisión.

Efectivamente para el daño resulte imputable a la Administración, sin perjuicio de lo que después analizaremos en el elemento del nexo causal, es necesario que exista una acción u omisión de la misma.

Normalmente suelen consistir en actuaciones materiales o bien en actos de ejecución material de previas decisiones administrativas, pero también puede derivar la responsabilidad de una conducta omisiva de la Administración, que puede identificarse con el concepto de inactividad que contempla la Ley Jurisdiccional, o en un sentido amplio, incluyendo asimismo la actuación deficiente en la prestación de un servicio público, como se analizará en otro capítulo de este manual.

2.4. El riesgo.

Hemos analizado el riesgo como elemento determinante de la antijuridicidad, cuando la utilización del servicio haya sobrepasado los límites de seguridad exigibles, pero podemos igualmente plantearnos si podría utilizarse como título de imputación.

Para ello resulta necesario que se trate de un riesgo específico, en cuanto debe haber sido creado por la actuación administrativa para que se pueda utilizar como criterio de imputación y derivado directamente del servicio público concreto, no bastando el riesgo genérico. Por su parte, la prohibición de convertir a la Administración en aseguradora universal, sería otro límite del principio del riesgo como título de imputación.

2.5. El enriquecimiento injusto.

Podría considerarse como otro título de imputación de responsabilidad, si bien que tiene carácter residual.

Se refiere a casos donde la actuación del particular genera un enriquecimiento indebido de la Administración, de manera que el particular tiene derecho a recibir una indemnización por los gastos que ha realizado.

Por ejemplo en la Sentencia de 4 de febrero de 2003, el Tribunal Supremo establece la Administración no puede pretender beneficiarse de su propio comportamiento antijurídico. Ahora bien, ello no significa que existan casos en los que la Administración se haya enriquecido injustamente, pero que no den lugar a responsabilidad por no concurrir los requisitos exigidos para ello.

Hay supuestos legales de los que se colige esta responsabilidad como por ejemplo, en el artículo 109 de la Ley de Costas, cuando señala en su apartado 2 que: “La Administra-

ción, comprobada la existencia de la infracción y siempre que el hecho denunciado no sea materia de un expediente sancionador y finalizado o en trámite, abonará a los particulares denunciantes los gastos justificados en que hubieran incurrido”.

O el artículo 68 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, que en relación con el ejercicio por los vecinos de las *acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos de las entidades locales, en defecto de la Entidad*, dispone en el apartado 4 que:

“De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido”.

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Junto a los requisitos objetivos antes mencionados, resulta necesario para que se derive responsabilidad patrimonial que exista una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, sin intervención extraña que pudiera inferir, entre el daño antijurídico y la acción u omisión.

3.1. Teorías: causalidad adecuada.

Respecto a las teorías sobre la relación de causalidad podemos seguir en este punto a Fresnada Clement¹² que distingue:

A) Teoría extensiva.

Supone partir de una concepción lo más amplia posible del nexo causal. Toda condición del resultado, por secundaria, alejada o indirecta que sea, es causa del mismo y por tanto, a efectos causales, todas las condiciones son equivalentes, entendiéndose por condición todo factor sin el cual no se produciría el resultado, es decir, que lo condiciona. Con el nexo causal únicamente nos movemos en el plano de los hechos, sin introducir valoración de ningún tipo, por el contrario estas vendrían a través de otros conceptos como el de la imputación objetiva.

B) Teoría restrictiva.

Supone la necesidad de introducir valoraciones a efectos de determinar si existe o no relación de causalidad. Esta sería la doctrina más ajustada a la teoría de causalidad adecuada

¹² FRESNADA CLEMENT: *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el ámbito Local*, junio 2013.

propia del Derecho Penal, y a tenor de la cual, solo es causa la condición generalmente adecuada para producir el resultado, y la adecuación se afirma o se niega según sea previsible o imprevisible que tal factor pudiera originar el resultado.

Otros autores, Fuentes Abril¹³ distinguen entre Teoría de la causalidad exclusiva, de equivalencia o de causalidad adecuada:

La teoría de la causalidad exclusiva es la más restrictiva y actualmente se encuentra en desuso. Según ella, la Administración sólo responde cuando el nexo causal sea directo, es decir no se pueda apreciar la coexistencia con intervenciones de terceros o del propio lesionado, pues cualquier concurrencia ajena a la Administración exonera a ésta de su deber de reparación.

La teoría de la equivalencia de condiciones establece que en aquellos casos en que el daño es producido por una pluralidad de causas, todas tienen la misma relevancia, y la obligación indemnizatoria alcanza a todos los actores que hubiesen participado en la realización del daño.

La teoría de la causalidad adecuada se encuentra en un lugar intermedio entre las dos anteriores. En base a esta teoría es necesario seleccionar la causa que sea por sí sola idónea o adecuada para producir el daño, con arreglo a la experiencia común.

A la fecha actual, la teoría mayoritariamente aplicada por la jurisprudencia es la de la causalidad adecuada.

3.2. Determinación de la existencia de la relación de causalidad.

La determinación de la existencia de la relación de causalidad exige de un lado un elemento fáctico, y de otro un elemento valorativo.

El elemento fáctico consiste en una relación de hechos que producen un resultado dañoso, que en todo caso deberá ser probado y acreditado por quien lo alega.

Respecto al valorativo resulta necesario en relación con la teoría de la causalidad adecuada, que objetivamente podamos imputar el resultado a la actuación inicial (vid. STS de 9 de octubre de 2003).

No obstante, y en el ámbito de la determinación del elemento del nexo de causalidad, debemos traer a colación nuevamente la doctrina de la pérdida de oportunidad que si bien

¹³ FUENTES ABRIL, J.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial)", *Noticias Jurídicas*, Aranzadi, junio 2009.

venía siendo aplicada en el ámbito de la valoración de los daños, o su antijuridicidad, se utiliza asimismo en el ámbito de la relación de causalidad.

En relación a este requisito que debe concurrir para proclamar la responsabilidad sanitaria, debe tenerse en cuenta que, en muchas ocasiones, el mismo plantea especiales dificultades, dado que muchas veces es harto complejo determinar en qué medida el desenlace final producido en la salud del paciente es consecuencia, bien de la patología de base del paciente, bien de la acción u omisión médica.

A tales efectos, debemos recordar que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria el sujeto que sufre el daño derivado de la actuación médica presenta ya con anterioridad una patología o enfermedad, es decir, que tiene un daño previo y, en consecuencia, lo difícil es determinar si el desenlace o evolución de dicha patología se hubiera producido independientemente de cuál haya sido la actuación del profesional médico.

Si el desenlace final (muerte o secuela permanente) hubiera sido el mismo, pese a que, por ejemplo, el médico se hubiera ajustado a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, puede afirmarse entonces que no existe relación de causalidad entre el presunto daño sufrido por el paciente y la acción u omisión médica, y ello, con independencia del reproche que merezca la actuación del profesional. En este sentido, debemos recordar que a través de la responsabilidad patrimonial no se enjuician conductas (este sería el ámbito de la responsabilidad disciplinaria), sino daños provocados por conductas.

Por lo tanto, en muchas ocasiones la actuación negligente del médico no habrá causado la enfermedad, sino que tan sólo habrá limitado las posibilidades de curación de la misma o las posibilidades de que el desenlace hubiera sido distinto (prolongación de la vida, conservación de un miembro u órgano, etc.). Esto es, en términos doctrinales, pérdida de oportunidad.

En estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera (vid. STS de 27 de septiembre de 2011).

Vid. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, en la que citando otras anteriores señalaba que: *“la denominada «pérdida de oportunidad» se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuyente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”*, hemos de concluir que en el presente caso la prueba probabilidad de un resultado distinto y más positivo para la paciente no corría a cargo de la misma sino de que la Administración probara que ante la

falta de esa prueba no hubiera cambiado las complejas actuaciones medicas desarrolladas después y con un resultado tan negativo.

Por otra parte, la determinación del nexo causal, resulta especialmente complicada cuando del funcionamiento normal de la Administración se trata, ya que la jurisprudencia suele aplicar cualquiera de las teorías que discriminan la relevancia del hecho causal (causalidad eficiente, causalidad adecuada, imputación objetiva, etc.).

Por último, en relación con el nexo causal, debe señalarse que podrá modularse o incluso excluirse cuando en la producción del daño intervenga la propia víctima o un tercero “concurrentia o compensación de culpas” o intervenga fuerza mayor, como posteriormente analizaremos.

4. REPARACIÓN DEL DAÑO

4.1. Principio de integridad e indemnidad.

Establece la STS de 17 de abril de 1998, que:

“Es principio consagrado por la Jurisprudencia, que a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se persigue la consecución de una situación de indemnidad, o reparación integral, para aquel que ha sufrido una lesión anti-jurídica como consecuencia del normal o anormal funcionamiento de un servicio público [...] Aquella indemnidad debe ser apreciada en su conjunto sin abstracción de las cantidades percibidas por el perjudicado por otras vías sin perjuicio del carácter compatible o no de aquellas percepciones [...] Establecido pues el criterio de compatibilidad legal entre aquellas y estas prestaciones, ese principio de indemnidad integral ha de operar siempre, pues cada uno de los títulos indemnizatorios es independiente de los demás y debiendo de aplicarse sobre cada uno de ellos independientemente considerados ese principio de indemnidad sin ningún otro tipo de modulación o límite que el derivado de sus propios condicionamientos como título individual, pues de lo contrario no podría hablarse de títulos indemnizatorios distintos, de tal manera que si bien cuando estemos ante pensiones indemnizatorias no contributivas el quantum de éstas ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de modo que entre ambos conceptos no se llegue a producir un enriquecimiento injusto”.

Asimismo señala la STS de 10 de abril de 2000: *“La indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos”.*

Y la STS de 21 de junio de 2011: *“El principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración comprende todos los daños alegados y*

probados sufridos por el perjudicado, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral”.

Por tanto, la indemnización debe producir una reparación total del daño de manera que la víctima quede indemne, y su patrimonio inalterado.

Según De Ahumada Ramos¹⁴, la indemnización debe cubrir el daño emergente y el lucro cesante, en orden a procurar una reparación integral del daño.

4.2. Criterios de indemnización.

Según González Pérez¹⁵ se distinguen los siguientes criterios de valoración de la indemnización:

a) Legal. Se establece en el artículo 34.2 LRJ-PAC: *“La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa, y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”.* En este sentido mantiene el precepto análoga redacción al anterior artículo 141.2 LRJ-PAC.

b) Daño emergente y lucro cesante. Según De Ahumada Ramos¹⁶:

“Los criterios para determinar la existencia del lucro cesante no son, en principio, distintos de los que se emplean con respecto al daño emergente. De ahí que el Tribunal Supremo haya afirmado que «la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa, sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes» (Sentencia de 22 de enero de 1997 [RJ 1997, 264]); lo que excluye los meros «sueños de ganancias» (Sentencia de 15 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5688]), pues no cabe que «a través del concepto del lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (de quien reclama)» (Sentencia de 10 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1786], Fundamento Sexto). Cuando el monto del lucro cesante aparezca claramente acreditado, como ocurrió en el caso resuelto por la Sentencia de 20 de enero de 1997 (RJ 1997, 311), ya citada, no se plantean problemas. Pero frecuentemente ocurre que su cuantificación exacta es algo difícil o imposible (sobre todo, cuando lo que se pretende es la indemnización del lucro cesante futuro «actualizable» al mo-

¹⁴ DE AHUMADA RAMOS, F. J.: “Requisitos que terminan de perfilar el concepto de lesión indemnizable: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”, *Grandes Tratados*, Aranzadi, junio 2009.

¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial Civitas, 1996.

¹⁶ DE AHUMADA RAMOS, F. J.: “Requisitos que terminan de perfilar el concepto de lesión indemnizable: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”, *Grandes Tratados*, Aranzadi, junio 2009.

mento de pedirse la reclamación). Pues bien, esta dificultad no impide la inclusión del lucro cesante en el concepto indemnizatorio cuando exista prueba real y concluyente sobre la existencia de aquél. La jurisprudencia, en tales casos, acude a una valoración «ponderada» o «prudencial», atendiendo a lo que resulte de las pruebas practicadas. Así lo hacen, entre otras, las Sentencias de 3 de mayo de 1977 (RJ 1977, 2688), 5 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5641) y 2 de julio de 1994 (RJ 1994, 6673). En esta última, relativa a los perjuicios causados a la Editora del diario «El Alcázar», por la discriminación sufrida al haber sido excluido éste de la inserción en sus páginas de la «propaganda institucional» de la Administración, el TS, ante la imposibilidad de calcular exactamente el «quantum» indemnizatorio, utilizó una «ratio» de proporcionalidad respecto de los ingresos obtenidos por diarios de tirada semejante”.

- c) Daños materiales: Se valorarán con arreglo a las legislaciones que cita el artículo 34.2 LRJSP.
- d) Daños corporales, morales y derechos personalísimos. Indica De Ahumada Ramos¹⁷, que la ausencia en ellos de un contenido económico obliga a los Tribunales a fijar la cuantía indemnizatoria de modo discrecional, procurando ofrecer una justa compensación; para lo cual se atiende a las circunstancias personales que se dan en la víctima del daño (de edad, de estado, etc.), al carácter de los daños (gravedad, pérdida de facultades que comporta, incidencia en la vida de relación de la víctima) y a la duración (temporal o permanente) de las consecuencias lesivas (vid. Sentencias de 20 de enero de 1998 [RJ 1998, 350] –y las que cita–; 27 enero de 1998 [RJ 1998, 575], y 25 de mayo de 1999 [RJ 1999, 6153]). “Indemnización”, cuya función sería otorgar a la víctima, al menos, una “compensación dineraria” por el sufrimiento que la privación de sus bienes personales le produce. Se trataría, en definitiva, de dar una “satisfacción” al denominado “pretium doloris”, concepto este que no debe entenderse en sentido meramente “físico o psíquico”, toda vez que la jurisprudencia, en alguna ocasión, ha declarado el derecho de las personas jurídicas a ser indemnizadas por daños morales (en el caso, por ejemplo, de que hayan sufrido una campaña de desprestigio), siendo obvio que las personas jurídicas no pueden sentir “dolor” al modo humano.

Recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011, Recurso de casación 2302/2009 (con cita de otras anteriores), que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

Ahora la cuestión parece solucionada en cuanto el actual artículo 34.2 LRJSP, a diferencia del artículo 141.2 LRJ-PAC, añade: “En los casos de muerte o lesiones corporales se po-

¹⁷ DE AHUMADA RAMOS, F. J.: “Requisitos que terminan de perfilar el concepto de lesión indemnizable: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”, *Grandes Tratados*, Aranzadi, junio 2009.

drá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social”.

4.3. Cálculo. Compensación en especie.

Según la STS de 12 de abril de 2011, *“Constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala manifestada en la STS de 10 de diciembre de 2009, Recurso de casación 1885/2008, FJ 9.º, con cita de otras anteriores declarar que en aras del principio de reparación integral viene considerando, junto con el abono de intereses (Sentencia de 20 de octubre de 1997), como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad que subyace tras la institución de la responsabilidad extracontractual de la Administración la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (Sentencias de 15 de enero de 1992 y 24 de enero de 1997). Esta Sala a tal fin establece que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo actualizada a la fecha de esta Sentencia con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, con el límite máximo de lo reclamado por el recurrente”.*

El anterior criterio responde a las previsiones del artículo 141.3 LRJ-PAC:

“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 de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria”.

El actual artículo 34.3 LRJSP dispone que:

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

La referencia al Índice de Garantía de la Competitividad, en lugar de al índice de precios al consumo obedece a la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española, cuyo objeto es establecer un sistema por el que los valores monetarios no sean modificados en virtud de índices de precios o fórmulas que los contengan.

Y otro matiz importante en la nueva redacción es la alusión al ámbito presupuestario de las Comunidades Autónomas.

Respecto a los intereses según el TS, resulta correcta la doctrina de instancia acerca de su procedencia desde la reclamación administrativa que no puede ser sustituida por la pretensión de la recurrente ejercitada en la demanda desde que se produjo el daño por cuanto aquella fue la petición concreta dirigida al Ministerio de Justicia al iniciar el expediente mediante la correspondiente reclamación.

Por otra parte el artículo 34.4 LRJSP prevé la posibilidad de que la indemnización sea sustituida por una compensación en especie.

“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”.

Sobre todo se utiliza esta modalidad de indemnización en el ámbito urbanístico.

4.4. Compatibilidad de indemnizaciones.

A efectos de compatibilidad, se permite la percepción de la indemnización aún cuando concurra con seguros de vida por ejemplo suscritos por el perjudicado, pero no cuando se trate de, como señala algún sector de la doctrina, la prestación de una pensión extraordinaria, ya que ésta constituye una compensación predeterminada legalmente de los daños.

5. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

5.1. Fuerza mayor y caso fortuito.

El artículo 32.1 señala que *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”.*

En el artículo 32.1 si bien se cita la fuerza mayor como causa de exclusión de la responsabilidad, no se menciona el caso fortuito.

No obstante, la doctrina administrativa opta generalmente por diferenciarlos. La fuerza mayor haría referencia a una causa imprevisible, irresistible o inevitable, mientras que el

caso fortuito (no liberatorio) se referiría a aquellos sucesos que caen dentro del ámbito de control de la Administración aunque acaso no haya sido negligente la falta de previsión.

Declara la jurisprudencia que para que pueda apreciarse la concurrencia de fuerza mayor el suceso ha de ser ajeno al servicio público (Sentencias de 23 de febrero, 30 de septiembre y 18 de diciembre de 1995, 6 de febrero y 31 de julio de 1996).

Y es doctrina también consolidada la que declara que, para exonerarse de su responsabilidad, la Administración debe acreditar la existencia de fuerza mayor, recayendo así la carga de probarla sobre la propia Administración (Sentencias de 2 de febrero de 1988, 13 de febrero de 1990, 11 y 30 de septiembre de 1995, 6 de febrero de 1996 y 9 de abril de 2002, entre otras).

Responde la Administración del caso fortuito, que la jurisprudencia ha definido como aquel suceso indeterminado e interior al servicio, porque la causa productora del daño es desconocida (una falta de servicio que se ignora), pero es interior a dicho servicio por tratarse de un evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. Sentencia de 23 de septiembre de 2004.

5.2. Daños que tenga el deber de soportar.

Como hemos señalado anteriormente el artículo 34.1 LRJSP establece 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”*, por lo que a sensu contrario, y así se ha recogido expresamente en el artículo 32.1 in fine del párrafo primero, no lo serán cuando tenga el deber jurídico de soportarlos de acuerdo con la ley. En este sentido nos remitimos a lo ya expuesto en relación con la antijuridicidad del daño.

5.3. Culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

Se trata asimismo de otra causa de exclusión de la responsabilidad ya que en este supuesto se rompería el nexo causal. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2010.

No obstante, puede ocurrir que la actuación culposa o negligente de la propia víctima, concurra con la de la propia Administración, en cuyo caso no rompería el nexo causal pero sí podría una vez desechada la teoría de la causalidad exclusiva, no rompe por sí sola el nexo causal, si bien puede moderar de forma proporcionada la reparación del daño a cargo de la Administración.

De igual forma la intervención de un tercero en la creación del daño a la víctima, podría proporcionalmente reducir la reparación del daño a cargo de la Administración, o bien, que su intervención fuera de tal relevancia que la Administración quede exonerada de responsabilidad.

5.4. Riesgos de desarrollo.

Se recogen en el artículo 34.1 LRJSP: *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”*.

Y permanece con idéntica redacción a la que tenía el artículo 141 LRJ-PAC, que sin embargo no estuvo exenta de críticas, así, señala López Menudo¹⁸, que Salvador Coderch y Solé Feliu no consideran positivo que el legislador haya excluido al Estado del círculo de los obligados a responder por los desastres que son consecuencia de los límites de nuestros conocimientos científicos y tecnológicos, y muestran serias dudas de que esta tesis resulte congruente con la Constitución, especialmente con el derecho a la protección de la salud al que se refiere el artículo 43. Asimismo, señalaban que el nuevo artículo 141.1 prescinde incluso de la responsabilidad por negligencia –culpa *in vigilando*–, pues, al fijar como momento relevante el de la producción del daño ni siquiera se incentiva a los poderes públicos a prestar atención al desarrollo de los conocimientos científicos y tecnológicos que han tenido lugar entre la comercialización del producto y el –acaso muy posterior– de la producción del daño. Y por otra parte, señalan que una cosa es el daño que no pudo preverse, pero otra muy distinta el que no pudo evitarse: excluir la responsabilidad por riesgos del desarrollo en daños previsibles pero inevitables quiere decir, por ejemplo, que si sabemos que tal vacuna genera reacciones graves pero no sabemos cómo evitar el daño, la vacuna podrá suministrarse y el Estado cumplirá con auxiliar a las víctimas, pues la ley no le obliga a indemnizar.

En relación con la crítica indicada acerca de la referencia del precepto al momento de la producción del daño, también García Rubio muestra su reticencia, basada en que “a pesar de la similitud, la idea que subyace en la norma no es idéntica al concepto de «riesgos del desarrollo» de la Directiva 85/374 CEE o de la Ley 22/1994, de 6 de julio (de responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos), ya que el momento a tomar en consideración para concretar el estado de los conocimientos de la ciencia o de

¹⁸ LÓPEZ MENUDO, F.: “La Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del Progreso. Un paso adelante en la Definición del sistema”, Texto de la ponencia presentada por el autor en el VIII Congreso Derecho y Salud, “Nuevas perspectivas de la responsabilidad”, celebrado en Santiago de Compostela, del 10 al 12 de noviembre de 1999.

la técnica no es el de la puesta en circulación del producto, sino el de la producción del daño. Aun respetando tales opiniones, entendemos sin embargo que el derecho a la protección de la salud podrá ser invocado ante el Estado, en la medida en que la Constitución lo ampare, no necesariamente a través del instituto de la responsabilidad administrativa, que no tiene por qué ser «estirado» hasta el extremo de albergar supuestos que no pertenecen en puridad al campo de la responsabilidad, o que al menos su exclusión no supone en absoluto la pérdida de un elemento *sine qua non* de la garantía de la responsabilidad, incluso en el caso de que ésta sea de carácter objetivo”.

El profesor Jordano Fraga, J. ha criticado el precepto en cuestión con especial énfasis. [...] El autor sitúa su discurso en el terreno de la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Así, por una parte, el autor realza dicha distinción, asociando estrechamente a la fuerza mayor, con base en algunas sentencias, la nota de la *exterioridad* al servicio. Por otra parte, el esfuerzo crítico que despliega Jordano Fraga se basa en la creencia de que el precepto ha querido configurar un supuesto de fuerza mayor de manera irregular y, como hemos explicado, éste no es el terreno en el que está situado el problema que nos ocupa. Pero, con base en sus razonamientos, Jordano concluye que “la nueva regulación contradice de modo frontal el artículo 106 CE”, añadiendo que el legislador ha operado “en contra de la naturaleza de las cosas” y las bases conceptuales de la fuerza mayor.

No han faltado tampoco comentarios favorables al precepto, o que simplemente “lo asumen” entendiendo simplemente la racionalidad de la medida. Así la cualificada opinión de Martín Rebollo, para quien “el inciso perfila el concepto mismo de lesión, definiendo en la ley un supuesto en el que sí hay un deber jurídico de soportar el daño”.

Para Mir Puigpelat la reforma del artículo 141 (actual artículo 34.1 LRJSP), está plenamente justificada y no supone convertir la responsabilidad de la Administración española en una responsabilidad por culpa, porque la responsabilidad objetiva no significa responsabilidad ilimitada. Esta tiene también sus límites (límites, naturalmente, mucho más amplios que los de la responsabilidad por culpa), y entre ellos se encuentra el estado de los conocimientos técnico científicos. En la misma línea, López Álvarez que ante una actuación sanitaria correcta “*rebus sic stantibus*”, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el destinatario debe asumir las consecuencias inherentes a las limitaciones del conocimiento humano. Dicho en otros términos más propios del Derecho penal: no es exigible una conducta distinta de la Administración Sanitaria.

Por otra parte, en relación con la fuerza mayor, procede indicar que en los riesgos de desarrollo la causa no es extraña sino que se trata de una causa interna en el producto o servicio que se está prestando pero que, al no poderse conocer, dado el estado de los conocimientos, que genera un riesgo, no implica la atribución de responsabilidad a la Administración.

No obstante lo que sí se exige es que el conocimiento de la ciencia y de la técnica sea un conocimiento estandarizado, amplio, debiendo existir un consenso en la comunidad científica de que aquella actuación o producto genera un daño.