

## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

## I. EDUCACIÓN

Por Tatiana Ayllón Vidal de Torres

### 1. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

#### 1.1. Competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Educación.

El servicio público educativo constituye un ámbito generador de abundantes supuestos de responsabilidad patrimonial. Su estudio requiere partir del análisis del título competencial con el que la Administración autonómica andaluza actúa en la prestación de tal servicio.

Para ello, comenzaremos refiriéndonos a la distribución de las competencias en materia de Educación entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La CE reconoce en su artículo 27 el derecho a la educación como un derecho fundamental, atribuyendo al Estado en su artículo 149.1.30.<sup>a</sup> la competencia exclusiva en materia de: *“Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta”*.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, reconoce en el Capítulo II

de su Título I, dentro del catálogo de derechos y deberes de los andaluces, el derecho a la educación (artículo 21).

Por su parte, el artículo 52, incluido en el Capítulo II, “Competencias” del Título II, “Competencias de la Comunidad Autónoma” del Estatuto de Autonomía establece lo siguiente:

*“1. Corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de enseñanza no universitaria, en relación con las enseñanzas obligatorias y no obligatorias que conducen a la obtención de un título académico o profesional con validez en todo el Estado, incluidas las enseñanzas de educación infantil, la competencia exclusiva, que incluye la programación y creación de centros públicos, su organización, régimen e inspección, el régimen de becas y ayudas con fondos propios, la evaluación, la garantía de calidad del sistema educativo, la formación del personal docente, de los demás profesionales de la educación y la aprobación de directrices de actuación en materia de recursos humanos, las materias relativas a conocimiento de la cultura andaluza, los servicios educativos y las actividades complementarias y extraescolares, así como la organización de las enseñanzas no presenciales y semipresenciales. Asimismo, la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas sobre enseñanzas no universitarias que no conduzcan a la obtención de un título académico y profesional estatal. Igualmente, con respecto a las enseñanzas citadas en este apartado la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas sobre los órganos de participación y consulta de los sectores afectados en la programación de la enseñanza en su territorio; y sobre la innovación, investigación y experimentación educativa.*

*2. Corresponde a la Comunidad Autónoma, como competencia compartida, el establecimiento de los planes de estudio, incluida la ordenación curricular, el régimen de becas y ayudas estatales, los criterios de admisión de alumnos, la ordenación del sector y de la actividad docente, los requisitos de los centros, el control de la gestión de los centros privados sostenidos con fondos públicos, la adquisición y pérdida de la condición de funcionario docente de la Administración Educativa, el desarrollo de sus derechos y deberes básicos, así como la política de personal al servicio de la Administración Educativa.*

*3. Corresponde a la Comunidad Autónoma, en materia de enseñanza no universitaria, la competencia ejecutiva sobre la expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales estatales.*

*4. La Comunidad Autónoma tiene competencias de ejecución en las demás materias educativas”.*

Este artículo ha de ponerse en relación con el artículo 42 del mismo texto estatutario, que aclara el alcance de las distintas competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, indicando al respecto lo siguiente:

*“1. Corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas sobre las materias incluidas en el presente título, que ejercerá respetando lo dispuesto en la Constitución y en el presente Estatuto.*

*2. La Comunidad Autónoma de Andalucía asume mediante el presente Estatuto:*

*1.º Competencias exclusivas, que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución. En el ámbito de sus competencias exclusivas, el derecho andaluz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro, teniendo en estos casos el derecho estatal carácter supletorio.*

*2.º Competencias compartidas, que comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución. En el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma puede establecer políticas propias.*

*3.º Competencias ejecutivas, que comprenden la función ejecutiva que incluye la potestad de organización de su propia Administración y, en general, aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública y, cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado.*

*4.º Competencias en relación con la aplicación del derecho comunitario, que comprenden el desarrollo y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma.*

*3. La Comunidad Autónoma de Andalucía ejercerá las competencias no contempladas expresamente en este Estatuto que le sean transferidas o delegadas por el Estado.*

*4. La Comunidad Autónoma, cuando así se acuerde con el Estado, podrá ejercer actividades de inspección y sanción respecto a materias de competencia estatal, en los términos que se establezcan mediante convenio o acuerdo”.*

Los preceptos citados diseñan el reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia educativa, que lógicamente repercute en el título de imputabilidad de la Administración autonómica por los daños causados en el ejercicio de esta competencia.

Además de los preceptos citados, por lo que se refiere en concreto a los centros docentes, se impone la cita de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que establece en su apartado segundo que: *“La conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, corresponderán al*

*municipio respectivo. Dichos edificios no podrán destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización previa de la Administración Educativa correspondiente”.*

Esta previsión legal resulta importante en orden a determinar la imputabilidad de la Administración autonómica ante determinadas reclamaciones de responsabilidad patrimonial, en las que los daños se encuentran ligados al estado de conservación de los centros docentes.

### **1.2. Competencia para la tramitación y resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en materia educativa en el ámbito autonómico andaluz.**

Desde el punto de vista formal, resulta preciso también determinar el título competencial autonómico para la tramitación y resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en materia educativa, lo que exige acudir, en primer término, al contenido del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en cuanto a las *“Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”*.

En segundo lugar, procede la cita del artículo 47.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que dispone que: *“Corresponde 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”*.

El ejercicio de las competencias educativas en Andalucía corresponde actualmente a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte (artículo 1 del Decreto 207/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación).

En cuanto a la distribución interna de competencias para la tramitación y resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en la materia a la que nos referimos, hemos de partir del artículo 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual *“los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán, por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una ley así lo dispone o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley”*.

En similares términos se pronuncia el artículo 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuya entrada en vigor (que, en lo que a la materia que nos ocupa se refiere, se producirá, según su disposición final séptima en el plazo de un año desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», producida el 2 de octubre de 2015) conlleva la derogación de la anteriormente citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En concreto, refiere el indicado precepto lo siguiente:

*“En el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga.*

*En el ámbito autonómico y local, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local.*

*En el caso de las Entidades de Derecho Público, las normas que determinen su régimen jurídico podrán establecer los órganos a quien corresponde la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. En su defecto, se aplicarán las normas previstas en este artículo”.*

En el ámbito autonómico andaluz, el artículo 26.2.k) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, atribuye con carácter general a los titulares de las Consejerías la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, salvo que corresponda al Consejo de Gobierno.

No obstante, el artículo 1 de la Orden de 15 de enero de 2014, por la que se delegan competencias en diversos órganos de la Consejería, establece que *“Se delegan en la persona titular de la Viceconsejería cuantas facultades correspondan a la persona titular de la Consejería que no hayan sido delegadas en otros órganos, con las limitaciones señaladas en los artículos 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 101 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía”.*

En cuanto a la tramitación, el Decreto 207/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación, atribuye a la Secretaría General Técnica de la indicada Consejería la instrucción y propuesta de resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial [artículo 6.1.f)].

Por otra parte, la Consejería de Educación, Cultura y Deporte tiene adscritos diversos entes instrumentales (artículo 2.4 del Decreto 207/2015, de 14 de julio).

En concreto, en materia educativa encontramos la siguientes entidades instrumentales: la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, la Agencia Andaluza de Evaluación Educativa y el Instituto Andaluz de Enseñanzas Artísticas Superiores.

Nos referiremos a continuación a la competencia para la tramitación y resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial producidas en los ámbitos materiales en los que desarrollan su actividad dichas entidades instrumentales.

En el caso de la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, ésta fue creada con la denominación de Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos por el artículo 41 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras. Sus Estatutos fueron aprobados por Decreto 219/2005, de 11 de octubre. Posteriormente, mediante Decreto-Ley 13/2014, de 21 de octubre, se amplían el objeto y los fines de la indicada Agencia y se cambia su denominación, pasando a adoptar la actual Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación. Finalmente, el Decreto-Ley 5/2015, de 15 de septiembre, modifica el objeto y los fines de las Agencias Públicas Servicio Andaluz de Empleo y Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, estableciendo el procedimiento para culminar la integración de la red de consorcio Escuela de Formación para el Empleo.

En ninguno de dichos textos normativos se atribuye a la referida Agencia la competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial que puedan plantearse en el ámbito de gestión de esta Agencia como competencia propia atribuida a alguno de sus órganos.

En cuanto a la Agencia Andaluza de Evaluación Educativa, se trata de una agencia administrativa, cuyos Estatutos, aprobados por Decreto 435/2008, de 2 de septiembre, atribuyen en su artículo 13.e) a la Dirección General de la propia Agencia la competencia para *“resolver las reclamaciones previas a la vía judicial civil o laboral, así como las de responsabilidad patrimonial formuladas contra la Agencia”*.

Conforme al artículo 36.3 de los mismos Estatutos, los actos de la Dirección General no agotan la vía administrativa, pudiendo ser recurridos en alzada ante la Presidencia de la Agencia, que es ejercida por el titular de la Consejería competente en materia de Educación (artículo 11.1 de los Estatutos de la referida Agencia administrativa).

Por otra parte, la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, creó el Instituto Andaluz de Enseñanzas Artísticas superiores (artículo 92), adscrito a la Consejería competente en materia de Educación.

Sus funciones se enumeran en el artículo 95 del mismo texto legal referido y entre ellas se encuentra el ejercicio de la actividad educativa en el ámbito de las enseñanzas artísticas superiores y la gestión del acceso a los centros superiores de enseñanzas artísticas.

No obstante, en la fecha actual, no constan aprobados sus Estatutos.

## **2. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES EN LA MATERIA**

### **2.1. Cuestiones generales.**

El estudio de los principales supuestos de responsabilidad patrimonial en materia educativa exige delimitar, siquiera someramente, el ámbito material en el que esa responsabilidad puede generarse.

Para ello, ya hemos delimitado las competencias autonómicas en materia de Educación, siendo el principal ámbito de generación de responsabilidad la prestación del servicio público educativo en los centros docentes.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad imputable a la Administración alcanza la actividad desarrollada en los centros docentes, desde la entrada de los alumnos en el mismo, hasta su salida (así se desprende, por ejemplo, del contenido de la Sentencia de 03/03/2004, Recurso 804/2002, de la Audiencia Nacional, que declara la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por una alumna al entrar en el centro e incorporarse a la fila de los alumnos de su clase). Asimismo, se extiende dicha responsabilidad durante la estancia de los alumnos en el centro escolar, desarrollando actividades escolares, extraescolares o complementarias (Sentencia de 27/07/2002, Recurso 4012/1998, del Tribunal Supremo; Sentencia de 18/10/2011, Recurso 687/2008, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid; entre muchas otras).

La declaración de responsabilidad patrimonial administrativa en este ámbito requiere del cumplimiento de los requisitos propios de este instituto jurídico, por todos conocidos:

- La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- El daño ha de ser antijurídico.
- La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a que pertenece o la titularidad pública del servicio en cuyo ámbito se produce el daño.
- La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- Ausencia de fuerza mayor.

La jurisprudencia ha venido matizando la responsabilidad objetiva de la Administración Educativa, considerando que no todo resultado lesivo que se produzca en un centro docente es generador, sin más, de responsabilidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo tiene declarado, ya desde su Sentencia de 05/06/1998 (Recurso 1662/1994), que *“La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”*.

En similares términos, la Sentencia de 13/11/1997 (Recurso 4451/1993), del mismo Tribunal Supremo indica que *“aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla”*.

Para apreciar dicha responsabilidad, los Tribunales acuden principalmente al análisis de la actuación del profesorado y demás personal del centro en el ejercicio de sus deberes de vigilancia y cuidado del alumnado.

Resulta así que, de todos los requisitos exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial administrativa en este ámbito, podemos considerar que el que presenta mayores particularidades es el relativo al nexo de causalidad, íntimamente vinculado en materia educativa a ese deber de vigilancia y cuidado que recae sobre el personal del centro docente.

Y es que, aun cuando la Administración Educativa responde de los daños causados por su funcionamiento normal y anormal, lo cierto es que la práctica totalidad de los supuestos se reconducen a un análisis del cumplimiento del referido deber de cuidado impuesto al personal del centro en el que se produce el hecho causante del daño, es decir, de la existencia o no de la denominada *culpa in vigilando*, de manera que se excluye la responsabilidad administrativa si el profesorado ha actuado de manera acorde a dicho deber.

## **2.2. Principales supuestos y tratamiento de los mismos por los Tribunales.**

A continuación analizaremos los que estimamos como los principales supuestos que se producen en la práctica, en los que los órganos judiciales acuden al estudio de la concurrencia o no de la ya referida *culpa in vigilando*, como elemento determinante de la existencia del necesario nexo de causalidad.

La casuística es ilimitada y la conclusión judicial depende del análisis de las concretas circunstancias de cada supuesto específico. No obstante, distinguiremos algunos grupos de supuestos, en los que pueden apreciarse ciertos elementos comunes.

A) *Daños sufridos por los alumnos en las instalaciones del centro docente sin la intervención de un tercero.*

Como supuestos más generalizados podemos considerar los daños físicos sufridos en los centros tras caídas, durante el juego o bien en el desarrollo de una determinada actividad escolar, extraescolar o complementaria.

Los órganos judiciales valoran en estos casos la existencia de un actuación de cuidado razonable por parte del personal del centro docente, apelando en muchos supuestos al carácter fortuito de estas lesiones producidas por caídas de los alumnos, destacando que la edad de éstos les hace ser inquietos, con la consiguiente dificultad de evitar tales percances, que se producirían con cualquier tipo de vigilancia, sin que pueda exigirse del profesorado un deber de cuidado que exceda del límite de lo razonable.

A este respecto es muy ilustrativa la Sentencia de 07/10/2008 (Recurso 880/2000), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, cuando afirma en su FD Tercero *in fine* que:

*“No cabe, por tanto, imputar la lesión sufrida a la Consejería demandada, habida cuenta que la lesión causada, exclusivamente, deriva y trae causa directa e inmediata del golpe que la caída fortuita le produjo, sin que, por ende, pueda, insistimos, afirmarse que la lesión fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que presta aquélla, so pretexto de encontrarse la menor en un colegio pues tales circunstancias no denotan falta del debido control por los responsables del mismo, ya que, cualquiera que hubiera sido la vigilancia, no sería exigible que incluyera cuidar hasta ese extremo de una menor, habida cuenta de la facilidad de éstos en perder la vertical por causa, precisamente, de su inquietud. Sostener lo contrario sería tanto como hacer responsables a los padres por las lesiones que sufrieran sus hijos cuando estuvieran en su compañía y con ocasión de sus juegos o actividades normales, circunstancias en las que también se sufren accidentes”.*

Tratándose de lesiones producidas como consecuencia de la práctica de juegos habituales en el recreo, igualmente se analiza el carácter fortuito o no de aquéllas, así como la imposibilidad de evitar el daño por parte del personal del centro docente.

La Sentencia de 13/09/2002 (Recurso de casación para unificación de doctrina 3192/2001), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en un supuesto de fallecimiento de un menor tras un accidente en un centro escolar mientras jugaba un partido de fútbol, casa la sentencia de instancia (que había declarado la

existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Educativa por el solo hecho de que causa de la muerte era el accidente ocurrido en el ámbito de una actividad deportiva, realizada dentro del Instituto de titularidad de la Administración y en horario lectivo), declarando como doctrina correcta la siguiente:

*“Entiende la Sala que esta doctrina no solamente es contradictoria con el criterio contenido en la sentencia de Barcelona sino que lo es también con reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo que tiene declarado, en Sentencia de 5 de junio de 1998 (Recurso 1662/1994), que «La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico».*

*Y la Sentencia de 13 de noviembre de 1997 (Recurso 4451/1993), también afirmamos que «Aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla».*

*Más en concreto, y referido a un supuesto análogo al que ahora se enjuicia, la Sentencia de 24 de julio de 2001 (La Ley 6793/2001) (Recurso 5384/1997), declara que «no cabe, por tanto, imputar la lesión a la Administración docente, habida cuenta que la lesión causada, exclusivamente deriva y trae causa directa e inmediata del golpe fortuito –patada involuntaria– recibido de un compañero del juego en un lance del mismo, sin que, por ende, pueda, desde luego, afirmarse que la lesión fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos docentes, so pretexto de encontrarse los alumnos en el recreo, en el interior del patio, dedicados a la práctica de los habituales juegos, pues tales circunstancias, sobre no denotar falta del debido control por el profesorado del colegio, ya que la lesión se habría producido cualquiera que hubiera sido la vigilancia, es de tener en cuenta además que la forma en que se causó la lesión producida, repetimos, en un lance del juego, sólo es demostrativa de que en el Colegio se desarrollaba una actividad física, integrante de la completa educación, en sí misma insuficiente para anudar el daño a la gestión pública, la prestación del servicio público docente, ajeno desde luego a la causación de aquél». Y añade dicha Sentencia que en el concreto supuesto enjuiciado no concurre el imprescindible nexo causal, que rechaza por derivar el daño de un mero lance de juego practicado por los niños, que debe ser considerado como ajeno a las prestaciones exigibles al servicio público docente.*

*En base a lo expuesto se estima que procede declarar haber lugar al recurso de casación para unificación de doctrina y, en consecuencia, casando la recurrida, desestimar el recurso jurisdiccional, confirmando la resolución recurrida denegatoria del derecho al reconocimiento de indemnización por responsabilidad de la Administración”.*

También en estos supuestos los Tribunales vienen a valorar la conducta del alumno en la producción de la lesión, excluyendo la responsabilidad patrimonial administrativa cuando aquél observa un comportamiento inadecuado, que es directamente causante del daño, poniendo en riesgo su integridad. Asimismo, se valora que tal conducta se ofrezca de manera inopinada, impidiendo que el personal del centro pueda evitar sus consecuencias; e igualmente se considera la edad del menor, ya que a determinadas edades se presume cierto grado de madurez que permiten una mayor confianza por parte del profesorado en el hecho de que el alumno no va a adoptar conductas en las que voluntariamente se ponga en peligro.

En estos casos, en los que es el comportamiento del alumno el causante del daño, además de romperse el nexo causal, se rechaza la antijuricidad del daño, pues, colocándose el alumno en una situación de riesgo, ha de asumir la eventual lesión que pueda sufrir, no pudiendo estimarse que no tiene el deber de soportar el daño que él mismo se ha causado.

Es representativa de lo expuesto la Sentencia de 04/07/2007 (Recurso de apelación 70/2007), del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que indica que:

*“Esta lesión debe ser antijurídica y por lo tanto debe ser insoportable para el particular. Como más arriba se razonó, resulta absolutamente desproporcionado, contrario a los estándares mínimos exigibles el pretender que el funcionario público docente mantenga un dominio total y absoluto de los alumnos hasta el punto de estar en condiciones de atajar, prevenir o evitar cualquier accidente, por grave o leve que sea.*

*Desde luego ese nivel de diligencia o control completo y eficaz no es jurídicamente exigible. La simple determinación legal o reglamentaria de una ratio de profesor/alumno desmiente la idea que sugiere la recurrente (el docente nunca podrá estar al lado de todos y cada uno de sus alumnos).*

*Consecuentemente, llevando la profesora a los alumnos en fila hacia el polideportivo, habiendo entregado previamente la llave del mismo al delegado de la clase para que fuera abriendo las instalaciones, ocupándose la profesora de los alumnos rezagados, el hecho de que nada más penetrar el menor Ramón en el recinto deportivo, alocadamente realizase un salto desde un plinto hasta una canasta de baloncesto (atisba esta Sala que trataba de emular a un jugador de baloncesto profesional «matando la canasta») y sufriese una caída que le causase la pérdida de dos incisivos, no puede calificarse como de lesión antijurídica. No puede pretenderse que una profesora que se ocupa de alumnos rezagados esté o sea capaz de hacerlo respecto de los no rezagados.*

*Dicho de otro modo, manteniendo la profesora un nivel adecuado de control sobre los alumnos, que en ese concreto momento se intensificaba sobre los rezagados (para comenzar a su hora las clases, para evitar accidentes sobre estos, para mantener el orden... etc.), si inopinadamente un alumno no rezagado, –contraviniendo las más elementales normas de prudencia, por muy menor que sea– comete una acción temeraria, no puede generar responsabilidad de la Administración.*

*Ese alumno estaba obligado a cuidar y utilizar correctamente los bienes muebles y las instalaciones del centro, tal y como exige el artículo 39 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los Alumnos y las normas de convivencia en los Centros o el artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, y no hizo. No se puede exigir un mismo nivel de vigilancia para menores de cinco años que para menores de 12 años. En palabras del Tribunal Supremo la responsabilidad vendrá motivada en estos casos, como señala el Consejo de Estado en su Dictamen 99/1984, de 23 de junio, por la falta de una adecuada custodia de los Profesores responsables de la clase o actividad organizada durante el desarrollo de la misma, lo que no ha acontecido en el presente caso.*

*En resumidas cuentas y dicho en términos jurídicos, entiende esta sala que, si bien hay relación de causalidad entre la lesión sufrida por Javier y el funcionamiento del servicio público de educación, el comportamiento de este interrumpe de un modo determinante y excluyente aquella relación, convirtiendo además la lesión sufrida en no antijurídica, desapareciendo entonces el fundamento para declarar la responsabilidad de la Junta de Castilla y León. Procede pues desestimar el presente recurso de apelación".*

Podemos destacar también el supuesto analizado por la Sentencia de 30/11/2011 (Recurso 5832/2009), del Tribunal Supremo, en el que un alumno se quitó la vida voluntariamente durante una excursión programada por el centro escolar como actividad extraescolar. La resolución judicial confirma el pronunciamiento dictado en la instancia, que excluye la responsabilidad de la Administración Educativa, negando que exista nexo de causalidad entre el fallecimiento del menor y la conducta de los profesores que acompañaban a los alumnos.

El FD Tercero de la indicada Sentencia se pronuncia en los siguientes términos:

*“La Sentencia valoró adecuadamente la prueba, y como consecuencia de ello alcanzó la conclusión de que en la excursión programada por el Instituto de Enseñanza Secundaria en que el menor fallecido cursaba sus estudios se cumplieron cuantas medidas de vigilancia y cuidado de los menores eran exigidas. De hecho aquella actividad hubiera transcurrido sin problema alguno sin mediar la voluntad consciente y premeditada del menor de abandonar el grupo y alejarse del mismo para proceder del modo que lo hizo hasta lanzarse al vacío desde una roca con el fatal desenlace conocido.*

*No es cierto que los profesores no procedieran a su búsqueda y no pusieran todos los medios y esfuerzos para ello. Sí lo hicieron desde el mismo momento en que el menor se separó del grupo y tuvieron constancia de ello; y redoblaron los esfuerzos para encontrarlo al no hallarlo en el punto de encuentro con el autobús, momento en el que conocieron la intención de autolisis del alumno, expuesta por dos compañeros a los que se lo había anunciado y que nada dijeron ya que creyeron que se trataba de una broma.*

*Esa voluntad es expresamente puesta de manifiesto por un aficionado a la montaña que tras coincidir con los profesores que lo buscaban, y prevenido por ellos de la desaparición del menor, lo avistó, y al que el menor ya desde la roca llamó su atención, y que al aproximarse al lugar donde se encontraba, vio como aquél se lanzaba al vacío; extremo éste que corroboró el jefe de la dotación de bomberos que examinó el cuerpo y el lugar de caída, y llegó a la conclusión de que el lugar en que quedó el cuerpo tras la caída solo se explicaba como consecuencia de que el menor se impulsó para lanzarse, lo que acreditaba el lugar en el que quedó el cuerpo tras la caída”.*

También son frecuentes las reclamaciones deducidas por daños producidos en el curso de las clases de educación física. Nuevamente son aplicables los mismos parámetros que ya hemos visto en orden a apreciar la responsabilidad administrativa, valorándose la adecuada actuación del profesor en estos casos, el estado del material deportivo y la propia conducta de los menores en el desarrollo de la clase.

La Sentencia de 30/09/2013 (Recurso 2693/2008), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, analiza una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por un alumno en la cara tras caerse durante el desarrollo de un ejercicio en la clase de Educación Física, valorando la corrección y adecuación del ejercicio para los alumnos, concluyendo que la caída fue debida a un simple lance del mismo, que no genera responsabilidad administrativa:

*“No se discute que sobre las 9 horas del 11 de diciembre de 2007 el menor Hipólito, en ese momento con 7 años y alumno de 2.º de Educación Primaria del Colegio Público Nuestra Señora del Villar de Laguna de Duero (Valladolid), se golpeó el rostro contra el suelo con ocasión de realizar en el polideportivo del colegio el denominado juego de «la cadena» que les había encomendado su profesora de educación física, produciéndose herida-inciso contusa en la boca y avulsión completa de los dos incisivos centrales superiores, con reimplantación inmediata y primera sutura estabilizadora.*

*No se cuestiona, pues, que se trataba de una actividad encomendada por la profesora durante la clase de educación física. Ahora bien, ello no obsta para no apreciar la responsabilidad patrimonial que se reclama y es que, tras la práctica a instancia de la parte actora de la prueba testifical de dos profesoras del colegio y el examen del expediente administrativo, cabe señalar lo siguiente:*

- a) *La actividad encomendada («la cadena») es un juego tradicional de calle del que no puede en modo alguno afirmarse que sea peligroso o que entrañe un riesgo de relevancia tal, más allá del connatural y propio de toda carrera, que impida o siquiera desaconseje su práctica escolar. A este respecto podemos decir que los juegos de persecución en la clase de educación física o en los recreos son intrínsecos a la actividad escolar, y con ello los accidentes casuales durante el desarrollo de los mismos, sin que ello implique el nacimiento de responsabilidad administrativa, o que la alternativa sea su prohibición.*
- b) *En contra de lo afirmado por el actor, por dos veces, en el hecho primero de la demanda, los alumnos no iban agarrados entre sí por los brazos –lo que, quizá, parece podría dificultar la evolución y movimiento de los componentes de «la cadena» y facilitar o propiciar su caída– sino por las manos, como es lo propio en este juego.*
- c) *La actividad se desarrollaba entre los alumnos de la misma clase, es decir, entre niños de similar complexión física, y con un máximo de tres componentes por cada «cadena», lo que razonablemente disminuye un posible descontrol, por así decirlo, de la «cadena humana». El hecho de ocupar el centro de la cadena tampoco puede erigirse en una circunstancia que agrave el riesgo de caída pues, precisamente, en esa posición el alumno se apoya con las manos de ambos lados.*
- d) *Así pues, y en aplicación de la doctrina expuesta, no cabe apreciar la concurrencia de responsabilidad patrimonial en la Administración Educativa ya que hemos de atribuir la caída a un simple lance de la actividad encomendada por la profesora en sí misma insuficiente para anudar el daño a la prestación del servicio público docente, ajeno desde luego a la causación de aquél”.*

En relación con estos casos, merecen especial referencia las lesiones sufridas como consecuencias de padecimientos previos de salud, para cuyo análisis acudiremos al contenido de la Sentencia de 06/10/2010 (Recurso 6413/2008), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, en sede de casación confirma el pronunciamiento de instancia, que rechazó la concurrencia de responsabilidad de la Administración Educativa por la situación de coma irreversible en la que quedó una alumna de doce años de edad, tras sufrir un tromboembolismo pulmonar durante la clase de Educación Física. Valora la Sentencia la inexistencia de prueba que acredite la infracción del deber de cuidado y vigilancia que pesa sobre el profesor, pues éste relevó a la alumna de la realización de los ejercicios cuando aquélla le comunicó que se encontraba mareada.

Además, se destaca la falta de información por parte de los padres al personal del centro docente del padecimiento de la menor y la ausencia de acreditación de la relación directa del ejercicio practicado por la alumna en clase con el tromboembolismo pulmonar padecido.

En concreto, la Sala se pronuncia en los siguientes términos:

*“Pues bien, de la extensa prueba practicada no consta que la menor Lidia comentara al inicio de la clase que se encontraba mal al profesor de gimnasia, Sr. Cosme. Cuando se encontró mal, con síntomas de mareo, se lo dijo al profesor y éste le dijo que se sentara en una silla, por lo que ya Lidia suspendió su actividad deportiva, y quedó al cuidado de dos alumnas Tania y Mariana. No consta que el profesor obligara a Lidia a realizar tales ejercicios, tal y como consta de la declaración de Elisa que se encontraba con Lidia antes de su realización y durante los mismos. La parte actora considera que tales ejercicios son excesivamente duros, si bien tal argumentación no se reitera en trámite de conclusiones, pero no existe ninguna prueba al respecto relativa a la no indicación de los mismos ni porque no fueran pertinentes y adecuados para la formación educativa de los niños, de 12 años de edad, ni porque Lidia tuviera comunicado al Centro y al profesor la imposibilidad de los mismos atendida su malformación congénita en el antebrazo. Es un hecho no controvertido que los padres de Lidia no habían comunicado al Centro ninguna malformación o limitación de Lidia, ni que hubiera un conocimiento por otras vías visibles, no pudiendo ser relevante que sea evidente por ser verano o no, ya que los profesores no pueden conocer la relevancia o incidencia del mismo en el desarrollo de su actividad. De los hechos indicados no podemos deducir una negligente vigilancia o cuidado del profesor con respecto a la menor Lidia, no se observa esa falta de cuidado en la custodia y tratamiento de la menor, ya que tampoco podía valorar lo que se avecinaba a partir de un simple mareo o indisposición inicial, que antes no se había exteriorizado”.*

*“En trámite de prueba también se ha practicado completa prueba pericial por el Médico Forense del Institut de Medicina Legal de Catalunya, quien determina, de forma relevante para el pleito; y realizada tal prueba con contradicción:*

- a) El ejercicio que desarrollaba Lidia de «el lagarto» pudo ejercer una presión sobre la malformación vascular en su antebrazo; pero no es posible asegurarlo ya que no es posible saber porqué el trombo se desplazó para producir la oclusión pulmonar.*
- b) El tromboembolismo pulmonar «coincidió» con la realización de dicho ejercicio, sin que pueda demostrarse una relación de causalidad directa; el origen del tromboembolismo fue un trombo originado a nivel de la malformación arteriovenosa de la extremidad superior izquierda.*
- c) La situación de Lidia fue «tratada a tiempo». Nos encontrábamos ante un cuadro muy grave de tromboembolismo pulmonar con alteración hemodinámica, shock cardiogénico y pulmonar agudo. Un profesor no está capacitado para decidir si una sintomatología que presenta un alumno durante un ejercicio físico es decisiva o no, más allá que lo que le puede parecer a una persona normal que observa también esos síntomas. No existe constancia alguna de que las maniobras y asistencia prestada a Lidia fueran incorrectas, concluyendo el Forense que «no existiendo otras maniobras o medidas que hubiesen podido mejorar la situación clínica que presenta».*

d) *No se encontró informe alguno médico que demostrara la contraindicación de la actividad deportiva para la menor Lidia.*

*Por todo, lo anterior no es posible tener por demostrada la relación de causalidad entre la prestación del servicio educativo con los hechos acontecidos el 12-02-2002 que determinaron las gravísimas y tristes lesiones y secuelas de la menor Lidia. Ciertamente, hay que tener por acreditado que nada de lo que en aquel momento se hubiera hecho pudiera haber mejorado la situación de Lidia, que nunca antes había sufrido ningún cuadro parecido ni tampoco el Centro podía prever o imaginar. De los síntomas iniciales de Lidia no se podía por el profesor de gimnasia ni la Dirección del Colegio observar nada más de lo que podía posteriormente ocurrir. Ello se determina con claridad meridiana en el Informe del Médico Forense, y a pesar de que la actora aporta informe del Dr. Bartolomé, quien manifiesta que existió un retraso en el tratamiento y asistencia a la menor Lidia no concreta cuáles fueron los pasos que se obviaron, qué se pudo haber realizado en aquel momento y en aquellas circunstancias y cuáles eran los concretos síntomas que podía un profesor de gimnasia en el desarrollo de su función educativa percibir como determinantes de una situación grave. No olvidemos que la existencia de un mareo o malestar sin nada más no podía determinar al inicio que estuviéramos ante un tromboembolismo pulmonar con las graves consecuencias que hoy conocemos”.*

Un supuesto con conclusión inversa al que acabamos de ver es el analizado por la Sentencia de 10/03/2003 (Recurso 10229/1998), del Tribunal Supremo, que declara la responsabilidad de la Administración Educativa, derivada del fallecimiento de una alumna en el desarrollo de una actividad deportiva, incluida en el programa escolar, consistente en el descenso de un río, organizada por el centro docente público del que era alumna. Considera el Alto Tribunal que se trataba de una actividad de riesgo, al existir en el río en cuestión un tramo peligroso, no habiéndose adoptado las medidas precisas para evitar daños, habida cuenta la naturaleza de la actividad, habiendo volcado varias canoas, entre ellas la de la alumna fallecida, que permaneció varios minutos bajo el agua y la embarcación sin que nadie se percatara.

Refiere la indicada Sentencia que: *“la actividad deportiva de que se trata en este caso, encuadrada dentro del programa escolar, es una actividad de riesgo, el descenso por un río, el Sella, en que, consta que, al menos, hay «un tramo peligroso por la existencia de rápidos o rabiones», y que es, precisamente, en esos rápidos donde se produce el accidente. Sin que tampoco deba dejar de llamarse la atención –en cuanto contribuye a poner de manifiesto que no se adoptaron todas las precauciones que el tipo de actividad deportiva programada exigía– que son varias las embarcaciones que zozobraron al mismo tiempo y en el mismo tramo fluvial. Y es, básicamente por la concurrencia de estas circunstancias, por lo que no cabe eximir de responsabilidad a la Administración Educativa, y por lo que tampoco cabe declarar que parte de esa responsabilidad quepa imputarla a los padres de la víctima que debieron valorar el riesgo inherente a dicha actividad”.*

De todo lo expuesto se deduce que la responsabilidad de la Administración Educativa se declarará concurrente cuando, sin intervención de elemento extraño alguno que destruya el nexo causal, se aprecie una actuación inadecuada del personal del centro docente que, pudiendo, no haya ejercido adecuadamente su deber de cuidado de los alumnos, adoptando un comportamiento tendente a evitar el daño.

A modo de ejemplo puede citarse la Sentencia de 28/11/2002, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Recurso 1227/1999), que estima concurrente la responsabilidad administrativa por la lesión sufrida por una alumna en una mano, mientras entraba en el aula, al cerrarse bruscamente la puerta de la misma, debido a las fuertes corrientes de aire que se producían en el corredor en el que se encuentran las aulas, siendo conocida por el centro docente esta problemática, sin que se adoptase ninguna medida para solucionarla.

*B) Daños sufridos por los alumnos en las instalaciones del centro docente como consecuencia de la intervención de un tercero.*

Los daños sufridos por el alumno pueden haber sido producidos también por otro alumno.

En estos supuestos, debe valorarse igualmente la actitud observada por el personal del centro escolar, en orden a determinar si se ha cumplido el estándar de vigilancia y control que le es exigible.

La Sentencia de 03/07/2001 (Recurso 571/2000), de la Audiencia Nacional, declara la responsabilidad de la Administración por los daños causados a un menor por el impacto de una piedra lanzada sin intencionalidad por otro menor alumno del centro, en presencia de dos profesores, entendiéndose que se había omitido el deber de cuidado que es exigible al profesorado por permitir dicha acción.

La Sentencia de 07/10/2013 (Recurso 1200/2007), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estima concurrente la responsabilidad administrativa por los daños causados a una alumna de cuatro años por su compañero de clase, al clavarle éste un punzón metálico en el ojo.

Valora la Sentencia una actuación indebida del personal del centro, por cuanto el material escolar en cuestión requería extremar la precaución en atención a la corta edad de los escolares que lo estaban usando; además, a la fecha en la que sucedieron los hechos, existían otros punzones de características menos peligrosas, pero el elemento determinante de la declaración de responsabilidad es la disponibilidad para los menores del instrumento peligroso y causante del daño, pues el accidente se produjo cuando ya había concluido la actividad de punteo con el punzón, encontrándose los pequeños coloreando.

No obstante, se modera la responsabilidad por lo súbito de la acción y por el hecho de encontrarse el punzón al alcance del menor precisamente porque había sido el material escolar empleado en la tarea inmediatamente anterior a la que se encontraban desarrollando en el momento de tener lugar la lesión.

En concreto, refiere la Sentencia lo que sigue:

*“Con este relato de hechos, no podemos por menos que apreciar la concurrencia de los requisitos antes expuestos para declarar la responsabilidad de la Administración, si bien con las modulaciones que más adelante se expondrán, debiendo rechazarse las consideraciones expuestas por su Letrado defensor, pues ni los hechos son completamente inimputables ni ha quedado roto el nexo causal por la existencia de un accidente inevitable para el personal al servicio de la Administración Educativa: hemos de ponderar en primer lugar el nivel educativo en el que se producen los sucesos, una clase de educación infantil con niños muy pequeños, de cuatro años, en relación con los cuales hay que extremar la diligencia en la vigilancia y supervisión de la utilización de elementos peligrosos. Además, hemos de calificar como tal a un punzón metálico, que, si bien no cabe duda de que es un elemento necesario para la realización de actividades que potencian las capacidades motoras de los niños, y como tal su utilización se encuentra aprobada por la Administración (siquiera sea tácitamente), aunque desconocemos sus dimensiones y características concretas (pues no se ha practicado prueba alguna al respecto a instancia de ninguno de los litigantes), lo cierto es que ya en la fecha en que sucedieron los hechos existían en el mercado y eran de frecuente utilización en las aulas de los colegios de educación infantil punzones plásticos de pequeña punta, similar a la de un lápiz, que son objetivamente menos peligrosos que un instrumento metálico. No obstante, lo determinante para apreciar la responsabilidad de la Administración es la inadecuada posibilidad de disposición del instrumento peligroso por los menores en el momento del suceso: el punzón había sido utilizado en una actividad manual que se había desarrollado momentos antes de la de coloreo de fichas, y fue mientras los niños coloreaban cuando el punzón se encontraba sobre la mesa, de una forma claramente inadecuada en ese momento. Sin embargo, también han de tomarse en consideración como factores concurrentes el que la actividad de punteo con el punzón se había realizado instantes antes del suceso, lo que motiva la presencia del instrumento al alcance de la menor, y lo súbito e inesperado de la conducta de la menor que causa el daño, de manera que si bien estas circunstancias no exoneran completamente de responsabilidad a la Administración por los motivos expuestos, sí podemos considerar que son hechos relevantes que contribuyen causalmente a la producción del daño y que deben ser tomados en consideración, moderando el deber de indemnizar, que esta Sala estima prudencialmente en un 50%”.*

Cabe destacar que los Tribunales han declarado la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto si el causante de los daños es otro alumno del mismo centro escolar, como si es un tercero ajeno al mismo, siempre que en estos casos se aprecie la concurrencia de culpa in vigilando.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de 08/11/2010 (Recurso 685/2009), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Dicho pronunciamiento judicial declara concurrente la responsabilidad patrimonial administrativa por la lesión padecida en un ojo por un alumno de un centro escolar, al mirar por un agujero existente en el muro que rodeaba el patio y ser agredido por otro menor que se encontraba al otro lado, fuera del centro docente.

Se fundamenta la responsabilidad en que el personal del centro debió prever que la existencia de este agujero en el muro llamaría la atención de los alumnos, que intentarían mirar por él hacia el otro lado. Se rechaza además la responsabilidad del Ayuntamiento, obligado a la conservación del centro, por haber inspeccionado el edificio recientemente sin advertir deficiencias y no haber sido avisado por el personal del colegio de la aparición posterior de ese agujero.

Dice así la Sentencia mencionada:

*“La causa origen del resultado lesivo acaecido, tanto en el sentido de ser la inicial, como en el más importante de ser la que permitió que tal resultado acaeciera, de suerte que sin ella no se hubiera producido, pertenece, se integra o sitúa en el ámbito del funcionamiento del servicio público educativo, no siendo ajena a él; pues esa causa fue la existencia en la pared o tapia de cierre del espacio utilizado para el recreo de los alumnos de enseñanza infantil y primaria de un hueco o agujero caracterizado por hallarse a una altura aproximada de medio metro, con unas dimensiones de 40x35 cm aproximadamente, y en un lugar colindante con una vaqueriza. En sí mismo, por razón de esas características, y más aún si se tiene en consideración la edad de los alumnos que cursan esas enseñanzas, un hueco o agujero así es un foco de riesgo, por la curiosidad que puede despertar en ellos, exponiéndolos a los peligros que de una vaqueriza puedan provenir, e incluso por la posibilidad, que no nos parece nada imaginable, de que un menor de la edad del hijo de los actores pudiera introducirse y caer a través de él a la vaqueriza.*

*Si ello es así, y lo es a nuestro juicio, el adecuado cumplimiento de las funciones tuitivas y de vigilancia que pesan, tanto sobre quienes dirigen el funcionamiento y actividades del Centro, como sobre el personal docente que ha de acompañar a los alumnos en el tiempo de recreo, exigían haber percibido con antelación la existencia del hueco o agujero y haber adoptado de modo inmediato las medidas necesarias para evitar la aproximación a él de los alumnos.*

*La existencia de ese hueco y el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de esas funciones fue la causa realmente determinante de la actualización de un riesgo potencialmente predecible, desplazando su clara eficacia, por ello, la causa consistente en el acto de agresión, pese a su gran desvalor y directa incidencia en el resultado, sin perjuicio, claro es, de las acciones que en otro orden jurisdiccional hubieran podido ejercitarse por razón de él”.*

En sentido contrario, no se excluye la responsabilidad patrimonial administrativa por el hecho de que los daños sean sufridos por quien no es alumno del centro escolar, pero se encuentra en el mismo, incluso indebidamente, siempre que concurren los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para apreciar tal responsabilidad.

La Sentencia de 28/06/2004 (Recurso 4154/2002), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, confirma la responsabilidad de la Administración Educativa por los daños causados a un menor al caerle encima una canasta de baloncesto. Si bien el menor accidentado no era alumno del centro docente en cuestión, al que había accedido indebidamente a la hora de entrada de los alumnos, la Sentencia valora como título de imputación la titularidad autonómica del servicio público educativo, considerando que éste se ha prestado de manera indebida, pues era responsabilidad del personal del centro vigilar la entrada al mismo, impidiendo el acceso de toda persona que no fuese alumno:

*“...la Administración Educativa recurrente –admitamos incluso que emplea una técnica forense no exenta de habilidad– altera el correcto planteamiento de los hechos al omitir un dato fundamental: que la entrada y salida del alumnado al centro se hace sin control adecuado. Un control que, por lo demás, no tiene nada que ver con la vigilancia del edificio que corresponde al Ayuntamiento. Se trata de saber quién entra y sale del mismo, deber que incumbe a la Administración Educativa, sean los profesores, sean los conserjes o sean los porteros del Colegio.*

*Y como ese deber de control elemental ha fallado, es la Junta de Andalucía –Administración Educativa– y no el Ayuntamiento quien debe responder. Ciertamente es que el lesionado estaba sujeto a la disciplina de otro centro educativo –privado y no público–, y que incumplió su deber de asistencia al mismo –lo que, según resulta de las actuaciones, había ocurrido más de una vez–, pero no es menos cierto que la Sentencia da como probado, en una de las incidentales referencias que hace sobre los hechos –cfr. Fundamento 3.º, párrafo último– «Está acreditado en autos que la entrada del menor lesionado en el colegio público se produjo por lugar habilitado para ello, a ciencia y paciencia de las personas encargadas de la vigilancia del centro y que además no era la primera vez que se producía. Es decir, la Administración habría tolerado que el menor, y quizás otros, entrasen en el Colegio a disfrutar de las instalaciones deportivas».*

Esta Sentencia ofrece también una precisión relevante en cuanto a la inexistencia de responsabilidad del Ayuntamiento como encargado del mantenimiento del centro, que analizaremos con posterioridad.

Dentro de los supuestos de intervención de terceros en la producción de daños merecen especial referencia los casos de acoso escolar entre estudiantes.

En estos supuestos los Tribunales acuden, en primer lugar, al análisis de la fundamentación probatoria de los hechos alegados, rechazando cualquier exigencia de responsabilidad en caso de no resultar concurrente dicha prueba. Ello es evidentemente común a cualquier

tipo de procedimiento judicial, en el que la carga de la prueba de los hechos alegados corresponde a la parte que los alega. Si bien destacamos este extremo en el caso presente, por cuanto se trata de supuestos que suelen producirse de manera clandestina, no siendo suficiente el solo relato de la supuesta víctima para estimar la existencia de tal situación.

En este sentido podemos citar nuevamente la Sentencia de 07/10/2008 (Recurso 880/2000), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que rechaza el relato de la parte actora que, tras la formulación de una reclamación administrativa por daños sufridos por su hija menor en el colegio en el que cursaba estudios al tropezar con una mochila que había en el suelo, refuerza su demanda afirmando que esa caída se produce en un ámbito de acoso escolar:

*“Entre estos requisitos (los del instituto de la responsabilidad patrimonial) se puede ahora destacar el de la relación de causalidad y, en este sentido, nuestro Tribunal Supremo ha venido asentando de forma progresiva, que, en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1.214 del Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho («semper necesitas probandi incumbit illi qui agit») así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (notoria non egent probatione) y los hechos negativos indefinidos (negativa non sunt probanda).*

*En virtud de lo dicho, en la administración del principio sobre la carga de la prueba, se ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997 y 21 de septiembre de 1998.*

*TERCERO. En orden a esa actividad, la de la actora es claramente deficitaria al haber dejado que no se practicara la prueba pericial propuesta, ni haber traído al proceso testigos presenciales de los hechos relatados, quedando las distintas versiones de los mismos, incluso los expuestos por la parte actora en las distintas instancias, con un resultado contradictorio, lo cual equivale a que por la misma, y siendo de su incumbencia, no se ha probado el necesario nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo.*

*Así pues, y en el mejor de los casos, lo único que consta es que la hija de la reclamante sufrió un accidente durante su estancia en un colegio público y, en estos supuestos, el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (la de 5 de junio de 1998, por ejemplo) tiene declarado que la prestación por la Administración de un determinado servicio*

*público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende la recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.*

Esa exigencia de prueba es igualmente imprescindible en los casos en los que la situación de acoso es denunciada por el profesorado, imputando a la dirección del centro docente y a la Administración Educativa pasividad ante dicha denuncia. Puede citarse a este respecto la Sentencia de 02/07/2013 (Recurso 270/2010), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, que desestima la demanda de una profesora, que denuncia una situación como la referida, que se alega consentida por la Administración Educativa, que incluso rechazó otorgarle una comisión de servicios, por no haberse aportado prueba alguna que acreditase la realidad de los hechos alegados, encontrándose la denegación de dicha solicitud de comisión de servicios debidamente motivada.

En segundo lugar, debe analizarse en estos asuntos también la concurrencia de la tantas veces mencionada *culpa in vigilando*, en íntima conexión con la actividad probatoria: no sólo procede acreditar la realidad de los hechos, sino también su conocimiento por el personal del centro escolar. Además, los órganos judiciales valoran si, conocidos los hechos por el centro docente, su personal ha adoptado o no medidas adecuadas para abordar el problema.

Es decir, no se impone un deber absoluto y objetivo de conocimiento de cuanto acaece en el centro docente por el personal responsable del mismo, sino que se exige la acreditación del conocimiento y pasividad del profesorado y demás personal del centro ante los hechos constitutivos de acoso que se estarían produciendo en el centro docente. Lo contrario conduciría a extender los límites de la *culpa in vigilando* más allá de lo razonable.

No apreciándose tal culpabilidad omisiva, el nexo causal queda destruido, no pudiendo considerarse que el resultado lesivo sea atribuible al funcionamiento del servicio público educativo.

Como ejemplo de lo expuesto podemos citar la Sentencia de 15/04/2010 (Recurso 671/2007), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que atribuye la responsabilidad de una situación de acoso acreditada a los propios menores acosadores y no al servicio público educativo, por no estimar probada una situación de pasividad del profesorado ante los hechos acaecidos.

En concreto, su FD Cuarto refiere lo siguiente:

“En el presente caso, dada la decisiva intervención de los alumnos acosadores en la producción del daño, no puede estimarse que exista responsabilidad de la Administración por el mero hecho de haberse producido dichos daños en el interior de un centro educativo o incluso durante el horario lectivo. En principio, de sus actos deben responder los alumnos acosadores y, en su caso, sus padres o tutores. Por lo demás, no consta que se diera la necesaria relación de concausalidad entre la actuación del profesorado del menor y demás responsables del colegio, y el daño a éste ocasionado. En efecto, el Colegio sólo sería responsable si los profesores o directivos del mismo hubiera intervenido de algún modo, por acción u omisión, en la producción del hecho lesivo, y no hay acreditación suficiente de las solas manifestaciones de los miembros de la familia del menor sobre la «pasividad» o «negligencia» que se les achaca a los responsables del centro, quienes, según se lee en la demanda, con «pleno conocimiento de lo que estaba sucediendo a Alfredo» mostraron «su total falta de diligencia requerida en estos casos». En este mismo escrito de demanda se dice por la recurrente, tras referirse al informe de Neurología Infantil de 17 de mayo de 2005 «en que se refleja problemas de relación con compañeros en el ambiente escolar... recomendándose Seguimiento en la Unidad de Salud Mental del H. de Valme y control/revisión en Neurología Pediátrica», y a otro informe de 11 de agosto de dicho año emitido por el Dr. Ángel Jesús de la Sección de Neuropediatria, que «no es hasta entonces cuando indicado menor comienza a contar detalladamente parte de las humillaciones, insultos y palizas que habitualmente venía recibiendo por parte de compañeros de colegio, sin que por parte de los responsables del centro se hubiera hecho nada para impedirlo». Se añade que «una vez que sus padres tuvieron conocimiento de lo que ha estado ocurriendo se pusieron en contacto con la tutora del colegio», que «al parecer dicha profesora tenía conocimiento de la existencia de problemas», que «ante ello se propuso a mi mandante y a su esposo una reunión con el Jefe de Estudios y la Directora del Centro», y que «terminó el curso y esta reunión nunca se celebró, tomando en septiembre la difícil decisión de cambiar al niño de Colegio». Se insiste que «a finales de mayo de 2005, cuando el niño se reincorpora a sus clases, solicita una reunión con la tutora, la profesora de apoyo y el psicólogo, ya que la directora le daba largas» que «le dijeron que la reunión se celebraría cuando el jefe de estudios volviera del viaje», y que «esta reunión no se llegó a celebrar ya que aún siendo todos conocedores del problema, ninguno de los responsables del centro tomó las medidas necesarias para parar el acoso». Pues bien, las actuaciones llevadas a cabo una vez se comunicó al Equipo Directivo del Colegio en la segunda quincena de mayo de 2005 el acoso sufrido por el menor, sintetizadas en el informe de 29 de junio de 2005 (folios 72 y 73 del expediente administrativo), consideradas como «las medidas más oportunas que dio tiempo a realizar y que no fueron pocas», no están desacreditadas de adverso. Por otra parte, también la tutora Sra. Virtudes, por lo que respecta a la previa situación del menor en el Colegio, esto es, anterior a abril-mayo de 2005, informa (folios 85 y 86 del expediente) que «en el curso 2003/2004 empezaron a manifestarse algunos problemas en el último trimestre de los cuales no tuvimos conocimiento», que «ya en el curso 2004/2005 su madre me comentó que Alfredo se quejaba porque algunos niños de la clase se metían con él insultándolo», que «el caso se había tratado con anterioridad en clase como cada vez que surge un conflicto de

*convivencia, comentando su importancia y analizándolo desde varias direcciones: El máximo respeto que nos debemos unos a otros; lo arriesgado de hacer juicios de valor previos sobre las personas; la no-discriminación bajo ninguna razón; el grupo como centro integrador de compañeros», que «después de esta primera acción se observó una mejor convivencia durante un tiempo», que «posteriormente se intervino por este motivo en dos o tres ocasiones más, cada vez que su madre avisaba que las acciones habían vuelto a repetirse», que «en estas intervenciones se comentaba además de lo anteriormente expuesto otros aspectos, como la necesidad de los otros, el valor de los demás y se hicieron juegos de reforzamiento de la autoestima con ocasión del día de la paz (Programa de Manos Unidas)», que «la última ocasión fue antes de las vacaciones de Semana Santa, en ella los niños comentaron que era una práctica habitual, que todos se metían unos con otros, pero que en realidad con algunos era más insistente y además no había motivo», y que «ante mi enfado, ya que se había hablado varias veces, en las que parecía que no iba a repetirse, se estableció un compromiso muy serio, el cual no podía romperse o se hablaría con los padres de aquellos alumnos que continuaran con esa práctica». Tampoco estas actuaciones están desautorizadas por la recurrente. En definitiva, la doctrina jurisprudencial ilustra (ver, por todas, STS de 06-11-2003), que no es acorde con el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquella, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, aquí inapreciable».*

Existen otros supuestos en los que el nexo causal resulta también destruido si, además de apreciarse cumplimiento de los deberes de vigilancia y cuidado del personal del centro docente, resulta probada la intervención activa de la propia víctima en los hechos, favoreciéndolos o provocándolos con su conducta. Se trata de un supuesto equivalente al que ya hemos analizado de daños sufrido por el menor cuando se pone en riesgo con su conducta indebida.

Podemos citar en este punto la Sentencia de 01/02/2013 (Recurso 331/2012), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que confirma la desestimación en la instancia de una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por las lesiones padecidas por una menor en un instituto a manos de otra compañera en el curso de una pelea, que se enmarcaba en la reclamación deducida por el padre de la menor en un contexto de acoso escolar.

La Sentencia reconoce la realidad de los daños padecidos por la menor, en atención a las pruebas practicadas, si bien precisando que los informes médicos se limitan a recoger como causa de las lesiones físicas y psíquicas únicamente las relatadas por la menor, sin otra prueba periférica. No obstante, la Sala rehúsa admitir que esas lesiones sean consecuencia del funcionamiento del servicio público educativo, en cuanto que la alumna ofrecía una conducta conflictiva, con continua provocación e intervención en peleas, sin que el profesorado hubiese incumplido su deber de vigilancia.

Resuelve la Sentencia referida en su FD Quinto en los términos que pasamos a transcribir:

*“En cualquier caso, y esto es lo que importa, con independencia de la culpa de los sujetos intervinientes en las peleas, la Sala no ha podido identificar en los episodios concretos acaecidos, negligencia o ausencia de actuación del personal del Centro Educativo que pudiera calificarse de culpa in vigilando, sobre todo teniendo en cuenta las concretas actuaciones e intervenciones, en ningún caso discutidas, que tuvieron en los incidentes del Centro, de manera inmediata, y llevando a cabo un correcto seguimiento de los conflictos y reyertas de los alumnos.*

*Esta Sala comparte así las conclusiones de la resolución impugnada respecto de las peleas en las que se ha visto involucrada la joven Ana que con ser indudablemente, intolerables y acreedoras de la máxima reprobación, y a la vista de los distintos informes y resoluciones sobrantes en el expediente administrativo, en ningún momento cuestionados por el recurrente, debemos concluir, como hace la Administración en la resolución impugnada, que las expresadas lesiones fueron totalmente ajenas al funcionamiento normal o anormal del indicado servicio público.*

*Por lo demás, los distintos episodios violentos acaecidos en el Instituto y en los que aparecía involucrada la menor dieron lugar a las diligencias incoadas en el Juzgado de Menores n.º 1 de Ceuta contra los menores intervinientes en las peleas, por sus supuestas faltas de injurias y vejaciones y terminaron mediante sentencia absolutoria y con el archivo de las diligencias en su día seguidas al ser los menores denunciados menores de catorce años de edad”.*

*C) Daños causados a terceros por los alumnos del centro escolar.*

También cabe la posibilidad de que alumnos del centro docente causen daños a terceros, Nuevamente se impone el análisis de los extremos que hemos venido considerando para determinar la vinculación de los daños al funcionamiento del servicio público educativo.

Particular referencia podemos hacer en este punto a los perjuicios causados por menores que salen indebidamente del centro escolar.

Un supuesto de este tipo es analizado por la Sentencia de 16/05/2003 (Recurso 629/2002), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra, que exonera de responsabilidad a la Administración Educativa por el incendio de un vehículo por parte de alumnos de un instituto que escaparon de él, usando como vía de escape, no la puerta de entrada y salida del centro, sino un hueco en una valla. Entiende la Sentencia que el medio clandestino utilizado por los menores para salir del centro, impide cualquier imputación de daños al funcionamiento del servicio educativo:

*“Tal tesis de la parte demandante no es compartida por la sala, pues no se encuentra que exista relación de causalidad entre el servicio público de enseñanza y la conducta de los menores, la actuación de dicho servicio no puede entenderse como la causa eficiente o factor preponderante para la producción de los daños. Por contra, tales daños se han producido no como consecuencia de las actividades docentes organizadas y dependientes de la Administración Educativa, sino completamente al margen de las mismas, por actos exclusivamente imputables a los menores. La Administración Educativa no puede ser garante universal de todos los actos de los menores, que aun debiendo permanecer en el Centro escolar, rompiendo la disciplina escolar escapan del centro, por un lugar no habitual, debieron «colarse» por debajo de una valla y saltar otra, y causando ulteriormente tan graves daños como los relacionados en los hechos probados antes transcritos de la resolución del Juzgado de Menores. No existe, por lo tanto relación de causalidad alguna entre el servicio educativo prestado por la Administración y los actos de los menores, que se han efectuado completamente al margen de la actividad del centro. Solo la conducta de los menores es la que ha producido los daños, no existiendo, se insiste, relación alguna con la actividad educativa realizada”.*

#### *D) Daños por indebido estado de conservación del centro escolar.*

Como ya anunciábamos en la primera parte de este estudio, una particularidad que afecta a los centros docentes en los que se cursan determinadas etapas educativas, en concreto, educación infantil, educación primaria y educación especial, es que su conservación, mantenimiento y vigilancia corresponden al municipio respectivo ex disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Ello genera un defecto de imputabilidad de la Administración autonómica cuando los daños se vinculan al estado de conservación del edificio en el que se ubica el centro docente. No obstante, se trata de una cuestión que no deja de ofrecer particularidades y matices.

Así, por ejemplo, los órganos judiciales han distinguido entre las obras de conservación ordinaria del inmueble y las obras mayores, atribuyendo las primeras a la competencia municipal y las segundas a la autonómica.

En el sentido expuesto se pronuncia la Sentencia de 11/12/2006 (Recurso 2221/1998), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación con los daños sufridos por un alumno durante la clase de Educación Física, debido al mal estado de la pista polideportiva en la que se desarrollaba la clase.

Dice así la Sentencia referida:

*“En fin, una vez producido el daño, debemos dirimir la polémica suscitada entre la Administración Autonómica y la Municipal sobre la determinación de la obligada a la repara-*

*ción de las pistas deportivas. Ésta ha de resolverse, en primer lugar, distinguiendo entre obras de normal mantenimiento y conservación y obras mayores. En segundo lugar, señalando que la Administración Municipal venía obligada a las obras de normal mantenimiento y conservación, mientras que las obras mayores eran de la incumbencia de la Administración Autonómica. Y, en tercer lugar, la reparación de las pistas deportivas en cuanto obras mayores correspondían a la Administración Autonómica y no a la Municipal. Así se admite por parte del propio Director General de Construcciones y Equipamiento Escolar, de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, en respuesta a la reclamación de la A.P.A. en que dice que algunas de las actuaciones necesarias corresponden al normal mantenimiento que tiene que realizar el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Otras, que pudieran ser consideradas obras mayores, cerramiento, instalación eléctrica, instalaciones deportivas y biblioteca serían objeto de nuestra intervención siempre que así se priorizara por el Consejo Escolar Municipal".*

También resulta interesante destacar el pronunciamiento contenido en una Sentencia ya citada, cual es la Sentencia de 28/06/2004 (Recurso 4154/2002), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Dicha resolución judicial analiza, como ya hemos visto, la responsabilidad de la Administración Educativa por los daños causados a un menor al caérsele encima una canasta de baloncesto. Una de las cuestiones debatidas era la referida a la consideración de la canasta como parte o no del edificio, en orden a determinara si la responsabilidad por el estado de conservación de la canasta es atribuible al Ayuntamiento o a la Administración Educativa.

La Sentencia confirma el pronunciamiento de instancia, que concluye, destacando la irrelevancia de considerar a la canasta como bien mueble o inmueble por incorporación, que la canasta constituye material escolar y, por ello, la Administración autonómica, titular del servicio público educativo y encargada de prestarlo, es la única responsable por los daños que pueda causar dicha canasta de baloncesto. Se destaca no sólo el carácter transportable de dicho utensilio deportivo, sino también su uso exclusivo a instancias del personal docente dependiente de la Administración autonómica.

La responsabilidad se anuda a la titularidad de la competencia educativa, entendiendo que el elemento causante del daño se encuentra íntimamente relacionado con el ejercicio de la función educativa, desarrollada por la Administración autonómica.

#### *E) Alcance de la indemnización por daños causados a los alumnos. Lucro cesante.*

Otro aspecto que resulta relevante destacar en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se deducen en el ámbito educativo es el referido al alcance de la indemnización económica por las lesiones padecidas por los menores.

Es muy frecuente que, entre los conceptos que se incluyen en el quantum indemnizatorio, los tutores del menor lesionado pretendan el abono de una partida por los días de recu-

peración de las lesiones (días de baja), lo que equivale, en definitiva, a una indemnización por lucro cesante.

En relación con esta cuestión, existen pronunciamientos que excluyen la existencia de tal lucro cesante, dada la peculiar situación del sujeto pasivo del daño, normalmente un menor de edad, cuya única actividad consiste en el desarrollo de sus estudios.

A este respecto es significativa la Sentencia de 13/09/2001 (Recurso 403/2001), de la Audiencia Nacional, que señala que *“en cuanto a los días de baja, como viene declarando este Tribunal, que para la fijación de una indemnización en tal concepto se exige acreditar que ello le ha supuesto al afectado un perjuicio real y efectivo, descartándose por la edad y circunstancias de escolarización perjuicios económicos por lucro cesante y no acreditándose otros distintos de la propia curación, dolor y molestias padecidas, o en relación con su actividad y curación de las lesiones que permitan una evaluación económica a efectos de indemnización, la cual tiene por objeto la reparación integral de un perjuicio y carece de justificación cuando el mismo no se identifica y acredita, pues en tal caso no respondería a tal reparación sino que supondría un enriquecimiento injusto por parte del interesado..., sin que, a pesar de las genéricas afirmaciones de la parte, conste acreditada incidencia negativa en su formación ni el tiempo en que no pudo asistir al Colegio”*.

## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## II. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO

Por Antonio Faya Barrios

### 1. EL PRINCIPIO GENERAL DE NO INDEMNIZABILIDAD POR RAZÓN DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA

Cualquier aproximación a la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito del urbanismo y de la ordenación del territorio encuentra como principio general y punto de partida el contenido en el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que actúa como auténtica norma de cabecera en la materia. Señala el citado precepto lo siguiente:

*“1. La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.*

*El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve”.*

Continúa el artículo 4 dando algunas claves relativas a los principios a los que en general deben responder la ordenación urbanística y territorial que resultan expresivas y que explican la regla general de no indemnizabilidad que se acaba de establecer. En cuanto tal función pública, resulta irrenunciable la presencia permanente de las Administraciones Públicas, su dirección y control, a lo largo del proceso urbanístico en sus diferentes fases, sea pública o privada la persona que materialmente las acometa, sin perjuicio como indica su apartado 3 de la necesidad de fomentar la participación privada. Por otra parte, se recoge la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos, principio tan fundamental en la materia que nos ocupa que mereció quedar incorporado a la Constitución en su artículo 47. Finalmente, el derecho a la información y participación ciudadanas en la ordenación y gestión urbanísticas.

Se parte de una concepción estatutaria de la propiedad del suelo, que junto a su contenido normal, que es el que la naturaleza atribuye al suelo, incorpora contenidos artificiales que se traducen en un haz de facultades y deberes del propietario y que traen causa directamente de la ordenación territorial y urbanística vigente en cada momento, que es la que según lo dicho conforma y delimita el derecho. Se trata de una función pública, sustraída al juego del mercado y del principio de libre empresa, donde si bien se asocia a su ejercicio al particular, sea o no propietario del suelo, supeditando la adquisición por éste del contenido potencial de su derecho al correlativo cumplimiento de los deberes que le impone la ordenación urbanística, lo fundamental es la procura del interés general. Podría decirse que primariamente se conforma la realidad conforme al interés público y sólo de manera refleja delimita el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria.

De lo dicho cabría inferir algunas consecuencias de interés<sup>1</sup>: en primer lugar, la desigualdad estructural que por definición se da en los derechos de los propietarios del suelo afectado por la ordenación territorial y urbanística<sup>2</sup> no confiere derechos indemnizatorios para los propietarios cuyo suelo haya podido quedar en peor situación que la de otros. La equidistribución sólo se garantiza para los propietarios cuyos terrenos se hallen dentro de un mismo sector o ámbito delimitado, pero no opera respecto a sectores o ámbitos diferentes.

En segundo lugar, que el principio general de no indemnizabilidad se extiende no sólo a la ordenación territorial y urbanística existente sino a las modificaciones que de la misma puedan efectuarse. Es inherente al ejercicio de la función pública que dicha ordenación

---

<sup>1</sup> En este sentido puede citarse a Ángela de la Cruz Mera: "Comentario al artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de Suelo Estatal", *Grandes Tratados, Estudio del Articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal*, Editorial Aranzadi, enero 2009.

<sup>2</sup> LLEAL GRAU habla muy expresivamente de que la actuación administrativa planificadora es una lotería para unos, un infortunio para otros. Mariona Lleal Grau: "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por alteración de la ordenación territorial y urbanística", *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n.º 19/2009.

supone preordenada a la consecución del interés general la necesidad de ir adaptando a una realidad cambiante sin que en principio nazca tampoco el derecho a la indemnización. Y ello porque en definitiva las facultades propias del dominio, en palabras de la clásica STS de 12 de mayo de 1987 (RJ 1987, 5255, ponente DELGADO BARRIO), *en cuanto creación del ordenamiento, serán las concretadas en la ordenación urbanística vigente en cada momento.*

Siendo cierto todo lo dicho también lo es que aún concebido el margen de actuación de la Administración competente en términos amplios, debe entenderse sujeto a límites. Ha de responder a razones reales y objetivas. Como se preocupa de señalar el artículo 4.1 in fine del Texto Refundido debe ser motivado con expresión de los intereses generales a los que sirve. Tal motivación ha de resultar inequívocamente del propio Plan y de la documentación que lo acompaña (memorias, estudios económicos y financieros, resúmenes ejecutivos, fichas de los distintos sectores) de manera que se justifique y explicité cumplidamente no sólo que los cambios responden al interés público sino que responden a una actuación racional, razonable y proporcionada de la Administración actuante. La revisión jurisdiccional de dicha actuación se atenderá a los parámetros de control que resultan en general aplicables a cualquier actuación discrecional de la Administración.

En cuanto a lo que ha de entenderse por motivación cumplida ha de indicarse que su alcance e intensidad exigibles varía según estemos ante planeamiento general o planeamiento de desarrollo, siendo mayor la exigencia cuanto menor el ámbito a ordenar. Resulta de interés tanto en relación a la importancia de la motivación en este ámbito como al distinto alcance exigible al que nos hemos referido la STS de 19 de octubre de 2011 (RJ 2012\1289), que al respecto indica lo siguiente en su FJ Sexto:

*“Con carácter general debemos señalar que el control de la discrecionalidad administrativa en el orden urbanístico, que subyace en los motivos invocados, impone que en el ejercicio de potestad discrecional, como presupuesto de legitimación, se han de explicar las razones que determinan la decisión. Y ésta justificación ha de hacerse con criterios de racionalidad expresados en la memoria. Sólo así podremos diferenciar la discrecionalidad de la pura arbitrariedad”.*

Por todas, en la STS de 26 de febrero de 2010 (RJ 2010, 4108) (RC 282/2006), se indica en relación con la Motivación a través de la Memoria de los Planes lo siguiente:

*“«Acorde con lo expuesto, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando desde antiguo la importancia de la memoria de los instrumentos de ordenación urbanística [véanse los artículos 12.1.c) y d), 38, 58, 74.1.a), 75, 77, 95.1, 96.1 y 97.1 del Reglamento de Planeamiento], que ha de reflejar en primer término las alternativas posibles, analizándolas después mediante la toma en consideración de sus ventajas e inconvenientes, para justificar, finalmente, la decisión por la que se opta; se ha hablado, así, de la necesidad esencial de la Memoria, como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad (Sentencias de 9 de julio de 1991 (RJ 1991, 5737) o 13 de*

febrero de 1992 (RJ 1992, 2828)» (Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2006 (RJ 2006, 6330) dictada en el Recurso de casación 2393/2003).

Ahora bien, constatado el papel estelar de la Memoria cuando se trata de controlar la discrecionalidad del planeamiento, y teniendo en cuenta la incuestionable exigencia de justificación y motivación de las alteraciones del planeamiento en que forzosamente se concreta en la Memoria, debemos añadir lo siguiente. La motivación concreta y específica de cada determinación del plan no puede ser realizada con la exhaustividad que postula la parte recurrente y que se deriva de los motivos invocados. En definitiva, ha de ser una justificación de trazos gruesos que preste cobertura a las específicas líneas y pliegues concretos de la reforma, de manera que estos sólo adquieran sentido y significado por referencia a aquella.

En este sentido venimos declarando, respecto de la infracción del artículo 38 del Reglamento de Planeamiento y 54 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), que ahora se nos invoca, que «siendo cierto que la Memoria no necesita contener 'una detallada especificación, reforma por reforma, de todas las variaciones en que el Plan incide, ya que las Memorias únicamente marcan las líneas maestras de lo que ha de ser el planeamiento a que se refieren, sin descender a particularidades' (así, y por todas, en las Sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 7 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8805), 2 de enero de 1992 (RJ 1992, 692), o 1 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6616), no lo es menos que de ella, o de esas líneas maestras, debe fluir una motivación reconocible como tal de las determinaciones del planeamiento (ver en este sentido las Sentencias de este Tribunal de fechas 9 de julio de 1991 (RJ 1991, 5737), 20 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 314) o 13 de febrero de 1992 (RJ 1992, 2828)» (STS de 4 de abril de 2007 (RJ 2007, 3152), dictada en el Recurso de casación 6657/2003).

Es correcta la jurisprudencia que alegan las Administraciones recurrentes sobre el distinto nivel de exigencia en la motivación o justificación de la ordenación según las alteraciones del planeamiento se produzcan como consecuencia de una Modificación Puntual –en cuyo caso la exigencia del deber de motivación es más acusada–, de los supuestos en que se produce en el seno de una Revisión –en que tal exigencia, aun siendo igualmente necesaria, se torna más genérica–. Así se recoge en las SSTs de esta Sala y Sección, como es el caso de la STS de 11 de abril de 2011 (RJ 2011, 3090), RC 2660/2007, en que dijimos:

«En cuanto al grado de concreción exigible a la motivación contenida en la Memoria del instrumento de planeamiento, una reiterada jurisprudencia viene a señalar que cuando se trata de un Plan General nuevo o de una Revisión del planeamiento en la que los cambios que afectan a todo el término municipal o a una gran parte del mismo, no cabe exigir una explicación pormenorizada de cada determinación, bastando que se expliquen y justifiquen las grandes líneas de la ordenación propuesta; y que será necesaria una motivación más concreta y detallada a medida que se desciende en la escala de los instrumentos de desarrollo. Pueden citarse en este sentido las Sentencias de 25 de julio de 2002

(RJ 2002, 7484) (casación 8509/1998), 11 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1053) (casación 3515/2001) y 26 de enero de 2005 (RJ 2005, 5669) (casación 2199/2002)».

*También, en sentido análogo, en la más reciente STS de 4 de febrero de 2011 (RJ 2011, 556), RC 194/2007, declaramos que «si bien es cierto que la Memoria no tiene por qué contener una motivación o explicación minuciosa y exhaustiva de los cambios de clasificación que haya dispuesto, sino una motivación suficientemente amplia y justificativa de los cambios que se introducen. Esta graduación de la medida de la motivación está en función de una serie de factores, que concurren en este caso, y que pasamos brevemente a resumir. En primer lugar, la motivación del planificador general ha de ser más precisa e intensa cuanto más reducido sea el ámbito territorial abarcado por la modificación del Plan de que se trate»».*

En tercer lugar, que cualquier derecho a indemnización presupone la constatación de una especial diligencia de los propietarios en el cumplimiento de los deberes y cargas que les incumban y por tanto en el papel que les corresponde como auxiliares de los poderes públicos en el ejercicio de la función pública urbanística.

Por tanto, el nacimiento de la responsabilidad patrimonial se supedita a la previa patrimonialización derivada del cumplimiento de los deberes nacidos de la ordenación territorial y urbanística. En tal sentido, resulta interesante la STS de 9 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2631), la cual establece lo siguiente en su FJ Séptimo:

**“SÉPTIMO.**

*Para examinar el segundo motivo hemos de partir de que el vulnerado artículo 41 de la LRSV (RCL 1998, 959) relativo a la Indemnización por alteración de planeamiento expresa: 1. La modificación o revisión del planeamiento sólo podrá dar lugar a indemnización por reducción de aprovechamiento si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución en el ámbito en el que a dichos efectos se encuentre incluido el terreno, o transcurridos aquéllos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.*

*Y no está de más subrayar que en el vigente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260), Ley del Suelo, establece su artículo 7 relativo al Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo. «1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.*

*2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».*

*En consecuencia, no ofrece duda que nuestro sistema ha funcionado y funciona, bajo la exigencia de la patrimonialización o consolidación de los derechos urbanísticos para que pueda generarse alguna pretensión indemnizatoria derivada de responsabilidad patrimonial de la Administración por cambio de planeamiento.*

*Así se constata en la jurisprudencia, por ejemplo en la Sentencia de esta Sala de 25 de junio de 2003, Recurso de casación 6574/2000, en que la patrimonialización de los derechos urbanísticos estaba perfectamente definida al ostentar el accionante la titularidad de una licencia de obras. Por eso, allí se reconoce un derecho a indemnización por la lesión sufrida como consecuencia de las limitaciones de edificabilidad impuesta por la Administración para protección del Patrimonio Histórico Artístico en la construcción de un edificio respecto del que se había obtenido licencia de obras para edificar viviendas y garajes, mas hubo de excluirse éstos últimos, para respetar los restos del anfiteatro localizados.*

*El supuesto antedicho se encuentra absolutamente alejado de la situación aquí concernida en que, como declara la Sala de instancia, no había sido interesada licencia de obras alguna lo que impide pudiera entenderse patrimonializados los derechos urbanísticos pretendidos por el recurrente.*

*Y justamente esa ausencia de patrimonialización constituye el obstáculo para que pueda prosperar la acción ejercitada sin que tampoco pueda entrar en juego la esgrimida doctrina del enriquecimiento injusto de la Administración. Tal es la reiterada doctrina de esta Sala reflejada en la Sentencia de 27 de junio de 2006 (RJ 2006, 4754), Recurso de casación 1470/2002 y las allí citadas, así como en fecha más reciente la de 2 de noviembre de 2011, Recurso de casación 3021/2009 (y las allí citadas), insisten en la necesaria patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos para la entrada en juego del instituto de la responsabilidad patrimonial”.*

Puesta en relación tal exigencia con los requisitos comunes de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos podríamos plantearnos con cual de ellos puede vincularse. Hasta que se consume la incorporación a la esfera patrimonial de su titular mal parece que podamos hablar de daño efectivo, cuando probablemente todo lo más pueda hablarse de una expectativa de derecho. Tampoco parece que pueda apreciarse daño antijurídico, porque el incumplimiento de deberes y cargas y consiguiente no patrimonialización hace que el particular esté obligado a soportar las consecuencias desfavorables que la nueva ordenación territorial o urbanística le acarree.

En esta línea, la STS de 24 de marzo de 2014 (RJ 2014\2031), es expresiva al indicar 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.*

## 2. LOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LA NORMATIVA URBANÍSTICA Y EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS

El hecho de que en el ámbito urbanístico existan, junto al principio general de no indemnizabilidad que acabamos de analizar, una serie de supuestos indemnizatorios previstos y definidos en la ley nos lleva necesariamente a preguntarnos sobre el modo en que tal regulación se relaciona con el régimen general de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, si se configura como régimen cerrado al margen de éste o bien ha de integrarse en aquel. En íntima conexión con la respuesta que demos al interrogante anterior, aparece enseguida otro: si los supuestos indemnizatorios constituyen *numerus clausus* de manera que agotan (más aún considerando la regla general de no indemnizabilidad) la apreciación de responsabilidad patrimonial de la Administración en ese ámbito.

Respecto al primer interrogante ha de decirse que la responsabilidad patrimonial en materia urbanística ha de entenderse integrada en el régimen general de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Martín Rebollo señala que supone una singularización y concreción del régimen general. Suay Rincon<sup>3</sup> prefiere por su parte hablar de concreción en la medida en que el régimen general es de plena aplicación en los supuestos indemnizatorios.

La consecuencia de lo dicho desde el punto de vista práctico es doble: de un lado, que incluso en los supuestos indemnizatorios expresamente previstos en la legislación sectorial deben darse junto a los requisitos específicos los en general establecidos para poder apreciar responsabilidad patrimonial. Debe en tal sentido considerarse que a menudo tales requisitos específicos no son más que una concreción para los supuestos reglados de algún requisito general: así, en una situación de fuera de ordenación, lo que convierte al daño en antijurídico y por tanto hace que no recaiga en el propietario el deber de soportarlo, es que como consecuencia del cambio de ordenación se le imposibilite usar y disfrutar lícitamente de la construcción. O en los supuestos de anulación de una licencia la culpa grave del perjudicado debe entenderse que enerva con carácter absoluto la necesaria relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado lesivo, de manera que no cabría a nuestro juicio en este caso acudir a una compensación de culpas.

En segundo lugar, que los supuestos reglados de indemnización (no sólo los del artículo 48 del Texto Refundido sino los demás dispersos en su articulado o en el de las correspondientes normas autonómicas en la materia) no constituyen *numerus clausus* y por tanto no agotan los supuestos en los cuales puede nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración. La misma surgirá cuando se cumplan los requisitos que determinan su exigibilidad.

---

<sup>3</sup> “Responsabilidad patrimonial de la Administración y urbanismo: determinación de los supuestos indemnizatorios y régimen jurídico aplicable”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 232, marzo 2007.

Aparte de los del artículo 48, en los que centraremos nuestro análisis, el texto refundido y la norma autonómica contemplan expresamente otros. Sin ánimo exhaustivo, el 13.2.a) del Texto Refundido regula la indemnización por la alteración de los criterios y previsiones trasladados por la Administración en contestación a una consulta del particular, en términos idénticos el artículo 6.4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; el 25.5 se refiere al incumplimiento por la Administración del deber de resolver en plazo en aquellos supuestos en los cuales la iniciativa en los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o ejecución urbanística se atribuyan a los particulares; el artículo 38 se refiere a la indemnización por la pérdida de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización; el 39 a la pérdida de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización y edificación.

Y junto a estos supuestos reglados, otros admitidos por la jurisprudencia. Resulta indemnizable la no incorporación de las obligaciones asumidas por el Ayuntamiento en un convenio urbanístico a las Normas Subsidiarias aprobadas. Ciertamente, el convenio no compromete la potestad de planeamiento pero tiene una naturaleza negocial que determina que haya de responderse por el incumplimiento de las obligaciones en el mismo asumidas. En estos términos, véase la STS 16 de junio de 2014, RJ 2014\3446.

También surge la responsabilidad como consecuencia de deficiencias en el ejercicio de la actividad administrativa de policía urbanística. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 27 de junio de 2014 (2014\880), aprecia responsabilidad patrimonial por los daños sufridos en vivienda contigua a otra por ruina de obra ejecutada en la segunda sin licencia y sin proyecto al no haberse iniciado procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística y haber permitido la Administración la continuación de la obra. Determina asimismo el nacimiento de la responsabilidad patrimonial el supuesto en que se produce demolición de vivienda decretada como consecuencia de anulación de licencia ilegal otorgada por el Ayuntamiento (STSJ de Cantabria, Sentencia 205/2014, de 27 de mayo, RJCA 2014\601). O la paralización excesiva de una obra por demora en la retirada de un resto arqueológico (la admite en abstracto, aunque entiende que en el caso concreto no existieron dilaciones indebidas la STSJ de Andalucía de 30 de abril de 2014, RJCA 2014\856).

Nace también la responsabilidad patrimonial de la Administración por desistimiento del planeamiento aprobado: reconoce el derecho a la indemnización la STS de 30 de junio de 1998 (RJ 1998\5621). Por su parte, la STS de 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\11205), reconoce en abstracto la posibilidad de indemnización si bien entiende que no concurren en el supuesto los requisitos que permitan apreciar responsabilidad patrimonial. Puede asimismo surgir por el incumplimiento de los plazos previstos para completar sus previsiones (STS de 6 de julio de 1995).

En relación con las licencias aparte de los supuestos reglados de indemnización también son indemnizables los daños y perjuicios no exactamente incardinables en aquellos en los supuestos de suspensión de la licencia (resulta también muy interesante la STS de 12 de mayo

de 2009, que obiter dicta señala que los daños derivados de suspensión cautelar acordada por órgano judicial sólo podrían dar en su caso lugar a responsabilidad del Estado por error judicial en los términos del artículo 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o paralización u obstaculización de la actuación material habilitada por la misma.

### **3. EL CONCEPTO DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO RELEVANTE A ESTOS EFECTOS**

Una de las novedades de la vigente regulación en la materia fue su pretensión de incorporar a su ámbito objetivo junto a la ordenación urbanística la ordenación territorial. Sin duda el legislador parte de la decisiva influencia que esta ejerce sobre aquella. La planificación territorial o incluso los actos concretos, como luego veremos, en que esta competencia autonómica en ocasiones se traduce despliegan sus efectos en el ámbito urbanístico.

Con carácter general, la normativa autonómica reconoce su superioridad de manera que se imponen sobre el planeamiento urbanístico sea directamente, sea imponiendo la innovación de éste. En algunas Comunidades Autónomas, como en el caso de Cataluña con la figura de los Planes Directores Urbanísticos del Sistema Costero incluso pueden clasificar suelo, posibilidad que le reconoce habida cuenta del interés supramunicipal en presencia la STS de 28 de diciembre de 2012.

Por tanto, la inclusión de la ordenación territorial junto a la urbanística resulta más que justificada, considerando que ambas o una al dictado de la otra pueden acabar incidiendo en la delimitación del derecho de propiedad del suelo. Pero más allá de la mera inclusión no se introduce especialidad o previsión específica alguna para los supuestos en que los daños se han producido en ejercicio de la competencia de ordenación del territorio. Cuando menos, algo podía haberse dicho en cuanto a la Administración a la que ha de imputarse la responsabilidad en tal supuesto.

Y por otra parte, surge el problema de cual ha de ser el concepto de ordenación del territorio relevante a estos efectos.

En tal sentido, basta una primera aproximación al concepto de ordenación del territorio para comprobar su complejidad y su vocación expansiva respecto a otras competencias que se ejercitan sobre el territorio bien comportando desde su perspectiva sectorial una ordenación limitada (piénsese en la materia de carreteras) bien teniendo una vocación de ordenación más intensiva e intervencionista del régimen jurídico de aplicación siendo el ámbito espacial, que ha de incorporar ciertos valores que justifican esta intervención, su límite (planificación ambiental).

Así, la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 20 de mayo de 1983, la define como la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda

la sociedad. Por su parte, la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía, la define en su Exposición de Motivos como función pública destinada a establecer una conformación física del territorio acorde con las necesidades de la sociedad.

Recoge ese carácter expansivo del concepto nuestra jurisprudencia constitucional: la ordenación del territorio persigue fijar los destinos y usos del espacio físico en su totalidad, así como ordenar y distribuir valoradamente las acciones públicas sobre el territorio e infraestructuras, reservas naturales, extensiones o áreas de influencia de los núcleos de población, comunicaciones...

Pero entendemos que no es el concepto expansivo de ordenación del territorio al que debemos recurrir. No significa que la actuación de los poderes públicos en el ejercicio de otras competencias sectoriales no esté sujeta al posible nacimiento de responsabilidad patrimonial: surgirá cuando se den los presupuestos de general aplicación. Pero a los efectos de considerar incardinable una actuación de los poderes públicos en los supuestos regulados de indemnización de la normativa urbanística entendemos que ha de tratarse de una ordenación territorial que tenga efectos en la ordenación urbanística, bien indirectos obligando a su modificación, bien sustituyéndola en ámbitos que le son propios como la clasificación del suelo.

#### **4. EL PROBLEMA DE LA ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE**

La trascendencia de la función pública urbanística así como la dimensión en ocasiones supralocal del interés público presente determina que más de una Administración participe en la conformación del ordenamiento urbanístico. En general, suele la Comunidad Autónoma reservarse la aprobación definitiva del planeamiento general quedando a los municipios la aprobación inicial o provisional.

Lo dicho puede hacer surgir dudas acerca de cual ha de considerarse Administración responsable por los daños sufridos en la medida en que hay una diversidad de criterios a los que recurrir.

Un criterio formal podría llevarnos a pensar que corresponderá la responsabilidad a quien efectúa la aprobación definitiva, pero considerando que las posibilidades de intervención de la Administración autonómica son limitadas y terminan donde lo hace el interés supralocal pueden darse automatismos indeseables y contrarios a la equidad.

También plantea problemas acudir al criterio puramente material de considerar responsable a la Administración que materialmente introdujo las determinaciones urbanísticas que causaron el daño antijurídico. Aparte de que en ocasiones (sobre todo cuando a menudo las Comisiones de urbanismo u órganos colegiados similares que efectúan la aprobación definitiva tienen una faceta negociadora con los Ayuntamientos de soluciones admisibles desde el punto de vista jurídico y urbanístico) la trazabilidad no es absolutamente fiable, es

lo cierto que no siempre quien materialmente efectúa la ordenación atiende sólo al interés público cuya tutela tiene encomendada. La ordenación urbanística de una vía pecuaria, cuya titularidad corresponde a la Comunidad Autónoma puede constituir un buen ejemplo.

Considerando lo dicho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde hace años (STS de 15 de noviembre de 1993, RJ 1993 10115), concluye en primer lugar que, como dice la Sentencia citada expresivamente, la indemnización debe pesar sobre aquella Administración autonómica o municipal a la que corresponde la competencia para la gestión del interés, autonómico o municipal, en atención al cual se traza la nueva ordenación urbanística determinante de la lesión indemnizable: se trata, en suma, del criterio del beneficio –ubi emolumentum ibi onus–, entendido no como enriquecimiento patrimonial sino como logro que viene a cubrir las exigencias de una concreta manifestación del interés público. Siendo desde luego posibles supuestos en los que la doble naturaleza de los intereses beneficiados imponga una responsabilidad de ambas Administraciones.

Con todo no se le escapa al Tribunal Supremo que tal labor de calificación jurídica puede resultar extremadamente compleja y desde luego no se puede hacer recaer en el ciudadano. En supuestos tales debe apreciarse responsabilidad solidaria. Inicialmente el Tribunal Supremo entendía incardinable el supuesto, por analogía, en el artículo 140 de la Ley 30/1992 que hablaba más restrictivamente de fórmulas colegiadas de actuación, si bien tras la modificación efectuada en 1999 se decantó por hablar en términos más amplios de fórmulas conjuntas de actuación y en general cualesquiera supuestos de concurrencia.

Resulta interesante en relación a este punto y plenamente alineada con la doctrina jurisprudencial descrita la STS de 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\11205), conforme a la cual:

*“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...”*

En el proceso de conformación del planeamiento su aprobación en sus distintas modalidades por las Administraciones municipal y autonómica no agota la intervención administrativa. Son importantes y en ocasiones absolutamente determinantes para el devenir futuro del planeamiento los informes sectoriales de las Administraciones competentes. Piénsese en el de suficiencia hídrica de la Administración del Estado y en general en los relativos a

posibles afecciones a dominio público estatal. O la proyección sobre el planeamiento urbanístico de la técnica de la Evaluación de impacto ambiental, sea cual sea la denominación adoptada, en su modalidad de evaluación estratégica o en la de evaluación de planes y programas, que puede llegar a hacer inviable el proyecto de que se trate.

Lógicamente, tal importancia nos lleva a plantearnos si pueden determinar el nacimiento de responsabilidad patrimonial y si en su caso la misma ha de imputarse a la Administración autora del informe o a la que asume sus criterios y los incorpora al proceso planificador. La jurisprudencia oscila: en ocasiones entra en un análisis de fondo de la concurrencia o no de los requisitos (lo que supone implícitamente su admisión en abstracto: si en algún supuesto se cumplen, se incurrirá en responsabilidad) aunque alguna sentencia hay que lo que hace es cuestionar la mayor a la vista de la propia naturaleza del informe que en sí mismo no conforma la voluntad de la Administración aunque aspira desde luego a conformarla, en ocasiones de manera decisiva.

Es interesante la STS de 24 de marzo de 2014 (RJ 2014\2031), que considera que no cabe apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por no concurrir los requisitos derivada de la emisión de un informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Aviación Civil en relación con un sector de suelo urbanizable que llevó a la desestimación por el Ayuntamiento de la solicitud de aprobación del Plan Parcial. Aparte de atenerse el informe a la legalidad de aplicación, incluida la nueva regulación en materia de ruido, no ostenta el demandante derechos urbanísticos consolidados, sino meras expectativas al depender la patrimonialización precisamente de la aprobación del Plan Parcial.

Más interesante en sus planteamientos resulta ser la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2010 (JUR 2010\125238), que considera asimismo que no cabe apreciar responsabilidad patrimonial como consecuencia de la emisión de un informe ambiental desfavorable. Aparte de traer a colación la naturaleza de la Declaración de Impacto Ambiental (el informe ambiental puede considerarse una de las consideradas doctrinalmente Declaración de Impacto Ambiental impropia) como acto de trámite o incluso carente de alcance vinculante para el planeamiento en términos absolutos, lo realmente relevante es que se detiene en la naturaleza del informe y a partir de ella excluye que la misma sea idónea para que pueda generarse responsabilidad patrimonial.

En tal sentido, señala lo siguiente: *...no nos hallamos ante un acto administrativo que declare derecho alguno o que resuelva una solicitud de los administrados o un conflicto entre ellos planteado y no se puede derivar de él la existencia de responsabilidad patrimonial alguna de la Administración.* No habría por tanto, razón la sentencia, lesión patrimonial real y efectiva en la medida en que el único acto capaz de generar beneficios o perjuicios es el acto final de aprobación del proyecto urbanístico.

Dicho esto, recaída la aprobación definitiva que en su caso se atiene a informe sectorial vinculante nos parece de plena aplicación la doctrina en general establecida en cuanto a Administración responsable por los tribunales: puede llegar a ser identificable una Administración diferen-

te de la local o autonómica titular de la competencia y por tanto del interés al que se preordena la ordenación urbanística, en cuya conformación ha participado además de forma decisiva.

## **5. LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS DEL ARTÍCULO 48 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO**

Tras las consideraciones efectuadas anteriormente pasemos al análisis más particularizado de los llamados supuestos indemnizatorios del artículo 48 del Texto Refundido de la Ley del Suelo.

### **5.1. Cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de la actividad urbanística.**

Establece el artículo 48.a) lo siguiente:

*“Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos:*

*a) La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.*

*b) Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurrida en dicha situación durante su vida útil”.*

El precepto transcrito trae causa del artículo 41 de la Ley del Régimen de Suelo y Valoraciones, el cual a su vez sucedió al 237 del Texto Refundido de 1992 que hundía sus raíces en el artículo 87.2 de su homónimo de 1976. Vayamos analizando los distintos elementos que conforman este supuesto.

- I. El origen del daño ha de encontrarse en un cambio de la ordenación territorial o urbanística.

El 48.a) cifra fundamentalmente el origen del daño, aparte de la mención que hace a los cambios en el acto o negocio de adjudicación de la actividad de ejecución, con un cambio en la ordenación territorial o urbanística.

Por tanto, frente al citado 41.1 que constituye su antecedente inmediato deja de hablarse de modificación o revisión del planeamiento, lo que ineludiblemente vinculaba su aplicabilidad a una previa innovación del planeamiento urbanístico. El 48.a) para a tomar como referente un concepto material: el cambio de ordenación urbanística o territorial, se produzca o no, debemos entender, en virtud de una innovación formal del planeamiento. De paso desaparece a nuestro juicio la necesidad de que preexista un planeamiento en vigor<sup>4</sup>: parece conceptualmente improbable pensar en partes de nuestro territorio que no hayan sido objeto de algún tipo de ordenación urbanística o territorial, aunque sea a través de figuras como la delimitación de suelo urbano consolidado, Normas Subsidiarias o equivalentes de las legislaciones autonómicas.

Ese cambio que puede producir un daño antijurídico no sólo ha de desplegar efectos en la ordenación urbanística sino que también puede hacerlo en la territorial. Lo cual resulta trascendente desde diversos puntos de vista. En primer lugar porque solventa sin dejar lugar a dudas la inclusión en el supuesto indemnizatorio de aquellos instrumentos de naturaleza y vocación no claramente urbanísticas, a los que autores como Aguirre i Font<sup>5</sup> atribuyen un cierto carácter híbrido a medio camino entre lo urbanístico y lo territorial. Sin duda los planes directores urbanísticos del sistema costero (que evocan cuando menos en el nombre a los añejos Planes Directores Territoriales de Coordinación) y figuras como los Planes Especiales Provinciales de Protección del Medio Físico en nuestra Comunidad Autónoma (bien que con un alcance ya francamente residual) podrían incardinarse en esta categoría.

En segundo lugar, porque pese a que en apariencia queden en pie de igualdad a efectos indemnizatorios el cambio de ordenación urbanística y el cambio de ordenación territorial, es lo cierto que la indemnizabilidad no es, no puede ser, incondicionada y absoluta vinculada al mero dato objetivo del cambio. La Ley apuesta decididamente por vincular cualquier posible indemnización a la causación de disfunciones en la ejecución, lo cual presupone una patrimonialización del derecho del propietario que ya ha cumplido deberes urbanísticos y correlativamente desvincula la apreciación del supuesto de la mera aprobación de la nueva ordenación que no produzca los citados efectos en la ejecución.

Lo dicho enlaza directamente con el modo en que se relacionan la planificación territorial y urbanística, variable según el alcance de las distintas normativas territoriales y urbanísticas autonómicas. Ya dijimos que algunas prevén y el Tribunal Supremo admite que clasifiquen suelo, quizá la función más característicamente urbanística de todas. Pero en el caso de Andalucía, pese a partirse como principio general de la vinculatoriedad de la planificación territorial para el planeamiento urbanístico, hay una gradación efectiva del

---

<sup>4</sup> Mariona Lleal Grau sostiene lo contrario y considera imprescindible la preexistencia de planeamiento en vigor, *op. cit.*

<sup>5</sup> AGUIRRE I FONT, J. M.: "La responsabilidad patrimonial como límite a la ordenación supramunicipal: el ejemplo de los planes directores urbanísticos del sistema costero", *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n.º 31/2014.

alcance y vinculatoriedad del contenido de los planes de ordenación del territorio en el artículo 21 de la Ley andaluza, conforme al cual:

- “1. Las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio podrán tener el carácter de Normas, Directrices o Recomendaciones Territoriales.*
- 2. Las Normas son determinaciones de aplicación directa vinculantes para las Administraciones Públicas y para los particulares, en los suelos urbanizables y no urbanizables.*
- 3. Las Directrices son determinaciones vinculantes en cuanto a sus fines. Con sujeción a ellas, los órganos competentes de las Administraciones Públicas a quienes corresponda su aplicación establecerán las medidas concretas para la consecución de dichos fines.*
- 4. Las Recomendaciones son determinaciones de carácter indicativo dirigidas a las Administraciones Públicas que, en caso de apartarse de las mismas, deberán justificar de forma expresa la decisión adoptada y su compatibilidad con los objetivos de la Ordenación del Territorio”.*

Por tanto los cambios pueden resultar de aplicación directa a los particulares si se contienen en Normas y más que probablemente imputables a la Administración autonómica. En cuanto a las Directrices, parece que hasta que se produzca su incorporación al planeamiento urbanístico e incida en las facultades de ejecución no se puede hablar de daño efectivo, resultando más dudoso la Administración responsable en la medida en que una establece los fines y otra las medidas concretas. En cuanto a las recomendaciones, no parece que pueda atribuírsele mayor virtualidad a estos efectos que la de un informe territorial no vinculante, de cuyo criterio, como del contenido en cualquier informe, cabe separarse motivadamente.

El carácter material del concepto de cambio de ordenación urbanística y territorial, no vinculado según lo dicho a que el mismo se efectúe a través de un instrumento de planificación determina la posibilidad de apreciarla cuando el daño antijurídico en el que concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial traiga causa de un acto, incluso si adopta la forma de ley singular<sup>6</sup>.

Volviendo a la normativa andaluza, vinculan al planeamiento urbanístico que deberá además incorporar sus determinaciones con ocasión de su primera innovación las Declaraciones de Interés Autonómico (artículo 38 Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía, en adelante LOTA), las Declaraciones de Campos de Golf de interés turístico (artículo 40 LOTA, aunque por su naturaleza no parece que sean susceptibles de producir efectos des-

---

<sup>6</sup> Aunque últimamente ha quedado (probablemente por el abuso previo del legislador) restringida la posibilidad constitucional de utilización de esta figura. Véase la STC 203/2013, de 5 de diciembre (RTC 2013\203), que estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley de aprobación del proyecto regional Ciudad del Medio Ambiente.

favorables para los derechos de los propietarios) y la Declaración de Interés Autónomo de inversiones empresariales de interés estratégico del artículo 41 de la LOTA. Es claro que comportan un cambio de la ordenación urbanística que deberá en su caso analizarse a la luz del 48.a) por si hiciera nacer responsabilidad patrimonial de la Administración, que en este caso parece más claro que sea la Administración autonómica.

También puede el daño antijurídico, según lo dicho, producirse en otros supuestos en los que no existiendo innovación del planeamiento se produce materialmente un cambio de la ordenación territorial o urbanística, aún cuando ni siquiera sea imputable a una actuación voluntaria de las Administraciones competentes. Así en aquellos casos en los que se produce la anulación judicial de un plan urbanístico, siempre partiendo de que dicha anulación no genera derecho a indemnización por entrar en juego otros de los supuestos indemnizatorios del artículo 48 (se tendría derecho conforme al 48.c) en aquellos casos en que como efecto indirecto causara la modificación o extinción de la eficacia de títulos administrativos habilitantes de obra o actividad) podría entenderse que estamos en el supuesto de hecho del 48.a). Incluso antes de la actual redacción, la jurisprudencia lleva años asimilando la anulación del Plan que comporta alteración de la ordenación urbanística a la modificación anticipada de aquel a efectos indemnizatorios (STS de 17 de octubre de 1988, RJ 1988,7760).

II. El origen del daño también puede ser imputable a un cambio en el acto o negocio jurídico de adjudicación de la ejecución del planeamiento.

Como novedad relevante, el artículo 48 incluye los supuestos en los que el cambio se produce en los actos o negocios jurídicos que habilitan a los particulares para el desarrollo de la actividad de ejecución. La mención al negocio jurídico junto al acto administrativo sin duda tiene en mente los supuestos en los que la habilitación de la actividad de ejecución la obtenga el particular en virtud de un convenio administrativo. En palabras de Cruz Mera<sup>7</sup> *la Ley aboga tan claramente por ligar la indemnización a la ejecución y no a la aprobación del planeamiento, que incorpora este supuesto tan propio de dicha ejecución, con el riesgo de que no quede claro en cuanto a su alcance.*

Constituye esta innovación reflejo de la apuesta del legislador por promover la iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en la gestión urbanística y más concretamente la figura del agente urbanizador o promotor, si bien serán las Comunidades Autónomas las que en ejercicio de sus competencias exclusivas opten por dejar la iniciativa privada exclusivamente a los propietarios o dar entrada a terceros.

---

<sup>7</sup> CRUZ MERA DE LA, A.: "Comentario al artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de Suelo Estatal", *Grandes Tratados, Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley del Suelo Estatal*, Editorial Aranzadi, 2009.

En uno y otro caso, pretende el Texto Refundido garantizar la seguridad de su posición jurídica, de sus derechos y obligaciones, que quedan fijados en el acto administrativo, contrato o convenio que necesariamente ha de tener ese alcance habilitante de la actividad privada de ejecución frente al posible ejercicio del *ius variandi* por parte de las Administraciones Públicas siempre posible con tal de que en su caso dé lugar a la correspondiente indemnización.

III. El daño se cifra en la alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios, con tal de que el cambio tenga lugar antes de que se cumplan los plazos de desarrollo previstos o aún después si el incumplimiento de los plazos es imputable a la Administración.

La regulación anterior identificaba el daño con el menoscabo del aprovechamiento urbanístico pasándose ahora a un concepto más amplio. En cuanto a las condiciones de la ejecución de la urbanización, Parejo Alfonso y Roger Fernández las definen como todas aquellas *que resulten de la ordenación de la actuación de urbanización y determinen la actividad de ejecución de la urbanización y desde luego, las sustantivas relativas a las reservas para dotaciones públicas, los usos y las edificabilidades y la entidad y el alcance de las obras de urbanización y de conexión a las redes generales*. Por tanto, puede surgir el derecho a la reparación cuando se alteren las condiciones de ejecución de la urbanización por ejemplo incrementando las reservas para dotaciones públicas, cambiando los usos de manera lesiva para los propietarios, reduciendo la edificabilidad o previendo obras adicionales de urbanización o de conexión a las redes generales adicionales a las previstas.

La referencia a las condiciones de participación de los propietarios enlaza de manera directa con una de las facultades inherentes al derecho de propiedad del suelo a que se refiere el artículo 13.2.c): participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios. Una vez definidas dichas cargas y su distribución una modificación de aquellas o de esta podría suponer un daño antijurídico para el particular.

En íntima conexión con el requisito de la patrimonialización del derecho del propietario, el precepto mantiene la previsión de que para que nazca el derecho a indemnización el cambio debe haberse producido antes de que transcurran los plazos para el desarrollo o después si la falta del mismo es imputable a la Administración. No determina el legislador estatal estos plazos al considerar correctamente que dicha determinación constituye una competencia autonómica. En la práctica surge un problema cuando ni la legislación aplicable ni el propio planeamiento establecen dichos plazos. Acaba consolidándose la doctrina jurisprudencial de que existe un plazo implícito (STS de 15 de noviembre de 1993, RJ 1993\10115).

Si el cambio se produce una vez transcurridos los plazos, serán indemnizables los daños sólo si la falta de ejecución en plazo se debe a la actuación u omisión de la Administración urbanística. La indemnización en tales supuestos enlaza con la necesaria tutela de la

confianza legítima de los propietarios no sólo en los plazos previstos en el planeamiento sino en que no encontrarán obstáculos indebidos por parte de la Administración que les impidan el cumplimiento de aquellos. Ha de advertirse con todo que nos encontramos con un casuismo extremo: no cualquier retraso en la tramitación determina la responsabilidad de la Administración, ha de tener una cierta entidad, si la pasividad de los particulares se suma al retraso de la Administración a veces se enerva total o parcialmente su derecho a una indemnización (STS de 12 de julio de 1999, RJ 1999\5887). En conclusión, al retraso en el incumplimiento de cierta significación debe añadirse la necesidad de que el particular se haya mostrado también activo en la procura de su derecho.

#### IV. La responsabilidad patrimonial en los supuestos de fuera de ordenación

Completa el supuesto indemnizatorio previsto en el artículo 48.a) la regulación de las premisas para que las situaciones de fuera de ordenación puedan determinar el nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Señala en tal sentido *in fine* el señalado precepto que *las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurrida en dicha situación durante su vida útil.*

Partimos por tanto de la regla general de no indemnizabilidad con una excepción que, si nos detenemos en la propia esencia de la figura, podemos comprender perfectamente. En tal sentido, el concepto aparece en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley del Suelo de 1956, que preveía la calificación como tales de aquellos edificios e instalaciones preexistentes que de manera sobrevenida resultan disconformes con un planeamiento posterior. Tales inmuebles quedaban en una suerte de limbo jurídico, limitándose las obras que el propietario podía realizar en principio a las que exigieran la higiene, el ornato o la conservación, excluyéndose las que supusieran consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de valor<sup>8</sup>. Queda la edificación abocada a una suerte de extinción por consunción derivada del paso del tiempo pero en ese periodo intermedio siguen incorporadas al patrimonio de su titular (disposición transitoria quinta del Texto Refundido de la Ley del Suelo) proporcionándole la utilidad que le es consustancial.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo desde hace años que *la razón de ser en la discriminación mantenida en el precepto acabado de citar entre obras permitidas y prohibidas en los edificios fuera de ordenación no es otra que la armonización entre la conveniencia de que tal edificio no prolongue su existencia más allá de lo normal y razonable por el estado de vida de sus elementos antes de pensar en la posibilidad de aco-*

---

<sup>8</sup> En nuestra Comunidad Autónoma, artículo 34 en relación con la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, de los que resulta una remisión al instrumento de planeamiento para que concrete y conforme tales situaciones y su contenido.

*meter en él determinadas obras y el hecho de que la desordenación de un edificio no implica ipso facto, ni su inmediata desaparición ni su condena como bien económico-social, en cuanto el mismo seguirá existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición, ya sea por natural consunción, ya por llevarse a efecto las previsiones del Plan Urbanístico* (STS de 24 de marzo de 1997, RJ 1997\3563).

Si han de quedar garantizados el uso y disfrute del propietario del inmueble que queda en esa situación, es claro que cualquier cambio que comporta un efecto ablativo incluso en esas facultades ha de ser indemnizable. Piénsese en un inmueble al que el propietario da un uso residencial que a raíz de un cambio de planeamiento queda destinado a un uso industrial. Cabría pensarse cuando nacería el derecho a la indemnización, si con ocasión de la aprobación de la innovación del planeamiento o con ocasión de su ejecución. Realmente el daño efectivo y la imposibilidad efectiva de uso parece que surgirían con la ejecución.

Una cuestión interesante es si resultaría posible entender incluido en el supuesto indemnizatorio las situaciones asimiladas a fuera de ordenación, fundamentalmente reguladas en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por remisión del artículo 34.1.b) in fine de la LOUA en el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ciertamente el procedimiento previsto en el citado Decreto culmina con una resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación en la que entre otros extremos se acredita la aptitud del inmueble para el uso que se destina.

Con todo, concluimos que no. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque el supuesto indemnizatorio habla de situaciones de fuera de ordenación y la de asimilado a fuera de ordenación constituye una categoría diferente con un régimen jurídico diferente, no siendo los supuestos indemnizatorios, entendemos, susceptibles de interpretación extensiva. En segundo lugar, porque entendemos que falta uno de los requisitos genéricos de la responsabilidad patrimonial, precisamente el del daño antijurídico. En tercer lugar, porque no parece que sea conforme con las exigencias del principio de igualdad el darle el mismo trato a quien construyó de manera en ese momento conforme con la legislación urbanística que a quien cometió una ilegalidad aunque con posterioridad transcurran los plazos para que la Administración pueda restablecer la legalidad urbanística. En cuarto lugar, el genérico principio de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o actuación torticera.

## **5.2. Las vinculaciones y limitaciones singulares.**

El artículo 48.b) señala que dan lugar a indemnización en todo caso:

- b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa.

Recoge el precepto dos supuestos de hecho diferenciados. En primer lugar, resulta indemnizable la imposición de deberes al propietario que excedan del deber normal de conservación de sus bienes que sobre él recaen. Dicho deber de conservación se ve recientemente modificado (significativamente ensanchado, en palabras de Sospedra Navas<sup>9</sup>), por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, que en su disposición final duodécima da nueva redacción al artículo 9.1 del anterior Texto Refundido el cual pasó a disponer lo siguiente:

*“1. El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende con carácter general, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística y conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso, y en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato legalmente exigibles, así como realizar obras adicionales por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación. Este deber, que constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano, se establece en la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio. Cuando se supere dicho límite, correrán a cargo de los fondos de aquella Administración, las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general”.*

El precepto por tanto acota con precisión y por referencia a un hecho comprobable (mitad del valor de construcción) cuando ha de considerarse que estamos ante un daño antijurídico, lo cual desde el punto de vista de la seguridad jurídica resulta muy valioso.

Por otra parte, este tipo de vinculaciones singulares se caracteriza además porque aparte de perjudicar a propietarios concretos (o agravar sus deberes más allá de lo que la ley marca que deben soportar) no son susceptibles de corrección mediante mecanismos de equidistribución.

En segundo lugar, se refiere el precepto a las vinculaciones o limitaciones singulares que comportan una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa. Esta última referencia pone de manifiesto la importancia en nuestro Derecho de la equidistribución, que se hace realidad mediante el establecimiento de zonas o áreas de reparto. Pero en ocasiones la limitación no puede ser objeto de distribución

---

<sup>9</sup> SOSPEDRA NAVAS, F. J.: “El deber de conservación del propietario del suelo tras la reforma operada por Ley 8/2013”, *El Derecho*, septiembre 2013.

equitativa y en tales supuestos nace la responsabilidad. Es interesante la STS de 23 de febrero de 2012 (RJ 2012\4225).

### **5.3. La modificación o extinción de los títulos administrativos habilitantes de la obra o actividad por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística: el supuesto indemnizatorio del artículo 48.c).**

El Texto Refundido en su artículo 35 regula dos supuestos indemnizatorios vinculados a la alteración de la ordenación territorial o urbanística. Nos hemos referido ya al supuesto de la letra a) que contempla la indemnización por alteración del planeamiento o del acto o negocio jurídico de adjudicación de la actividad de ejecución. Nos referiremos ahora al de la letra c) que parte de una mayor incorporación a la esfera del particular del derecho a la edificación o a la actividad.

Dispone en tal sentido la letra c) del artículo 48 el derecho a ser indemnizado por *la modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística.*

El precepto transcrito comporta cambios frente a la regulación anterior del artículo 42.1 de la LRSV. Así, deja de hablar de licencia de construcción en parte porque la conformación del título es competencia autonómica para ir a un concepto mucho más amplio y descriptivo de título habilitante no solamente de edificaciones u obras sino también de actividades. Pasa a centrarse en el efecto del cambio sobrevenido, de manera incluso técnicamente mejorable, que ha de comportar una modificación o extinción de la eficacia del título, lo que pone el acento en el plano fáctico incluso si formalmente el título mantiene plenamente su validez. No distingue, por otra parte, según que se haya iniciado o no la edificación con lo cual cubre en su supuesto de hecho todas las posibilidades, desde el momento en que se obtiene el título hasta que el mismo agota su eficacia o deja de desplegar efectos. Por último, a semejanza del supuesto indemnizatorio del 48.a) pasa a incluir los supuestos en los que lo que se altera es la ordenación territorial.

Plantea algunas cuestiones. En cuanto a lo que ha de entenderse por título administrativo habilitante (Cruz Mera lo identifica con licencia) debe entenderse que incluye autorizaciones, concesiones, permisos, órdenes de ejecución y en general cualesquiera títulos que traen causa de actos administrativos y que producen el efecto de habilitar la obra o la actividad. Se concibe en un sentido amplio por tanto que podría incluir autorizaciones o licencias como la de grandes superficies comerciales, declaraciones de campos de golf de interés turístico si cambia la ordenación territorial, entre otros supuestos. Con todo, es claro que será la licencia el título habilitante más común en sus distintas modalidades: de edificación y obras cuando amparen la construcción, ampliación, reforma y rehabilitación o demolición de edificios; de uso del suelo para la urbanización; de uso del suelo no urbanizable en aquellos supuestos en que la intervención administrativa pretende en

general asegurar la protección del medio ambiente; de actividad que ampara el uso de inmuebles para actividades económicas; de primera ocupación, entre otras. Los títulos administrativos habilitantes distintos de la licencia normalmente responderán también a las finalidades propias de esta: comprobación técnica del proyecto presentado, que el mismo esté redactado por quien está legalmente habilitado y ante todo la conformidad del acto de construcción o del ejercicio de la actividad con la ordenación territorial y urbanística.

Cabría también plantearse qué ocurriría en aquellos supuestos en los cuales se haya sustituido al menos en parte el régimen de intervención administrativa previa por un sistema de comunicación previa (así la Ley extremeña en algunos supuestos tras la modificación operada por la Ley 12/2010, de 16 de noviembre), concebida como acto jurídico de carácter privado que habilita para el ejercicio de un derecho o de una actividad con eficacia frente a terceros y frente a la Administración. Entendemos que tales supuestos no serían incardinables en el supuesto de hecho del 35.c) porque con independencia de los efectos que a dicha comunicación previa se le reconozcan lo cierto es que no puede considerarse un título administrativo: puede por supuesto que nazca responsabilidad patrimonial de la Administración por daños sufridos por quien encuentra el amparo de su actuación en la comunicación previa, pero será por aplicación del régimen general.

Por otra parte, debe considerarse que la tenencia del título habilitante tampoco constituye una presunción iuris et de iure de que haya tenido lugar la patrimonialización del derecho, siendo esta indispensable para apreciar la responsabilidad patrimonial que no surge cuando lo que se lesiona es una mera expectativa. En tal sentido, la STS de 23 de mayo de 2014 (RJ 2014\2934), establece al respecto lo siguiente:

*“C) Que es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que las meras expectativas no son indemnizables, por lo que en supuestos de anulación, revocación o extinción de licencia de obras es necesario para que pueda apreciarse la concurrencia de un daño indemnizable, que se hubiese patrimonializado ya, un cierto aprovechamiento urbanístico, siendo imprescindible como decimos en nuestra Sentencia de 29 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7352) (Recurso 7824/2004), y las que en ella se citan, que las obras para las que la licencia se concedió, se hubiera llevado a cabo o hubieran podido hacerse de acuerdo con el planeamiento. En ese sentido debe dársele la razón al Tribunal «a quo», pues siendo así que el suelo sobre el que se concedió licencia para edificar las 19 viviendas era suelo no urbanizable, rústico común área forestal, hubiera sido imprescindible una actuación urbanística realizada por la actora tendente al desarrollo urbanístico, a efectos de dar cumplimiento a las previsiones de los artículos 85 y 86 del TRLS de 1976 que hubiera conformado ese aprovechamiento urbanístico del suelo en el patrimonio del recurrente, y cuya ausencia no cabe justificar sin más, como pretende hacer la recurrente en una actuación obstruccionista del Ayuntamiento, que la Sala de instancia no tiene por probada, sin que pueda reputarse como tal la no aprobación del proyecto de ejecución, que venía impuesta por la Ley 1/1991.*

*Consiguientemente al no haberse patrimonializado un cierto aprovechamiento urbanístico, la actora está solicitando la indemnización de meras expectativas, lo que como se ha dicho no tiene cabida como daño indemnizable en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y en ese sentido ha de concluirse que no cabe apreciar la vulneración de los preceptos y jurisprudencia que se citan en los motivos de recurso que, por tanto, deben ser ambos desestimados”.*

#### **5.4. Los supuestos de mal funcionamiento de la Administración en relación con los títulos habilitantes de obras y actividades.**

El **48.d)** sigue desarrollando los supuestos de responsabilidad administrativa vinculados a la tenencia de un título administrativo habilitante con carácter previo caracterizándose por responder a los casos en los cuales existe lo que Cruz Mera define de manera muy descriptiva como patologías. En cualquier caso es claro que existe en estos supuestos un funcionamiento anormal de la Administración urbanística. Establece el precepto según lo dicho que darán lugar a derecho a indemnización *la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.*

El sustento común a los tres supuestos recogidos en el 48.d) es el carácter reglado de la licencia urbanística, que deberá otorgarse si se acomoda a la normativa y al planeamiento urbanístico y que deberá denegarse en caso contrario. Es en definitiva una autorización municipal reglada por la que se controla la adecuación al ordenamiento urbanístico de una transformación física de la realidad que se pretende hacer, sin que la Administración urbanística actuante tenga margen de discrecionalidad que no resulte de aquel. Ni siquiera puede suplir deficiencias del planeamiento urbanístico que se detecten con ocasión de la solicitud. En tal sentido, la STS de 13 de junio de 2014 (RJ 2014\3433), que indica lo siguiente:

*“De acuerdo con los principios inspiradores del ordenamiento urbanístico, la licencia tiene esencialmente naturaleza reglada, de modo que constituye un acto al que le cumple verificar si las previsiones establecidas por el plan resultan observadas y, en caso afirmativo, ejecutar tales previsiones.*

*Así, pues, no corresponde a las licencias suplir las deficiencias o lagunas de que los planes urbanísticos pudieran adolecer; es más, trastocaría ello los principios sobre los que se asienta la normativa urbanística, como acabamos de indicar, en la medida en que, aparte de desnaturalizar la figura de la licencia urbanística en los términos antes indicados, los planes urbanísticos dejan de desarrollar el cometido que les es propio, la asignación del suelo a un destino específico”.*

También se excluye la responsabilidad patrimonial en aquellos supuestos en los cuales existen dolo, culpa o negligencia grave imputables al perjudicado. Parte de la consideración del carácter cooperativo de la función pública urbanística y sin duda del general principio del derecho de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza. No enervarían necesariamente la responsabilidad patrimonial aquellos supuestos en los que podría hablarse de culpa o negligencia que no merezca la consideración de grave. Podría en tales supuestos pensarse incluso en una concurrencia de culpas que module la responsabilidad.

Plantea cuestiones diversas. Cabría preguntarse si el dolo o culpa graves necesariamente han de recaer sobre un aspecto urbanístico o por el contrario resulta exigible una conducta no aquejada de dichos vicios también en relación al resto del ordenamiento jurídico. O si sólo resultaría relevante el dolo o culpa grave en que se incurre antes del otorgamiento del título administrativo o también lo es el que nace con posterioridad.

A la hora de conceptuar uno y otro, Bernard Frank Macera<sup>10</sup> resume la distinción en que el dolo en este supuesto implica una cierta intencionalidad que se traduce en una conciencia de la ilegalidad del proyecto técnico presentado. Por el contrario, la culpa o negligencia grave implica solamente una ignorancia inexcusable de la legalidad vigente y del planeamiento. Con todo, siendo necesario respecto al dolo ese conocimiento no es suficiente en la medida en que considerando el deber de la Administración urbanística de analizar con rigor y detalle las solicitudes presentadas habría de considerarse además la conducta del solicitante en el procedimiento y en particular la presentación del proyecto técnico: debe inducir a la Administración al error o perseguirse un engaño ocultando, desvirtuando o enmascarando algún elemento importante o constituir el proyecto una contradicción evidente y ostensible de la ordenación urbanística aplicable. En palabras de Fernández Torres, lo que resulta jurídicamente más relevante es el comportamiento del peticionario del título más que su conciencia de la comisión de una ilegalidad.

La STSJ de Castilla y León de 12 de enero de 2015 (JUR 2015\45912), señala lo siguiente frente a una reclamación de responsabilidad patrimonial por la aducida no información municipal sobre determinados aspectos de la edificación:

*“Esta doctrina es claramente aplicable al caso de autos en que, en el caso de existir daño para la mercantil «Alqlunia 19, S.L.» por la no información sobre la naturaleza de la edificación a levantar en los terrenos por ella adquiridos, incidiría su propia responsabilidad, ya que la hoy apelante no es un tercero ajeno a la procedencia de las parcelas, desde el momento en que adquirió las mismas a una U.T.E. en la que estaba incluida una sociedad que adquirió los bienes al Excmo. Ayuntamiento de Palencia y por ello sabía de su origen municipal y la empresa compradora y la covendedora*

---

<sup>10</sup> FRANK MACERA, B.: “Sobre la exceptio doli como factor de exoneración de la responsabilidad administrativa por anulación de licencias urbanísticas”, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2005, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 127/2005.

*estaban representadas en el negocio de transmisión de la propiedad, como se lee en la misma escritura notarial aportada, por la misma persona, de tal manera que no es posible entender que quien compró ignorase el origen municipal de los bienes transmitidos, pues no es concebible que una misma persona conozca y desconozca, según los intereses que represente, unos mismos hechos en una única transferencia. De ahí que, como se dice, si alguna equivocación sufrió la compradora y ahora apelante, solo a ella le sería imputable, pues pudo conocer y conoció el origen y limitación de las parcelas, siendo su reclamación, basada en supuestos errores formales, plenamente incluíble dentro del abuso del derecho y la mala fe en el ejercicio de las acciones que en nuestro ordenamiento están vetados por los artículos 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635) y 6 y 7 del Código Civil (LEG 1889, 27), que impedirían, en todo caso, la estimación de la reclamación de responsabilidad planteada”.*

Entrando en el supuesto de anulación de las licencias, ha de decirse que no distinguiendo la ley no podemos distinguir de manera que incluiría aquellos supuestos en que se produce ese efecto anulatorio sea en vía administrativa a través del ejercicio por la Administración de sus potestades de revisión o en vía jurisdiccional. En cuanto al alcance del deber de reparación debe cubrir todos los daños producidos por la anulación de la licencia y sin duda los gastos realizados: así, honorarios de redacción de proyecto y dirección de obras, gastos notariales, registrales, fiscales inherentes a la declaración de obra nueva, costes financieros, coste de lo ya ejecutado, de las obras de demolición en su caso, lucro cesante debidamente acreditado, entre otros conceptos.

La indemnización por demora injustificada trae causa del genérico deber de la Administración de resolver y notificar en plazo que en el ámbito de las licencias se ha configurado tradicionalmente en términos muy estrictos y sujeto a plazos breves. Con todo, no cualquier retraso hace nacer el derecho a la indemnización. En general se aprecia cuando puede hablarse de una tardanza excesiva, arbitraria, injustificada. En suma, un retraso anómalo e injustificado que además no sea imputable a la propia conducta del solicitante ni a deficiencias de su solicitud o necesidades de subsanación de esta y que sea incardinable en una diligencia media de la Administración urbanística actuante (véase STSJ de Galicia de 4 de abril de 2007, JUR 2008\325211).

Consecuencia de lo hasta ahora dicho (el carácter reglado de la licencia, el deber de resolver y notificar en plazo, no de cualquier manera, sino otorgándola o denegándola según se adecúe o no al ordenamiento urbanístico) es la indemnizabilidad de los supuestos de denegación improcedente de la licencia. Con todo, en ocasiones se considera que la denegación no es improcedente cuando se sustenta en un error de apreciación o en una interpretación diferente y razonable del ordenamiento urbanístico. Llega a hablarse de la necesidad de una flagrante desatención normativa para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración si bien con posterioridad pasa a matizarse en el sentido de que no respondería cuando sus criterios, aún revisados en vía jurisdiccional, eran lógicos y prudentes (STS de 30 de junio de 2003, RJ 2003\5798). Se defiende la existencia de un cierto margen de tolerancia (STS de 27 de diciembre de 2005, RJ 2006\4276), con-

sustancial con el ejercicio de potestades discrecionales. En esta línea, la STS de 30 de junio de 2003 (RJ 2003\5778), indica lo siguiente, con una interesante conclusión sobre los actos propios posteriores del recurrente como determinantes de la quiebra del nexo de causalidad:

“OCTAVO.

*No puede haber duda que la denegación de la licencia, revocada jurisdiccionalmente, fue obra de la Administración municipal, si bien como ya hemos apuntado, con una interpretación de la norma urbanística sobre la anchura de la calle, perfectamente asumible y exenta de toda arbitrariedad, como realmente se deduce de las argumentaciones de la sentencia recurrida, dada la ambigüedad de esa norma.*

*También es claro, que la no autorización originaria del edificio con esa altura, supone la causación de perjuicios al interesado, que realizó un edificio de altura inferior, y sobre el que ya no es posible, al estar concluido y vendidas las viviendas y locales.*

*Y es precisamente este hecho, el que rompe la relación de causalidad entre el acto administrativo y la causación de perjuicios, pues ha sido la propia actitud del recurrente, al solicitar una licencia poco tiempo antes sobre altura inferior, y que concedida, determinó la construcción de ese edificio y su venta, sin esperar al resultado de la nueva licencia solicitada y de imposible materialización ahora, a consecuencia de la propia actividad edificatoria previa del recurrente.*

*La ruptura del necesario nexo causal entre el acto y el daño o perjuicio posibles, determina la desestimación del motivo”.*

En general, no parece tender la jurisprudencia al reconocimiento automático de la indemnización por el solo hecho de la denegación improcedente. Por poner algunos ejemplos, procede pero responde la Comunidad Autónoma al traer causa la denegación de informe vinculante de aquella (STSJ de Asturias de 26 de febrero de 2002), no procede si se denegó con base en informes sectoriales de patrimonio histórico desfavorables (STSJ de Asturias de 31 de octubre de 2005, JUR 2005\272144), no se aprecia lesión si la denegación era recurrible (STSJ de Cataluña de 29 de julio de 2005, JUR 2006\88947).

### **5.5. La indemnización por ocupación temporal del artículo 48.e).**

Este supuesto indemnizatorio se vincula a la técnica llamada de la ocupación directa, que posibilita a la Administración la obtención de terrenos destinados por el planeamiento a dotaciones públicas, reconociendo a su titular el derecho a integrarse en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento real, lo que suponía pagarle en especie por la ocupación forzosa de sus terrenos. En nuestra Comunidad Autónoma se encuentra regula-

da en el artículo 141 LOUA supeditándola al acuerdo con el propietario. Establece el 48.e) que será indemnizable:

*“e)La ocupación de terrenos destinados por la ordenación territorial y urbanística a dotaciones públicas, por el periodo de tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se le adjudiquen al propietario otros de valor equivalente. El derecho a la indemnización se fijará en los términos establecidos en el artículo 112 de la Ley de Expropiación Forzosa.*

*Transcurridos cuatro años desde la ocupación sin que se hubiera producido la aprobación definitiva del mencionado instrumento, los interesados podrán efectuar la advertencia a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, quedando facultados para iniciar el mismo, mediante el envío a aquella de la correspondiente hoja de aprecio, una vez transcurridos seis meses desde dicha advertencia”.*

En términos en esencia no diferentes, previendo que la Administración sustituya al propietario expropiado que opta por justiprecio en metálico en la correspondiente unidad de ejecución, el artículo 142 LOUA señala lo siguiente:

*“Artículo 142. Indemnización por ocupación temporal.*

- 1. Los propietarios cuyos terrenos sean objeto de ocupación directa tendrán derecho, en los términos de la legislación reguladora de la expropiación forzosa, a la indemnización que proceda por el tiempo que medie entre el día del otorgamiento del acta de ocupación y el de aprobación del instrumento de redistribución de beneficios y cargas en la unidad de ejecución en la que deban hacer efectivos sus derechos.*
- 2. El tiempo de la ocupación temporal no podrá exceder de cuatro años. Transcurrido este plazo, será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 140, sustituyendo la Administración actuante al propietario expropiado en los derechos y deberes que le correspondan en la correspondiente unidad de ejecución”.*



## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## III. OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES

Por Jesús Jiménez López

### 1. PLANTEAMIENTO

En el contexto de este manual de Responsabilidad Patrimonial, se trata en este momento de exponer algunos ejemplos de la misma en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Así, en este caso en materia de obras Públicas.

Al objeto de delimitar adecuadamente el objeto de análisis, es interesante partir de la definición que de estas se contiene en la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Así, en su artículo 1, se definen las obras públicas como aquellas que sean “de general uso y aprovechamiento, incluyendo las construcciones dedicadas a servicios que se hayan a cargo del Estado, de las Provincias y de los Pueblos”. Naturalmente debemos considerar igualmente las Comunidades Autónomas en estos momentos.

Señalado lo anterior, del análisis del precepto, y los siguientes, se deduce que las Obras Públicas suponen en un primer momento una actividad de transformación de una realidad física. Supone una transformación de un bien inmueble destinando el resultado a un fin de naturaleza pública, por lo que adquiere su carácter demanial, como expuso el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen de 9 de marzo de 2000.

A los efectos nuevamente de planteamiento, podemos concretar el concepto “obra pública” acudiendo al artículo 6, Contrato de obras, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual “obra” es el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble (apartado 2) “que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público”.

Hablamos, por tanto, de una actividad de transformación de la realidad física que afecta a un bien inmueble, y que además se destina a un fin público. Ese destino, además determina la realización de nuevas actividades, vinculadas a la explotación y conservación de la obra pública. Todas estas actividades o funciones, desarrolladas por las Administraciones Públicas, suponen espacios susceptibles de generar la responsabilidad patrimonial a que se refiere el presente manual.

Desde el punto de vista de la imputabilidad, varios son los puntos de conexión de la Obra Pública con la Administración responsable, siendo conscientes de que habrá que acudir a cada caso concreto para determinar el aplicable, además, como hemos adelantado, considerando que puede derivarse la responsabilidad patrimonial no sólo de la construcción o alteración de la realidad física, sino también de su explotación y conservación.

Por ello, podemos considerar la competencia sobre la materia obra pública desde un punto de vista instrumental, esto es respecto al fin público al que se afecta, ya sea el general uso y aprovechamiento, ya sea el servicio que finalmente la justifica.

Ello no permite dejar de considerar la materia Obra Pública como un título competencial específico, como expresó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 65/1998, de 18 de marzo, que anudó las competencias estatales sobre las carreteras de acuerdo con el título competencial sobre obras públicas en los términos del artículo 149.1.24 (“Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma”).

Por último, debemos atender a los títulos competenciales que se refieren a las diferentes obras públicas, pudiendo traer a colación, para esa enumeración enunciativa, la Constitución Española y el Estatuto de autonomía para Andalucía. Con naturalidad podemos concretar el elemento “Obra Pública” en las carreteras, los ferrocarriles entendidos con infraestructura de transporte, los puertos y los aeropuertos, no excluyendo otros, pero si delimitándolo a los efectos de este apartado. Ello no impide que la pueda ser analizada la responsabilidad patrimonial en el caso de otras obras públicas en otros apartados específicos. De hecho la singularidad de la responsabilidad en otros supuestos puede, en la mayoría de los casos, analizarse en las obras públicas denominadas lineales, esto es, las carreteras y otras vías públicas, y los ferrocarriles.

Desde el punto de vista de la competencia de la comunidad autónoma, debe afirmarse la exclusiva en materia de “planificación, construcción y financiación de las obras públicas en el ámbito de la Comunidad, siempre que no estén declaradas de interés general por el

Estado” (artículo 56.7 EAA); sobre la “Red viaria de Andalucía, integrada por ferrocarriles, carreteras y caminos, y cualquier otra vía cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en territorio andaluz” (artículo 64.1.1.ª EAA); sobre “Puertos de refugio, puertos y aeropuertos deportivos y, en general, puertos, aeropuertos y helipuertos y demás infraestructuras de transporte en el territorio de Andalucía que no tengan la calificación legal de interés general del Estado” (artículo 64.1.5.ª EAA); así como las competencias de ejecución sobre “puertos y aeropuertos con calificación de interés general, cuando el Estado no se reserve su gestión directa” (64.2.1.ª EAA).

Por otro lado, y desde el punto de vista del ámbito material de la imputabilidad, considerando de nuevo que nos encontramos ante responsabilidades de la Administración Pública vinculadas no sólo a la construcción de las obras públicas, sino también a las actividades de explotación y conservación, determinadas circunstancias deben ser consideradas en el análisis. Nos estamos refiriendo a determinadas circunstancias que pueden modalizar la competencia constitucional como punto de conexión de la imputabilidad, o pueden considerarse complementarias.

Así, en primer lugar es frecuente que en materia de obras públicas, se establezcan marcos de colaboración entre las Administraciones Públicas, en los que se acuerde un reparto de funciones y actividades en la ejecución, conservación y explotación. Ello puede dar lugar a que el título competencial inicial no sea tan determinante, desde el punto de vista de la imputabilidad, como la relación con la obra pública, en los términos pactados para esas actividades. Precisamente este es el supuesto de hecho considerado en el artículo 140 LRJAPPAC y en el artículo 33 de la Ley 40/2015, que se remiten al “instrumento regulador de la actuación conjunta” en la medida que “podrá determinar la distribución de responsabilidad entre las diferentes Administraciones Públicas”. En su defecto “se fijará para cada Administración, atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención” y, si no es posible “la responsabilidad será solidaria”.

En segundo lugar, la ejecución de las actividades con frecuencia determina la intervención de otros agentes, como pueden ser entidades públicas y privadas que actúen por cuenta de otras, como medio propio, en los términos previstos en el artículo 24 TRLCSP en relación con el artículo 4.n) TRLCSP y, en nuestra Comunidad Autónoma, también con el artículo 106 LAJA. En el caso de entidades privadas, atenderemos a las previsiones del artículo 144 LRJAPPAC (artículo 35 de la Ley 40/2015), para la exigencia de la Responsabilidad.

Por último, también hay que considerar la participación de terceros, de acuerdo con las normas de contratación que rigen para el sector público, debiendo tenerse en cuenta en este caso lo dispuesto en el artículo 32, apartado 9, de la Ley 40/2015, en relación con el artículo 214 TRLCSP al que el anterior expresamente se remite.

En este ámbito material también tiene especial relevancia la concreción del deber jurídico de soportar como supuesto de exclusión de la responsabilidad patrimonial (artículo 141, apartado 1, LRJAPPAC y artículo 32, apartado 1 in fine, de la Ley 40/2015), con delimita-

ción también del mismo, en ocasiones, en función del cumplimiento por la Administración de los estándares en la prestación del servicio público de que se trate, en nuestro caso la explotación y conservación de las vías públicas.

## **2. SUPUESTOS FRECUENTES CON LA JURISPRUDENCIA APLICABLE**

### **2.1. Responsabilidad Patrimonial por cambio de trazado de carretera.**

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>) Sentencia de 14 de febrero de 2012 (RJ2012\3984) Recurso de casación 2472/2010 (Ponente: Excm. Sra. Celsa Pico Lorenzo).

*“En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006, 4840), Sección Sexta, Recurso de casación 2568/2002 se insiste, con cita de otras muchas, en el criterio jurisprudencial de que nadie tiene derecho a que se mantengan indefinidamente los trazados de las vías públicas ni se puede impedir que la Administración acometa las obras de mejora o cambio que considere conveniente para el interés general.*

*También se reitera el principio general de que «tanto el cambio de trazado de una carretera como la construcción de la misma obedecen a razones de interés público y, en definitiva, ello supone que el daño que de dicho actuar administrativo se derive no reúne el requisito de antijuridicidad en términos generales puesto que tales perjuicios derivados de la construcción de carreteras son meras cargas sociales que el administrado está obligado a soportar».*

*Sentencia de 23 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2502), Recurso de casación 10236/2004, en que examina perjuicios singulares e individuales en razón de obras realizadas junto a un inmueble en que se regenta un negocio”.*

### **2.2. Perjuicios causados por la falta de información en relación a una obra futura.**

TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>) Sentencia de 5 de mayo de 2004 (RJ2004\5588) Recurso de casación 8677/1999 (Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

*“En el caso que enjuiciamos, la obligación de resarcir o no la Administración los perjuicios alegados por la entidad recurrente al no ser viable desde un punto de vista comercial la proyectada instalación de unas naves para la exposición y venta de una determinada marca de automóviles debido a la construcción del paso elevado*

de peatones en la CN-IV, no emana o deriva de las limitaciones establecidas en la Ley 25/1988, de 29 de julio (RCL 1988, 1655, 2268), de Carreteras y Caminos, respecto de los edificios o construcciones ubicados en las zonas de servidumbre y afección, pues en modo alguno influye física y jurídicamente el paso de peatones en los terrenos de propiedad privada respecto de los que se pretendía instalar aquel negocio, hecha en todo caso abstracción de la posible incidencia en la visibilidad de la fachada de la proyectada nave, como declara la sentencia impugnada, «se respetaron las distancias, accesos...», sino que el deber de la Administración de responder de los perjuicios invocados dimanaba de su propia actuación al no dar cumplida respuesta a la información solicitada por la sociedad recurrente respecto del negocio que pretendía instalar, en cuyo lugar se preveía la instalación de una parada de autobuses y haber iniciado la construcción de la pasarela antes de haberse aprobado el proyecto de la obra pública”.

### **2.3. Perjuicios por dificultades en acceso a negocio. Deber jurídico de soportar.**

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) Sentencia de 20 de enero de 2015 (RJ 2015\214).

“Y es que, en definitiva y centrado el debate en sede de justificar el deber de soportar el daño ocasionado con la nueva reestructuración del acceso, no puede desconocerse que el derecho de la recurrente otorgado en su día de tener un acceso directo a la carretera –convertida en autopista– no fue un derecho absoluto, sino siempre y cuando las circunstancias de la vía lo hicieran posible. Dicho acceso comportaba la utilización de un dominio público de cuya disponibilidad no era titular ni podía condicionar indefinidamente su utilización. Porque si aceptamos que lo accionado es una responsabilidad patrimonial por «como» se hizo la conexión del enlace entre las dos carreteras y no a su planificación –aunque se hicieran reformas al proyecto inicial que debió llevar, caso de concurrir defectos formales, a una impugnación expresa y autónoma– debe recordarse la reiterada jurisprudencia de esta Sala –por todas, Sentencia de 3 de diciembre de 2010 (RJ 2010, 8886), Recurso de casación 25/2007– que legitima la posibilidad de alteración de las condiciones de las instalaciones con anterioridad a la ejecución de obras como la de autos y que el derecho a la indemnización por responsabilidad surge sólo cuando con dichas obras se excluya el acceso, que no es el caso de autos en que, como hemos visto, se habilitaba el acceso por el mismo recorrido que, antes de las obras, se hacía en uno de los sentidos de circulación –dirección Cartagena– que era el de salida, en todo caso. Y ello, insistimos, sin perjuicio de la suerte que han tenido sus actuaciones en otros ámbitos, que son ajenos a la pretensión indemnizatoria ante la Administración General del Estado por una concreta actividad –proyección y ejecución del enlace–, que en la forma examinada no puede tener el éxito pretendido, como ya declaró la sentencia de instancia y obliga a rechazar el motivo examinado y, con él –el motivo cuarto fue inadmitido–, de la totalidad del recurso”.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) Sentencia de 13 de octubre de 2001 (RJ 2001\10084).

*“SEXTO. Finalmente se asegura, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley Jurisdiccional, en el tercer y último motivo de casación que la Sala de instancia no ha respetado lo dispuesto concordadamente por los artículos 9.3 de la Constitución, 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848 y NDL 12531), al denegar la indemnización pedida derivada de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que, a pesar de no haberse interrumpido el acceso a las instalaciones hoteleras mientras se ejecutaron las obras de remodelación de la carretera, aquél resultó extremadamente complicado para que fuese factible usarlo salvo por los propios trabajadores de la empresa o por los residentes en la localidad más próxima, y en casos de haberse dificultado extraordinariamente los accesos desde las carreteras a instalaciones situadas en sus márgenes, la jurisprudencia, recogida en las sentencias que se citan de esta Sala, ha concedido derecho a indemnización por los perjuicios causados con la pérdida de clientela.*

*Las esporádicas Sentencias citadas, como fundamento de este motivo, por los recurrentes sólo sirven para confirmar la regla general de no resultar indemnizables los perjuicios que se irroguen por los desvíos que hubiese requerido la ejecución por la Administración de obras en las vías públicas, al no estar en tales supuestos en presencia de un daño antijurídico sino de riesgos o consecuencias lesivas que los particulares tienen el deber de soportar (artículo 141.1 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), con lo que desaparece uno de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, según acertadamente lo considera la Sala de instancia con expresa aceptación del parecer del Consejo de Estado.*

*En las Sentencias de 18 de abril de 1995 (RJ 1995, 3710), 14 de abril de 1998 (RJ 1998, 4044) y 19 de abril de 2000 (RJ 2000, 3810), esta Sala ha declarado que el derecho a ser indemnizado, en concepto de responsabilidad patrimonial, por la pérdida de los accesos a un establecimiento desde la carretera sólo procede cuando se ha privado totalmente de aquéllos, pero no cuando se produce una reordenación de dichos accesos con la finalidad de mejorar el trazado de la propia carretera.*

*En el caso enjuiciado, la situación generada por las obras de la autovía fue transitoria, sin que, mientras su ejecución, resultase privado de acceso el restaurante, aunque hubiera que efectuarlo por un camino diferente del que tenía con anterioridad a las obras o del que se haya realizado una vez finalizadas”.*

TSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) Sentencia 1166/2005, de 17 de junio (RJCA\2005\753), Recurso Contencioso-Administrativo 1296/2002 (Ponente: Ilma. Sra. María de los Desamparados Pérez Navarro).

*“QUINTO. Aplicando los argumentos y consideraciones establecidos en el FJ anterior de la presente resolución al supuesto que nos ocupa, debemos significar que la Sala, no pone en duda ni la existencia de las obras, ni que estas produjesen molestias, ahora bien, de ello no puede derivarse «per se» el derecho a indemnización, habida cuenta que, al tratarse de unas obras de mejora, no se puede impedir que la Administración competente, en aras al interés general, las acometa, respetando siempre la accesibilidad de dichas instalaciones –requisito que queda cumplido, según se infiere del examen de las fotografías obrantes en el expediente, en las que consta acreditado que, si bien la calzada se encontraba totalmente levantada, sin embargo, la acera se encontraba expedita– toda vez que, cuando la lícita acción administrativa ha producido como resultado una mayor complejidad, que no imposibilidad en el acceso, no se genera necesariamente la responsabilidad administrativa, no constituyendo lesión indemnizable la menor comodidad de su acceso, ya que cualquier alteración de las condiciones de acceso a un inmueble como consecuencia de una obra pública, en tanto no signifique la privación de acceso a la finca, constituye una carga general que los administrados tienen el deber de soportar sin que sus efectos puedan conferir efectos indemnizatorios. A todo ello, cabe añadir que fue el demandante el que decidió por su cuenta y riesgo cerrar su negocio durante el tiempo en que se acometieron las obras de reurbanización, puesto que, según se afirma por el demandante, el corte de la calle se produjo el 28.6.2001 y a los pocos días (primeros de julio decidió cerrar el quiosco), siendo lo cierto, conforme a lo antes indicado que la calzada estaba levantada, pero la acera permanecía libre, es decir, no se privó el acceso a su negocio”.*

#### **2.4. Perjuicios durante la ejecución de las obras en vías públicas a un servicio de Transportes.**

Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 7 de Sevilla (PROA 75/11) Sentencia 247/2014.

*“Aún cuando se considere acreditado la existencia de un daño efectivo, que como hemos razonado anteriormente no ha sido así, tal daño no podría ser calificado como antijurídico, ya que, al tratarse de una obra de interés general, sin que se haya producido un perjuicio singular para la demandante, sino el propio de las molestias que conllevan estas obras generalizadas para todos los comercios, y para todo el transporte público que circulara por la Avenida cortada al tráfico, que compensarán con los beneficios que reporten las obras ya finalizadas y los servicios públicos adicionales, y considerando que la demandante ha seguido desarrollando su actividad, entendemos que que no estamos ante el supuesto del daño en el que concurre una antijuridicidad objetiva, por que el sujeto que lo sufra no tenga el deber de soportar-*

lo, según el artículo 141.1 LRJAPPAC, sino más bien al contrario, se trata de un daño que no puede constituir lesión, ni general derecho a la indemnización. Las obras de interferid general suponen cargas que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar, sin perjuicio de que puedan concurrir situaciones jurídicas individualizadas que extrañen un sacrificio excesivo y desigual para algún ciudadano, en cuyo caso si constituiría una lesión indemnizable. La pérdida de viajeros no es indemnizable, salvo que se hubiese privado completamente a la recurrente de realizar el recorrido que cubrían las líneas en cuestión, ni las molestias, complejidad, que no imposibilidad, ni pérdida de la clientela, sean indemnizables cuando se trata de una obra pública lícita, para mejorar las infraestructuras públicas, ya que no se integran en el concepto jurídico de lesión”.

## **2.5. Nexo de Causalidad. Prueba. Concurrencia.**

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) Sentencia de 31 de octubre de 2014, (RJ2014\5435), Recurso de casación 825/2012 (Ponente: Excm. Sra. Inés Huerta Garicano).

*“En el caso de autos, la cuestión estriba en determinar si existe el imprescindible nexo causal entre el accidente y la situación de la carretera en el momento (aproximadamente a las 5,30 horas de la madrugada del día 16 de octubre de 1999) y en el punto en el que se produjo (pk 672+300 de la N-II, rotonda Santa Ana, dirección Gerona), nexo causal que es una cuestión jurídica y, como tal, revisable en casación, pero, sin que quepa olvidar, como entre otras, recuerda la Sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7115) (casación 1642/2010), que «la consideración del nexo causal ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al hacer la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria (Sentencia de 14 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 2188), Recurso de casación 4766/2009)», correspondiendo, a quien reclama la indemnización, la prueba de ese nexo causal (S.s. TS de 19 de junio de 2007 (RJ 2007, 3813), casación 10231/2003, 9 de diciembre de 2008, casación 6580/2004 –con cita de otras anteriores–, y, de 30 de enero del presente año 2014, casación 3798/2011).*

*En este caso, existe una dificultad añadida y es la inexistencia de atestado y de testigos. En los informes recabados a la Guardia Civil, Policía Local y Servicio de Bomberos (Dirección General de Emergencias y Seguridad de la Generalidad) se dice que se ignoran las circunstancias y causa del accidente. Posteriormente, en la ampliación del Informe inicial –emitido el 1 de febrero de 2000– dicha Dirección General, efectuada el 11 de junio de 2001, concreta que la rotonda estaba en construcción (sin embargo, según informe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña de 23 de marzo de 2006, esta glorieta estaba construida y en servicio desde octubre de 1997,*

*sin que, según el mismo, folios 350 y 351 del expediente, se estuvieran realizando obras de remodelación entre los P.K. 672 y 673 de la carretera N-II, la isleta central estaba protegida con bloques de hormigón, impactando con uno de ellos, siendo la situación del vehículo inclinada con la parte delantera más elevada. El sentido de la marcha era Barcelona-Gerona, recordando la dificultad en el rescate del conductor. Acompaña croquis en el que queda reflejada la isleta con todo su perímetro protegido por bloques de hormigón, impactando el vehículo con la parte central de la isleta, en el sentido de su marcha, y, saltando por encima de uno de los bloques, se introduce parcialmente en la misma, quedando el vehículo en situación inclinada, con la parte delantera más elevada.*

*Es por ello que de los hechos probados de la Sentencia, resultado de la valoración conjunta de las escasas pruebas (minuciosamente reflejadas) de las que se dispone, solo cabe extraer consecuencias meramente indiciarias de la hipotética causa del siniestro, pero no una prueba cierta y segura, extremo sin el cual no cabe imputación de clase alguna.*

*Y los hechos probados, como más arriba se reflejaba, son: 1) El accidente tuvo lugar sobre las 5,30 horas del día 16 de octubre de 1999, «cuando por causas que no han quedado determinadas perdió el control del vehículo impactando en una pieza de hormigón existente en una rotonda o glorieta que se encontraba en construcción a la altura del pk 672»; 2) La glorieta, en el momento del accidente, tenía su perímetro exterior rodeado de piezas de hormigón; 3) No estaba señalizada con indicaciones de obras; 4) La carretera se encontraba en condiciones normales para la circulación, «sin que se haya constatado la existencia de arena, piedras, gravillas u otros elementos procedentes de las obras sobre la plataforma asfáltica»; 5) El impacto fue violento, hasta el punto de que para extraer al conductor del interior del vehículo se precisó de la intervención, durante una hora y media, de seis bomberos.*

*La Sentencia entiende que, si bien la glorieta en la que se produjo el accidente no se encontraba señalizada con indicaciones de obras, ello no constituye sino un «débil indicio carente de entidad para fundar en él un título de imputación», para después inferir –del violento impacto (el vehículo, Renault 21, motor diésel, colisionó frontalmente con el talud de la rotonda, según el autor del «informe» de la parte), en el que para el rescate del conductor intervinieron seis bomberos, con dos vehículos, durante una hora y media– una velocidad inadecuada, hipótesis a la que podría sumarse cualquier otra, pero sin que, como dice la Sala de instancia, exista prueba cierta de cuál haya podido ser la causa de tan grave accidente, ni que esa falta de señalización –no puede olvidarse que no estamos ante un elemento aislado, de presencia inesperada, sino con una glorieta ya existente que estaba rodeada en todo su perímetro, de bloques de hormigón, descartando la Sentencia la presencia de arena, gravilla o cualquier otro elemento deslizante– tenga entidad bastante para constituir la imprescindible relación causa-efecto del violento impacto frontal, en el que no existe, tampoco, constancia de maniobras evasivas.*

*No se aprecia, pues, una indebida aplicación de los requisitos legalmente exigidos para declarar una imputación a título de responsabilidad patrimonial, a la vista de los escasos datos objetivos con los que se cuenta y la valoración que de las pruebas ha realizado la Sentencia, sin que ello implique contradicción con las Sentencias citadas en este motivo, pues esa falta de señalización de obras en la carretera tiene trascendencia cuando el accidente es consecuencia de una inadecuada situación de la calzada como consecuencia de aquéllas.*

*Aquí, sin embargo, la Sala afirma que la calzada se encontraba en «condiciones normales de circulación», afirmación que, a su juicio, no queda desvirtuada por las conclusiones del «informe» sobre las causas del accidente, aportado por la parte en sede administrativa, y en el que se dice que las fuentes de información son las declaraciones del aquí recurrente y conductor lesionado, el histórico del vehículo y el reconocimiento del lugar (realizado dos meses después del accidente), y en el que el «Perito» no considera razonable el exceso de velocidad, dado que, previamente había atravesado otra glorieta señalizada –la Sala pone de manifiesto que no consta cómo lo estaba, si con señales de glorieta, de obras o de ambas cosas–, y que a los 300 m se encontró con esta segunda glorieta, impactando frontalmente con su talud al patinar sobre la calzada cubierta de arena, no obstante haber intentado frenar.*

*La Sentencia no comparte estas apreciaciones, «entre otras razones porque el informe se emite más de dos meses después de acaecido éste (el accidente), lapso de tiempo en que bien pudieron variar las condiciones del lugar, tratándose como se trataba de una zona en obras».*

*La situación de la calzada, pues, en condiciones normales de circulación, determina que la carencia de señalización de obras no sea título bastante de imputación en el que fundar una declaración de responsabilidad patrimonial”.*

## **2.6. Nexo de Causalidad. Culpa de la Víctima. Estándares objetivos del Servicio.**

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>) Sentencia de 21 de julio de 2011 (RJ 2011\6753), Recurso de casación 1526/2010.

*“Expuesto esto, el recurso quiere residenciar el título de imputación de la responsabilidad patrimonial en la misma existencia del accidente producido como consecuencia del alcance del motorista reclamante al vehículo que antecedía, que aminoró su velocidad por la presencia de peatones en el margen de la calzada, entendiendo que la existencia en la ocasión de las medidas correctoras posteriormente implantadas hubiera evitado el accidente y sus consecuencias.*

*Sin embargo, como ya señala la Sentencia de 23 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4459), Recurso 4929/2005, los preceptos cuya infracción se invoca imponen al titular de la*

*vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación de las adecuadas señales y marcas viales, con referencia, también, a la señalización de las obras que se realicen en tales vías, pero sin que de esa genérica previsión se pueda deducir la necesidad y obligatoriedad de una concreta actuación, cuando la vía ya contaba con señalización vertical de limitación a 40 kilómetros por hora y otra que advierte de la posible presencia de niños por existir una zona escolar en la cercanía, todo esto en un tramo recto, con calzada limpia, seca y en buenas condiciones de rodaje y visibilidad, que sin embargo según apreciación de la sentencia de instancia se debió a que el recurrente no guardase la distancia de seguridad con el vehículo que le precedía en la marcha, y también a que transportaba en la motocicleta una serie de objetos que le generaban dificultad añadida para mantener el equilibrio, siendo estas circunstancias y no las indicadas en el recurso las que conducen a la Sala de instancia a declarar que los daños producidos no tienen causa en el funcionamiento del servicio público, sin que como antes indicamos sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia por la reputada más acertada por el recurrente, que tampoco acredita que lo efectua-se con error patente, ni de modo arbitrario o irracional.*

[...]

*No es este el caso, pues la cita de jurisprudencia que hace la parte actora carece de cualquier razonamiento añadido que individualice y ponga en comparación los casos examinados en las resoluciones que cita y el caso que ahora nos ocupa, relativo a la suficiencia del estándar de funcionamiento y mantenimiento de la carretera Avenida Alto de las Atalayas de Cabezo de Torres a las 19,30 horas del día 5 de diciembre de 2000, sin que, tal como hemos dicho en Sentencia de 23 de marzo de 2010, Recurso 4929/2005, el suceso que con posterioridad se hayan implantado en la carretera otras mejoras o mayores limitaciones de velocidad desvirtúe el hecho de que la vía, en el momento en el que se produjo el accidente, gozaba de las condiciones suficientes para garantizar la circulación segura por la misma y evitar el desgraciado accidente, que por lo demás entiende debido a la exclusiva culpa de la víctima”.*

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) Sentencia de 2 de febrero de 2000 (RJCA 2000\345).

*“QUINTO. ...La acción administrativa sobre las vías de transporte terrestre alcanza en nuestro Ordenamiento el grado máximo. Conforme a la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio (RCL 1988, 1655), las carreteras son vías de dominio y uso público, construidas fundamentalmente para la circulación de automóviles (artículo 2.1). La explotación de las carreteras comprende operaciones de conservación y mantenimiento encaminadas al mantenimiento de la vía y su mejor uso, incluso las referentes a la señalización (artículo 15). Por su parte, el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (RCL 1990, 578 y 1653), de Seguridad Vial, impone en su artículo 57.1, al*

titular de la vía, la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y de la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales. La expresión «mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación» constituye un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido habrá que integrar teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto; y el término «posibles» nos conduce necesariamente a la fijación de los niveles exigibles de eficiencia, para la disminución de riesgos, en la gestión del servicio público de carreteras: la fijación de ese estándar está en función del desarrollo de la Administración Pública y de la sociedad donde se centra su actividad al servicio objetivo de los intereses generales. Por otra parte, la regulación del Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad, derivada del aludido Real Decreto Legislativo 339/1990 y del Reglamento General de Circulación (Real Decreto 13/1992, de 17 de enero [RCL 1992, 219 y 590]), impone a los conductores de vehículos –usuarios del servicio público– unos deberes de diligencia, tales como el de conducir con la diligencia y precaución necesaria para evitar todo daño propio y ajeno (artículo 9.2 LSV), el de estar en todo momento en condiciones de controlar los vehículos (artículo 11.1), respetar los límites de velocidad establecidos y tener en cuenta, además, las características y el estado de la vía, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y en general cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad del vehículo a las mismas (artículo 19.1). Especificados los deberes de diligencia de los conductores y el grado de exigibilidad del funcionamiento del servicio público de carreteras, se puede concluir con el aserto de que, la concurrencia de ambos deberes supone que –en esta materia– la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto a eventos dañosos para los conductores, sólo podría nacer de un funcionamiento «anormal» del servicio, dado que en los supuestos de funcionamiento «normal», los daños para los conductores derivarían, ineludiblemente, de su culpa exclusiva, rompiéndose así el nexo causal”.

## **2.7. Estándares del servicio. Mantenimiento de las vías públicas en condiciones de seguridad.**

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>) Sentencia de 20 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9174) (Ponente: Excmo. Sr. José María Morenilla Rodríguez).

*“Pero las meras conjeturas no probadas en este proceso sobre una conducción anti-reglamentaria de la víctima no permiten excluir, como se hace en las Ordenes impugnadas, la relación de causalidad inmediata existente entre el estado de la carretera y el accidente mortal que sufrió el hijo de la actora, pues los graves deterioros en el firme de la calzada, la existencia de un bordillo que remansaba el agua de la lluvia, el cruce oblicuo de la calzada por una vía de ferrocarril minero y la ausencia de la señalización que exigían estas circunstancias, vienen a atribuir el Estado de indemnización del daño reclamado, por implicar tales hechos un funcionamiento anormal del servicio público de carreteras que por su incidencia en los frecuentes desplazamientos humanos de*

*una sociedad tan móvil como la actual exige unas condiciones viarias de seguridad que garanticen al menos la indemnidad de los usuarios. El incumplimiento de esas condiciones es causa de la responsabilidad objetiva de la Administración que debe resarcir las consecuencias dañosas de su omisión”.*

## **2.8. Hecho de tercero. Inactividad de la Administración. Estándares del servicio.**

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) Sentencia de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003\293).

*“Partiendo por tanto de la existencia de la contradicción, la doctrina correcta ha de estimarse necesariamente a favor de las sentencias invocadas como contradictorias puesto que, por aplicación de los principios de la carga de la prueba contenidos en el artículo 1.214 del Código Civil, es claro que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos, sin que conste siquiera que la función de mantenimiento de la carretera se haya realizado, en la zona en que se produjo el accidente, en la forma habitual y correcta, prueba cuya carga no puede trasladarse al recurrente, siendo así que en el presente caso ha de aplicarse el principio de facilidad probatoria y, en definitiva, a la Administración le correspondía acreditar que, con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicarán la peligrosidad del pavimento.*

*Y no es obstáculo a ello que en el presente caso la Sala de instancia, en ausencia de aquella actividad probatoria imputable a la Administración, considere que cabe presumir una actuación eficaz de la misma, cuando se desconoce el momento en que se produjo el vertido de la sustancia deslizante y si éste ocurrió en fecha inmediatamente anterior al accidente. Y ello porque, como el recurrente advierte en conclusiones ante el cuestionamiento de tal momento por parte de la Diputación Foral, el hecho, que sirve también de base a la Sentencia recurrida para eximir de responsabilidad a la Administración, de que no existiera ningún otro accidente en aquella zona, nada acredita, partiendo de la base de que la mayor o menor circulación de vehículos automóviles por la vía urbana no permite, sin más, suponer la inmediatez entre el derrame y el accidente, ya que en el presente caso éste se produjo circulando con una motocicleta, evidentemente con más riesgo de deslizamiento que el de otros vehículos automóviles que, fácilmente, pudieron haber atravesado antes la calzada sin sufrir ningún accidente, a diferencia de lo que ocurrió con el recurrente que circulaba en motocicleta”.*

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia de 11 de febrero de 1987 (RJ 1987\535).

*“CUARTO: Asimismo se estableció en dicha Sentencia y es de plena aplicación al caso actual, que de lo actuado resulta patente la realidad de la mancha de aceite en el punto indicado, situado a la salida de una curva y cambio de rasante pero sin embargo no se ha podido acreditar el origen de la misma, que presumible y fundadamente se atribuye al derrame o pérdida de un vehículo, sin que exista tampoco el menor antecedente acerca del momento en que tuvo lugar y por consiguiente si ocurrió horas o minutos antes de que se produjera el accidente de autos y de aquí se desprende en primer lugar, la intervención en el hecho causante del accidente, de un tercero desconocido pero ajeno a la Administración que ocasionó consciente o inadvertidamente la situación de peligro generadora del daño, con lo que se rompe ese preciso carácter directo entre el actuar administrativo y el perjuicio ocasionado de que antes se trató y sólo queda como vía de posible responsabilidad de aquélla, la omisión de la vigilancia debida a la carretera en la que se apoya la parte actora en realidad su reclamación y sobre esto se ha de decir, que si bien es cometido del organismo correspondiente la vigilancia de las carreteras para mantenerlas útiles y libres de obstáculos de todo tipo que impidan o dificulten su uso con las debidas garantías de seguridad y conste en el expediente que tal función de policía se realizaba en aquella zona en la forma habitual, la naturaleza indicada del factor causante del accidente y la posibilidad de que se hubiera producido poco antes de ocasionarse aquél, hace que por muy estricto concepto que se tenga de esa función de vigilancia, no quepa imputar a la Administración en el caso de autos incumplimiento de aquélla o cumplimiento defectuoso de la misma, por no eliminar perentoriamente y con toda urgencia una mancha de aceite, que en un momento determinado se puede producir de forma tan repentina como impensable y de consiguiente, falta ese nexo causal preciso entre el daño ocasionado y el actuar de la Administración en el mantenimiento del servicio público de carreteras, que habría de servir de base para que aquél pudiera estimarse «consecuencia» del obrar de ésta, como acertadamente ha entendido tanto la propuesta de resolución formulada por la Sección, como todos los informes emitidos por los órganos asesores y consultivos en el expediente”.*

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) Sentencia de 17 de marzo de 1993 (RJ 1993\2037).

*“CUARTO. La intervención de tercero en la producción de los daños es ya un problema clásico en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el cual la jurisprudencia de este Tribunal no tiene una solución definida, sino una constante invocación a respuestas puntuales e individualizadas, subordinadas a las circunstancias específicas y peculiares de cada caso concreto, sin duda para evitar que formulaciones excesivamente generales puedan acarrear en el futuro consecuencias indeseadas o excesivas. Esta prudencia judicial se acrecienta en los casos en que*

los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración, porque siendo cada vez más, y cada vez más generales, los fines que el ordenamiento jurídico asigna a ésta, y ordenado constitucionalmente que los sirva «con eficacia» (artículo 103-1 de la Constitución [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]), la responsabilidad patrimonial de la Administración podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico (v.g. persecución de los delitos, cuidado del medio ambiente, ordenación del tráfico viario, organización de servicios sanitarios, etc.), aunque sea una persona extraña y conocida quien haya desencadenado el proceso causal (v.g. quien ha cometido el delito del que se derivan los daños, o quien ha realizado el acto contaminante que los ha producido, etc.). El relativismo o casuismo de la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permita concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado. Que es lo que, como veremos, ha ocurrido en el caso de autos.

IV. Son requisitos exigidos para apreciar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración: en primer lugar, que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; en segundo término, que el daño o lesión sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal; y, finalmente, que el reclamante no tenga el deber de soportar el daño, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar: la lesión indemnizable ha de ser un daño o perjuicio antijurídico. Tales exigencias vienen establecidas por los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) Sentencia de 28 de febrero de 1998 (RJ 1998\3198).

“SEGUNDO. Aunque el propietario de una finca esté obligado a adoptar las medidas necesarias para evitar que los objetos o elementos existentes en ella puedan causar daños a terceros, y, en definitiva, a evitar los riesgos que su propiedad genera, es también obligación de la Administración competente velar para evitar tales riesgos derivados de la omisión o del incumplimiento por el propietario de sus deberes. En el caso enjuiciado, el servicio público de carreteras, como lo demuestra el informe técnico elaborado por los funcionarios de la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones del Principado de Asturias, tenía constancia de que en ese tramo de carretera existían protuberancias rocosas, de las que se habían desprendido grandes

*bloques que se encontraban sueltos en la finca colindante con la carretera, de manera que, en cumplimiento de su deber de vigilancia, en evitación de riesgos por los previsibles rodamientos de esos bloques calcáreos, debió la Administración requerir al propietario para que cumpliera sus obligaciones (lo que no se ha acreditado que hiciera) o, en el supuesto de que no fuesen atendidos tales requerimientos, ejecutar por sustitución lo conveniente para eliminar el mencionado riesgo además de actuar por las vías procedentes contra el infractor, sin que, como correctamente opina el representante procesal de la entidad apelante, sea legítimo que la Administración se escude en el incumplimiento de los deberes del propietario para exonerarse de su responsabilidad, ya que ésta nace precisamente de su inactividad por no vigilar y cuidar la carretera con el fin de evitar la precipitación previsible de bloques que se encuentran en equilibrio y que, dada la pendiente del terreno, cualquier contingencia puede desestabilizar, como ha sucedido.*

*Aun cuando la conducta negligente del propietario de la finca, desde la que se precipitó la piedra de grandes dimensiones sobre la calzada, hubiese sido una causa concurrente en la producción del daño, ello tampoco eliminaría la responsabilidad del servicio público de carreteras porque el bloque de piedra, según declara la propia Sala de primera instancia, se precipitó sobre la calzada sobre 4.30 horas de la madrugada y la colisión del autobús con la misma se produjo dos horas después (6.35 horas del mismo día), de manera que el obstáculo permaneció durante un tiempo suficientemente dilatado como para que la Administración hubiese procedido, al menos, a señalarlo debidamente para que los conductores que circularan por ese tramo de carretera quedasen advertidos, sin que esta medida de precaución ni ninguna otra se adoptase por la Administración, y, por consiguiente, no cabe, por esta razón tampoco, sostener que la causa eficiente exclusiva de la existencia del obstáculo en la calzada fue la conducta del propietario de la finca desde la que rodó la piedra a la carretera”.*

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) Sentencia de 19 de octubre 2005 (JUR 2006\71672).

*“Cuestión distinta es la eventual concurrencia de la acción de terceros y si la Administración actuó con la diligencia debida en la restauración de la seguridad de la vía, en lo que ha de estarse a la doctrina jurisprudencial de la STS de 03-12-2002 (Recurso 38/2002), en cuya virtud, por aplicación de los principios de la carga de la prueba contenidos en el artículo 1.214 del Código Civil –lo que hoy puede reiterarse conforme al artículo 217 LECivil–, es claro que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos, debiendo la Administración acreditar que*

*la función de mantenimiento de la vía se haya realizado, en la zona en que se produjo el accidente, en la forma habitual y correcta, prueba cuya carga no puede trasladarse al recurrente, siendo así que ha de aplicarse el principio de facilidad probatoria y, en definitiva, a la Administración le corresponde acreditar que, con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicarán la peligrosidad del pavimento o de la vía.*

*Las pruebas practicadas no precisan cuál fuera el origen de la mancha de aceite y, en particular, a qué eventual acción de terceros obedeciera. Igualmente consta que, con los medios adscritos a las tareas de limpieza viaria, la misma se hubiera efectuado a partir de las 7 horas.*

*Con todo ello, debe concluirse que la Administración actuó con un estándar de eficiencia insuficiente, pues con los medios disponibles no puede decirse que le resultara imposible limpiar o señalizar la vía para evitar hechos como el producido, sino solamente que actuó con retraso. Así como en casos límite de obstáculos o manchas producidos de forma inminente o extraordinaria la Administración no habría de responder, esta responsabilidad ha de moderarse igualmente en función del tiempo de respuesta indicativo del rendimiento de los servicios de mantenimiento, atenuándose si es leve o agravándose a medida que aumenta. Para ello, ha de tenerse en cuenta que el conductor ha de acomodar la conducción a las circunstancias de la vía y, entre éstas, precisamente debe ponderar la posibilidad de obstáculos no retirados por sucesos inminentes o extraordinarios, obstáculos que, de circular a la velocidad adecuada, son visibles y deben permitir la frenada o maniobra de evasión sin riesgo. En el caso, dada la hora de ocurrencia y la imposibilidad de considerar visible el riesgo, no hay factor de moderación de la responsabilidad derivada del retraso ocurrido”.*

Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) Sentencia 251/2012, de 14 de marzo (JUR 2012\117417).

*“QUINTO. Con la anterior doctrina, en el presente caso está acreditada, y admitida la realidad del siniestro como recoge el atestado de la Guardia Civil de Tráfico, que según su parecer la causa principal que ocasionó el accidente pudo ser la invasión del sentido contrario por parte del conductor del turismo Mercedes, posiblemente por encontrarse en la calzada una sustancia deslizante, la cual unida a la lluvia y a una velocidad posiblemente inadecuada para el trazado de la carretera hizo perder adherencia al vehículo, a lo que se ha de añadir que el conductor declara que circulaba a unos 70 km/h, permitida a 80 km/h, planteándose la cuestión de la extensión de la mancha de sustancia deslizante y si ella ocupaba el carril de marcha lenta por el que circulaba el recurrente, y no cabe duda que dado el peralte de la calzada y la lluvia, junto con el deslizamiento, se ha de concluir que dicha sustancia deslizante, como apreció la Guardia Civil como posible causa del accidente, se encontraba en el carril*

*que defiende la parte actora, siendo esta la causa eficiente del deslizamiento y consecuente accidente, sin que dadas las circunstancias concurrentes se haya acreditado que la velocidad a la que circulaba el reclamante no fuese adecuada, o si una velocidad inferior hubiese impedido la pérdida de adherencia, y con ello ante la omisión de la necesaria conservación y vigilancia, acreditada la causa del accidente (sustancia deslizante) corresponde a la Administración acreditar que hizo todo lo necesario, con carácter previo, cubriendo el estándar jurídico que le es exigible para que el accidente no se produjese, pues a ello lleva el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, que impone a la Administración acreditar las circunstancias que conlleven la ruptura del nexo causal, pues aunque existe la posibilidad de un comportamiento relevante de un tercero no permite entender rota la relación de causalidad, pues se ha de tener presente la obligación que se impone al titular de la vía de mantener la misma en las mejores condiciones posibles para la circulación, cuando además, dada la hora en que se dice recorrida la carretera por el Servicio de Conservación y la del accidente, supone un espacio de tiempo suficientemente largo para poder apreciar que se haya cumplido con el estándar del rendimiento del Servicio Público, por todo lo cual este Tribunal estima que una valoración de todo lo actuado lleva a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada”.*

Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) Sentencia 212/2014, de 20 de marzo (JUR 2014\243440).

*“QUINTO. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO. La responsabilidad patrimonial es objetiva, pero no automática ni viene atribuida por el mero hecho de producirse un evento lesivo en el ámbito de la competencia de una Administración Pública. Como dice la CE (RCL 1978, 2836) y la LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), la responsabilidad patrimonial está ligada al funcionamiento (normal o anormal) del servicio público y, por ello, debe el recurrente demostrar en qué medida la actividad o inactividad administrativa ha producido el daño, no de forma general o abstracta, sino particular y concreta, en función de las circunstancias concurrentes. Así lo reconoce nuestro Alto Tribunal, en Sentencia de 9 de diciembre de 1993, cuando señala: «el deber de vigilancia inherente al servicio público de mantenimiento de las carreteras y en concreto la posible omisión por parte de los órganos encargados de la conservación de la vía y de la retirada de obstáculos existentes en ella, no puede exceder de lo razonablemente exigible, lo que desde luego no puede serlo una vigilancia tan intensa y puntual que sin mediar practicante lapso de tiempo apreciable cuide de que el tráfico en la calzada sea libre y expedito». De forma más general, la STS de 5 de junio de 1998, dice que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo*

*contrario, se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. De lo anterior cabe colegir que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no puede interpretarse sin tener en cuenta el estándar de razonabilidad”.*

## **2.9. Nexo de causalidad. Medidas de seguridad. Fuerza Mayor.**

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) Sentencia de 31 de enero de 2002 (RJ 2002\5055).

*“SÉPTIMO. Sobre estas premisas debe examinarse el único motivo invocado por la Administración recurrente, por infracción de los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

*En su argumentación, niega la recurrente que exista relación de causalidad entre el daño producido y la actuación (o falta de actuación de los servicios públicos), asimismo, se invoca la existencia de fuerza mayor, la suficiencia de la red metálica existente, con cumplimiento del «estándar» exigible al servicio, al no existir otras soluciones técnicas.*

*El motivo debe ser rechazado, pues con independencia de las acertadas razones ya expuestas por el Tribunal de instancia y que aquí se asumen, debe recordarse que esta Sala en Sentencias de 25 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 550) y 19 de abril de 2001 (RJ 2001, 2896), entre otras, ha establecido la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor. En el primero de los supuestos, estamos en presencia de un evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos –en este caso el mantenimiento de las condiciones de seguridad de la carretera– producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, como ya reconocía la Sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 1974 (RJ 1974, 5132). En el segundo de los supuestos, la fuerza mayor, hay una determinación irresistible y exterioridad, indeterminación absolutamente irresistible, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista, de tal modo que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En tales términos, se han manifestado las Sentencias de 23 de mayo de 1986 (RJ 1986, 4455) y 19 de abril de 1997 (RJ 1997, 3233), al señalar que constituyen fuerza mayor: «aquellos hechos que, aun siendo previsibles sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado».*

*OCTAVO. La lectura de los hechos probados, tal y como han sido descritos por el Tribunal de instancia, no permiten hablar de fuerza mayor. Así, en el FD Tercero se precisa que en el lugar de los hechos existía un «escarpe de una altura de varias decenas de metros, constituido por calizas y calcoesquistos intensamente fracturados*

*en algunos puntos, y de los que se producen ocasionalmente caídas de piedras sobre la pendiente recubierta de coluvión, por lo que se deslizan fracturados hasta alcanzar a veces la carretera, llegando incluso a superarla y llegar al río que discurre por el margen izquierdo de aquélla a nivel inferior de la misma».*

*Para atajar estos hechos, relativamente frecuentes en épocas de lluvias, la instalación durante los años 1970 y 1975 de una malla metálica, que estaba rota por muchos sitios y destinada a detener exclusivamente piedras de pequeño tamaño (8 a 10 cm), resultaba claramente insuficiente, habiéndose producido, con anterioridad, quejas por la producción de tales desprendimientos en la aludida carretera, de las que se dio oportuno traslado a la Diputación General de Aragón.*

*De todo ello puede deducirse, como hace la sentencia de instancia, la clara relación de causalidad entre el resultado lesivo y la actividad de la Administración responsable, por no instalar otras medidas de protección adecuadas, para impedir la caída de piedras procedentes de la ladera contigua a la carretera, no habiendo acreditado la actora la imposibilidad de adoptar dichas medidas de protección.*

*Por todo ello, dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad que incumbe a la Administración, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4468), procede la desestimación del Recurso, previa la declaración de la conformidad de la sentencia recurrida con el ordenamiento jurídico”.*

## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## IV. HACIENDA

Por María Teresa Hernández Gutiérrez

### 1. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA DE HACIENDA

#### 1.1. Introducción.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en materia de Hacienda se caracterizan por ser supuestos residuales, pues la normativa tributaria regula expresamente procedimientos administrativos especiales a través de los cuales se garantiza la indemnidad del particular en su relación con la Administración Tributaria.

El fundamento de tales procedimientos especiales se encuentra en el artículo 30 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), conforme al cual *“La Administración Tributaria está sujeta al cumplimiento de las obligaciones de contenido económico establecidas en esta Ley. Tienen esta naturaleza la obligación de realizar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, la de devolución de ingresos indebidos, la de reembolso de los costes de las garantías y la de satisfacer intereses de demora”*.

Así, el grueso de las reclamaciones en materia tributaria son reconducibles al procedimiento de devolución de ingresos indebidos o a la devolución de ingresos debidos que,

posteriormente, por razón de la técnica impositiva, devienen improcedentes y que han venido llamándose “devoluciones de oficio”, a pesar de que pueden también solicitarse por el interesado (cfr. STS de 3 de noviembre de 2011).

El procedimiento de devolución de ingresos indebidos está regulado en los artículos 32 y 221 de la LGT, y artículos 17 a 19 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General en materia de Revisión en Vía Administrativa. Al mismo ha de acudir en los supuestos de duplicidad en el pago de deudas tributarias, pagos en cuantía superior a la debida o pago de deudas prescritas. Nótese que en estos casos es la conducta del propio interesado, en gran medida, la que propició el desembolso o la merma patrimonial.

No obstante, el derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos puede también reconocerse tras la tramitación de un procedimiento administrativo especial de revisión o en virtud de la resolución de un recurso administrativo o reclamación económico-administrativa o en virtud de una resolución judicial firme que resuelva la anulación del acto correspondiente (artículo 15 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo). En estos casos se podrá obtener el reembolso interesando la devolución de ingresos indebidos, operando el abono del interés correspondiente a modo de indemnización.

Nótese, no obstante, que en estos casos se pretende únicamente el reembolso de las cantidades indebidamente ingresadas a la Hacienda Pública (ya sean cantidades indebidas desde un principio, o cantidades indebidas *ex post*, tras la anulación del acto fundamento del ingreso), mientras que en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial la pretensión no tiene por objeto el reembolso de unas cantidades a que se tiene derecho como consecuencia de ostentar un crédito frente a la Hacienda, sino el reconocimiento de una indemnización a consecuencia de haber soportado un daño antijurídico.

Especial mención merece en este sentido el procedimiento para el reembolso de los costes de las garantías aportadas para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda si dicho acto o deuda es declarado improcedente por sentencia o resolución administrativa firme. Con el precedente de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente, actualmente este supuesto está contemplado expresamente en el artículo 33 de la LGT, que dispone:

*“Artículo 33. Reembolso de los costes de las garantías.*

**1.** *La Administración Tributaria reembolsará, previa acreditación de su importe, el coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda si dicho acto o deuda es declarado improcedente por sentencia o resolución administrativa firme. Cuando el acto o la deuda se declare parcialmente improcedente, el reembolso alcanzará a la parte correspondiente del coste de las garantías.*

*Reglamentariamente se regulará el procedimiento de reembolso y la forma de determinar el coste de las garantías”.*

Dicho procedimiento especial está regulado en los artículos 72 a 79 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General en materia de Revisión en Vía Administrativa y es un procedimiento cuyo objeto queda limitado al reembolso de los costes necesarios para la formalización, mantenimiento y cancelación de las garantías.

Así, el artículo 72.2 del Decreto 520/2005, de 13 de mayo, señala: *“El procedimiento previsto en los artículos siguientes se limitará al reembolso de los costes anteriormente indicados, si bien el obligado al pago que lo estime procedente podrá instar, en relación con otros costes o conceptos distintos, el procedimiento de responsabilidad patrimonial previsto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando se den las circunstancias previstas para ello”* (referencia que ha de entenderse realizada al artículo 67 de la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en conexión con los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme a la disposición final 4.ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y disposición final 13.ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

Como resulta de lo expuesto, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en materia tributaria, en sentido estricto, son residuales y limitadas a aquellas cuyo objeto es la indemnización de costes no expresamente contemplados como resarcibles a través de aquellos procedimientos tributarios especiales.

Pues bien, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en materia tributaria en sentido estricto no presentan una casuística variada, aunque sí recurrente. Entre los supuestos más frecuentes cabe citar dos: por una parte, las reclamaciones por daños generados a consecuencia de retrasos en la liberación de avales aportados en garantía del aplazamiento o fraccionamiento de deudas tributarias y por otra parte, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que se exige el abono de los honorarios de abogados que han asistido al administrado en vía administrativa y económico administrativa para alcanzar la anulación de actos de naturaleza tributaria de diversa índole.

En cuanto al primer supuesto, se trata de reclamaciones de indemnización por los gastos generados, normalmente, a consecuencia de retrasos en la devolución de avales bancarios.

La particularidad que presenta este supuesto radica en que la Administración está obligada a liberar las garantías constituidas “de inmediato”, una vez realizado el pago total de la deuda garantizada. Así lo dispone el artículo 48.9 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, conforme al cual: *“9. Las garantías serán liberadas de inmediato una vez realizado el pago total de la deuda garantizada, incluidos, en su caso, los recargos, los intereses de demora y las costas. Si se trata de garantías parciales e independientes, éstas deberán ser liberadas de forma independiente cuando se satisfagan los plazos garantizados por cada una de ellas”*.

Pues bien, en los supuestos en los que, realizado el pago total de la deuda garantizada en los términos señalados, no se haya producido la liberación –entendiéndose la expresión “de inmediato” como sinónimo de “sin demora”, esto es, como máximo, dentro del plazo fijado para llevar a cabo la fiscalización previa por la Intervención– habrá de reconocerse el derecho al abono de los gastos de mantenimiento del aval desde la fecha de la solicitud presentada por el interesado a tal fin hasta la fecha de la liberación, al ser imputables al funcionamiento de la Administración.

Será necesario no obstante que el interesado reclame en el plazo de 1 año desde la liberación y acredite efectivamente el sobre coste del mantenimiento del aval durante dicho periodo.

Una variante del supuesto anterior son las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por retraso en la devolución del aval constituido en garantía, no ya del fraccionamiento o aplazamiento en sede de procedimiento de recaudación, sino de la suspensión de la deuda tributaria en el ámbito de los procedimientos de revisión tributaria.

La norma reguladora en este caso se encuentra en el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General en materia de Revisión en Vía Administrativa, en el cual sí se señala ya expresamente que la devolución habrá de efectuarse de oficio y sin necesidad de solicitud por parte del interesado, una vez comprobada la procedencia de la devolución de la garantía prestada. Así, el artículo 66.7 de dicho Reglamento, establece: *“7. Comprobada la procedencia de la devolución de la garantía prestada, el órgano competente la efectuará de oficio sin necesidad de solicitud por parte del interesado”*.

La particularidad de este supuesto se encuentra en el *dies a quo* del cómputo del plazo de un año con que cuenta el particular para solicitar la indemnización. Así, el *dies a quo* del plazo del año referido no sería el de firmeza de la sentencia o estimación en vía administrativa o económico-administrativa que determinó la anulación del acto, sino la fecha de devolución o liberación por parte del órgano administrativo del aval que tenía en su poder.

Y ello porque hasta ese momento no se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la *actio nata* o nacimiento de la acción (Cfr. STS de 22 de febrero de 2005); así, sólo a partir del momento en que el interesado disponga materialmente del aval podrá proceder a su cancelación y liquidación de los gastos, solicitando el oportuno certificado de la entidad de crédito para poder acreditar el daño efectivo.

No obstante, a efectos de fijar el importe indemnizable, no podrán computarse los gastos de mantenimiento del aval por el periodo transcurrido entre el momento en el que el interesado tiene en su poder el aval –o se pone a su disposición por la Administración– y el momento de cancelación mediante su presentación en la entidad de crédito, al no ser tales gastos imputables a la Administración sino a la conducta del propio interesado. En este sentido, cfr. Sentencia como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de abril de 2006.

El segundo de los supuestos tipo que en materia tributaria ha generado la interposición de reclamaciones de responsabilidad patrimonial es el de los desembolsos por honorarios de abogados que han asistido al administrado en vía administrativa y/o económico administrativa.

Inicialmente, la denegación del abono de dichos gastos por la Administración Tributaria se centró en el carácter voluntario y no obligado ni preceptivo de la asistencia de letrado en vía administrativa o económico-administrativa.

Este argumento ha perdido virtualidad tras los pronunciamientos que han entendido que la antijuridicidad de la lesión no desaparece por la circunstancia de que para actuar ante los órganos tributarios de gestión o de revisión no resulte preceptiva la asistencia letrada. Y ello porque, pese a que en la vía administrativa y económico-administrativa no sea obligada la comparecencia mediante un profesional del derecho, la complejidad de los procedimientos tributarios, la dificultad intrínseca de las disposiciones que regulan las distintas figuras impositivas y la especialización de los órganos y de los funcionarios que intervienen en las fases administrativas de gestión y de revisión no sólo aconsejan sino que, en la mayoría de los casos, hacen materialmente imprescindible que los contribuyentes comparezcan asesorados por expertos singularmente preparados para la tarea (STS de 14 de julio de 2008 y Dictamen del Consejo de Estado de 20 de mayo de 2004, expediente 957/04, punto III).

No obstante ello, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 14 de julio de 2008, 1 de diciembre de 2009 y 15 de junio de 2010, viene exigiendo la concurrencia de dos presupuestos para que el daño alegado pueda calificarse como antijurídico, que se concretan en que el acto administrativo anulado fuera no razonable y no razonado. Cabe deducir este criterio de la Sentencia de 14 de julio de 2008, cuando se refiere a la tesis según la cual *“no basta con la mera anulación para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico”*. En dicha Sentencia se señala: *“En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el pago del asesoramiento que ha contratado constituye una lesión antijurídica, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles; esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejercita”*.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011, ha adoptado una posición aún más restrictiva, exigiendo para reconocer la indemnización que el grado de antijuridicidad en la conducta de la Administración sea *“manifiesto”*.

A lo anterior ha de añadirse un matiz subjetivo introducido por la Sentencia de 14 de julio de 2008, que ha razonado acerca de la imposibilidad de equiparar, a los efectos de analizar si el particular queda jurídicamente obligado a hacer frente a la minuta de los profesionales que ha contratado para obtener la razón en la vía administrativa, *“a un sujeto*

*pasivo de un impuesto, persona física, que se relaciona esporádicamente con los órganos tributarios y que, ante un requerimiento, un procedimiento de inspección o una liquidación, se ve obligado a buscar una asistencia letrada ad hoc, con una sociedad, organización compleja, habituada, por su actividad, a entrar en conflicto con la hacienda pública y que, incluso, cuenta en plantilla con profesionales que, llegada la ocasión, intervienen en su defensa o que tiene contratado, en régimen de «igual», un asesoramiento externo».*

## **1.2. Procedimiento de responsabilidad patrimonial. Especialidades en materia de Hacienda.**

En relación con el procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial en materia de Hacienda, existe una importante especialidad, dada la creación mediante Ley 23/2007, de 18 de diciembre, de la Agencia Tributaria de Andalucía, agencia de régimen especial que goza de autonomía propia también en lo relativo a los procedimientos de responsabilidad patrimonial en materia de su competencia (artículo 6 de la LATA).

Es posible pues diferenciar entre la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Consejería de Hacienda y Administración Pública y en el ámbito de la Agencia Tributaria de Andalucía.

Comenzando por el procedimiento relativo a la Consejería de Hacienda, éste lo encontramos regulado en el artículo 4 de la Orden de 26 de noviembre de 2012, por la que se delegan y se atribuyen competencias en diversas materias en órganos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública y de sus entidades instrumentales, modificada por Orden de 28 de julio de 2015.

Según el mismo, la competencia para el inicio e instrucción de los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde al órgano directivo central de la Consejería a cuya actuación se impute la lesión patrimonial, según la estructura fijada en el Decreto 206/2015, de 14 de julio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. No obstante, si la actuación a la que se imputa la lesión se produce en el ámbito de los Servicios Periféricos, la competencia corresponderá a las personas titulares de las Secretarías Generales Provinciales. En uno y otro caso, deberá darse cuenta de la iniciación a la Viceconsejería.

La resolución de estos procedimientos corresponde a la persona titular de la Viceconsejería por delegación del Consejero.

Por su parte, en el ámbito de la Agencia Tributaria de Andalucía, la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde al Área de Asistencia Jurídica y Coordinación Normativa según el apartado 1.4.k) de la Resolución de 22 de diciembre de 2009 del Consejo Rector de la Agencia Tributaria de Andalucía por el que se atribuyen funciones a los órganos y unidades administrativas.

La competencia para resolver corresponde a la persona titular de la Presidencia de la Agencia Tributaria de Andalucía ex artículos 12.2.h) y 41 del Decreto 4/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía.

## **2. ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CONTABLE**

### **2.1. Aproximación al concepto y a la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable.**

La responsabilidad contable puede definirse, en una primera aproximación, como aquella en la que incurren quienes, teniendo a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos e interviniendo dolo, culpa o negligencia graves, originan menoscabo en los mismos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicable a las Entidades del Sector Público.

Así, mientras que en el esquema básico de la responsabilidad patrimonial de la Administración es un particular el que reclama una indemnización a la Administración por un daño sufrido a consecuencia del actuar administrativo, en la responsabilidad contable es la Administración Pública la que exige una indemnización a quien, teniendo a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ocasiona perjuicios económicos en la Hacienda Pública de manera dolosa o gravemente negligente.

A la inversión del esquema propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración se suma una diferencia sustancial entre uno y otro tipo de responsabilidad: mientras la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración está configurada en nuestro ordenamiento jurídico vigente como una responsabilidad de carácter objetivo, la responsabilidad contable está configurada como una responsabilidad subjetiva, puesto que su apreciación exige –entre otros elementos– la concurrencia del elemento subjetivo del dolo o culpa grave.

No obstante, existe un sector doctrinal que ha caracterizado la responsabilidad contable como una variante de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas; responsabilidad patrimonial cuya apreciación sí exige la concurrencia de dolo, negligencia o culpa graves. En particular, el fundamento se hallaría en lo dispuesto en el artículo 145.3 de la Ley 30/1992 (artículo 36.3 de la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), conforme al cual, “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”.

En este sentido, el artículo 145 de la Ley 30/1992 (actual artículo 36 de la Ley 40/2015), tras contemplar la denominada acción de regreso de la Administración (que la habilita para repetir frente al agente o personal que causó el daño al tercero, mediando dolo o

culpa graves), contempla una acción directa para resarcirse del perjuicio sufrido en sus propios bienes o derechos por el actuar doloso o gravemente negligente de sus agentes o autoridades, dictando por sí misma el correspondiente acto administrativo, a través del mismo procedimiento contemplado para la denominada acción de regreso, regulado en los artículos 19 a 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, y cuya resolución pone fin a la vía administrativa.

Conforme a la tesis expuesta, la responsabilidad contable sería una variante de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas exigible a través de la denominada “acción directa” contemplada en el artículo 145.3 de la Ley 30/1992 y en el actual artículo 36.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que viene a sustituir a aquella en este particular, con idéntica redacción.

Sin embargo, dicha tesis encuentra diversos escollos difíciles de soslayar. El primero de ellos es el puramente procedimental, pues mientras que la exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas se lleva a cabo a través del procedimiento administrativo señalado (artículos 19 a 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), la exigencia de la llamada responsabilidad contable, se articula a través de un procedimiento administrativo distinto, contemplado en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y desarrollado, en el ámbito estatal, en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre Expedientes Administrativos de Responsabilidad Contable derivados de infracciones previstas en el Título VII de la mencionada Ley (y, en su caso, en las respectivas Leyes de Hacienda Pública de las Comunidades Autónomas), siempre que se trate de infracciones contables distintas del alcance y la malversación (artículo 176 LGP); o bien mediante procedimiento jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas, tal y como prevén la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Además de la divergencia procedimental, la responsabilidad contable, a diferencia de la responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de la Administración, únicamente surge cuando el daño o menoscabo se ocasiona en los efectos o caudales públicos y además, requiere que la conducta dolosa o culposa del gestor de los fondos públicos sea constitutiva de una infracción de la normativa contable o presupuestaria, requisito de “ilegalidad” no exigido en el actuar administrativo a los efectos de apreciar la responsabilidad patrimonial.

Por otra parte, existen también diferencias relevantes en cuanto a los plazos para el ejercicio de las acciones para exigir una y otra responsabilidad, por cuanto que frente al plazo de caducidad de 1 año desde la producción del daño para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial (artículo 142.5 de la Ley 30/1992, actual artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), la exigencia de responsabilidad contable está sujeta a plazos distintos –de prescripción, y por tanto susceptibles de interrupción y reinicio del

cómputo— distinguiéndose un plazo general de 5 años desde que se hubiesen cometido los hechos, y otros especiales de duración inferior (3 años) según el modo en que se hubiera detectado o declarado la actuación constitutiva de responsabilidad contable.

Estamos hablando, por tanto, de una responsabilidad por daños a determinados recursos de la Administración (los efectos y caudales públicos), que no sólo no recibe el tratamiento general establecido en el artículo 145.3 de la Ley 30/1992 (36.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre), sino que su exigencia en vía administrativa se realiza mediante la tramitación de un expediente administrativo específico y distinto del regulado en el artículo 21 del Real Decreto 429/1993, y cuya depuración, en la mayor parte de los supuestos —los constitutivos de alcance y malversación— se lleva a cabo en vía jurisdiccional ante el Tribunal de Cuentas.

Todo ello nos lleva a sostener que la responsabilidad contable presenta tales peculiaridades en cuanto a régimen jurídico, notas caracterizadoras y procedimiento para su exigencia, que no cabe encuadrarla dentro del concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque en ambos casos se trate de una responsabilidad de índole reparatoria.

Frente a esta tesis, la mayor parte de la doctrina especializada considera que este tipo de responsabilidad jurídica constituye una subespecie de la responsabilidad civil extracontractual derivada del principio general de obligación de indemnizar daños previsto en el artículo 1.902 del Código Civil, y es la tesis que ha tenido mayor reflejo jurisprudencial (Auto del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1993 y Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 10 de marzo de 1995, 26 de febrero de 1998 y 11 de abril de 2013).

Junto a ello, han existido otras teorías que podemos calificar de minoritarias. Así, hay quienes califican la responsabilidad contable como una forma de responsabilidad civil contractual derivada del vínculo jurídico de la rendición de cuentas (Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 14 de noviembre de 2003). Igualmente, en algunas ocasiones la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha señalado que “estamos ante un tipo específico y autónomo de responsabilidad, tanto por su régimen jurídico propio como por sus específicos elementos subjetivos, objetivos y formales” (Sentencias de 21 de noviembre de 1996 y de 12 de junio de 1997).

En cualquier caso, al margen del debate acerca de su naturaleza jurídica, la responsabilidad contable presenta dos características distintivas. Por una parte, por su origen, nace a consecuencia de la gestión de caudales o fondos públicos y su gestación requiere una conducta (acción u omisión) dolosa o gravemente negligente que además entrañe vulneración de la normativa contable o presupuestaria. Por otra parte, por sus efectos, es una responsabilidad de naturaleza estrictamente reparadora y no sancionadora, de modo que es compatible tanto con la exigencia de responsabilidad penal como con la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

## 2.2. Régimen jurídico y elementos de la responsabilidad contable.

El régimen jurídico de la responsabilidad contable resulta de lo dispuesto en el Título VII de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (artículos 176 a 182), si bien dichos preceptos deben ser completados con las previsiones de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas; y ello porque tradicionalmente la responsabilidad contable ha sido definida como contenido de una de las funciones del Tribunal de Cuentas, el enjuiciamiento contable, y por ello sus notas caracterizadoras y régimen jurídico resultan en gran medida de la normativa reguladora de dicho órgano constitucional.

Este régimen jurídico ha de ser completado con el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria, que se aplica cuando la exigencia de responsabilidad contable no se lleva a cabo ante el Tribunal de Cuentas sino ante la propia autoridad administrativa.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía han de tenerse en cuenta las disposiciones del Título VI del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, cuyos artículos 108 a 112 reproducen en gran medida, aunque con ciertos aspectos diferenciales, los preceptos contenidos en el Título VII de la LGP.

Como decíamos, el presupuesto para la exigencia de esta responsabilidad se encuentra, en el ámbito estatal, en el Título VII de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuyo artículo 176 establece que: *“Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta Ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta Ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad, los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder”*.

De manera análoga, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 108 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, dispone: *“1. Las autoridades y el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus agencias, instituciones, sociedades mercantiles del sector público andaluz, así como el de las entidades referidas en el artículo 5, que, por dolo, culpa o negligencia graves, ocasionen menoscabo en los fondos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las disposiciones de esta Ley o de las leyes reguladoras del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control aplicables, estarán obligados a la indemnización de daños y perjuicios, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder”*.

Las características esenciales de la responsabilidad contable pueden ser deducidas de dichos preceptos; sin embargo, han sido los artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, los que han determinado la sistematización de los requisitos de la responsabilidad contable por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas a través de una reiterada doctrina que arranca de su conocida Sentencia de 30 de junio de 1992.

Así, el artículo 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, al establecer la extensión y límites de la jurisdicción contable, dispone: *“1. La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector”*.

Este precepto acota lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, conforme al cual *“El que por acción u omisión contraria a la ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”*.

Partiendo de dichos preceptos y de la doctrina sentada en la interpretación de los mismos, resumida en la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 8/2011, de 21 de julio, se pueden extraer una serie de elementos que caracterizan a la responsabilidad contable frente al resto de responsabilidades.

1. Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.
2. Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.
3. Que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público.
4. Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su concurrencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos por dolo, culpa o negligencia graves.
5. Que el menoscabo sea efectivo e individualizado en relación a determinados caudales o efectos, y evaluable económicamente.

6. Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

Conviene señalar que tales elementos caracterizadores de la responsabilidad contable han sido sistematizados partiendo fundamentalmente de supuestos enjuiciados ante el Tribunal de Cuentas y partiendo de la normativa reguladora de este órgano, por lo que algunos autores entienden que, cuando la exigencia de responsabilidad contable se plantea a través de expediente administrativo de responsabilidad contable, y no ante el Tribunal de Cuentas, tales elementos presentan matices diferenciales, al no entrar en juego propiamente las normas reguladoras de la jurisdicción contable.

A continuación se procede al examen de los elementos que han de concurrir para apreciar la existencia de responsabilidad contable.

A) *Gestión de caudales o efectos públicos.*

En cuanto a este elemento subjetivo, conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y a los artículos 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, el concepto de responsable contable no se ciñe ni equivale necesariamente a los considerados tradicionalmente como “cuentadantes”<sup>1</sup>, es decir, aquellos que tienen el deber formal de presentar las cuentas al Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto de cuentadante, el artículo 138 de la LGP establece:

1. Serán cuentadantes los titulares de las entidades y órganos sujetos a la obligación de rendir cuentas y, en todo caso:

- a) Las autoridades y los funcionarios que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y la realización de gastos, así como las demás operaciones de la Administración General del Estado.
- b) Los titulares de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como los Presidentes de las Juntas Directivas de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y de los órganos equivalentes de sus Entidades y Centros Mancomunados.
- c) Los presidentes o directores de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales y demás entidades del sector público estatal.
- d) Los presidentes del consejo de administración de las sociedades mercantiles estatales.
- e) Los liquidadores de las sociedades mercantiles estatales en proceso de liquidación o los órganos equivalentes que tengan atribuidas las funciones de liquidación en el caso de otras entidades.
- f) Los presidentes del patronato, o quienes tengan atribuidas funciones ejecutivas en las fundaciones del sector público estatal.

2. Los cuentadantes mencionados en el apartado anterior son responsables de la información contable y les corresponde rendir, en los plazos fijados al efecto y debidamente autorizadas, las cuentas que hayan de enviarse al Tribunal de Cuentas.

La responsabilidad de suministrar información veraz en que se concreta la rendición de cuentas es independiente de la responsabilidad contable regulada en el Título VII de esta Ley, en la que incurren quienes adoptaron las resoluciones o realizaron los actos reflejados en dichas cuentas.

3. También deberán rendir cuentas, en la forma que reglamentariamente se establezca, los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, sin perjuicio de que sean intervenidas las respectivas operaciones.

externo autonómico, sino que amplía su ámbito de actuación a “*todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos, sean o no cuentadantes*”.

En este sentido, a efectos de responsabilidad contable, lo esencial para ser sujeto de imputación no consiste en el deber formal de presentar las cuentas, sino en el hecho de que la persona tenga a su cargo el manejo o la custodia de los fondos públicos, esto es, en general, que ostente la condición de gestor de fondos públicos, ya se trate de funcionario, autoridad, u otro tipo de empleado público. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011, al exponer el ámbito subjetivo de los posibles responsables contables, señala que:

*“Definido así el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, la participación en la actividad económico financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos.*

*Hay que poner énfasis en que la responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquella dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber, el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos.*

*Resulta, pues, obligado concluir que sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público”.*

A estos efectos, conviene destacar que la idea de gestión parece llevar aparejada una nota de capacidad de decisión, de suerte que no sería exigible la responsabilidad contable respecto de quienes desarrollan actividades puramente consultivas, esto es, quienes tienen competencia para “opinar”, pero no para “decidir” sobre el destino de bienes o derechos públicos. La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en Sentencia de 29 de septiembre de 1999, aunque reconoce que “estar a cargo de fondos públicos” es compatible con “no tener un manejo directo de los mismos”, deja claro que no es compatible, en cambio, con “no tener capacidad de decisión sobre su uso”.

Mención especial merece la responsabilidad de los interventores y ordenadores de los pagos, respecto de los cuales el artículo 179 de la LGP señala: “*En las condiciones fijadas en los artículos anteriores, están sujetos a la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública*

*estatal o, en su caso, a la respectiva entidad, además de los que adopten la resolución o realicen el acto determinante de aquélla, los interventores en el ejercicio de la función interventora, respecto a los extremos a los que se extiende la misma, y los ordenadores de pago que no hayan salvado su actuación en el respectivo expediente, mediante observación escrita acerca de la improcedencia o ilegalidad del acto o resolución”.*

Por otra parte, conforme a la Sentencia 5/2007, de 24 de abril, resulta indiferente para la exigencia de responsabilidades contables que el gestor cuente con un nombramiento formal que le habilite para el desarrollo de su función sobre los caudales o efectos públicos a su cargo o que ejerza dicha función por delegación de hecho o de derecho o mediante una simple adjudicación de facto.

En cualquier caso, siguiendo con el análisis del elemento subjetivo, debe tenerse en cuenta que el último inciso del artículo 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas extiende el ámbito de su enjuiciamiento contable a aquellos particulares que excepcionalmente realicen dichas funciones de administración, gestión o custodia, quedando incluidos asimismo los perceptores de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector y pudiendo recaer la responsabilidad no sólo en personas físicas sino también en personas jurídicas.

Respecto a la posibilidad de que los perceptores de ayudas o subvenciones públicas incurran en responsabilidad contable cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal de Cuentas 7/2009, de 24 de marzo, en cuyo FD Noveno “in fine” se expone: *“En el presente caso, hay que concluir que nos hallamos ante un daño o menoscabo en los caudales públicos, en concreto en el erario de la Junta de Andalucía, producido por una persona jurídico-privada, la empresa A., S.L., como perceptora de subvenciones procedentes del sector público, y, por tanto, responsable contable de los fondos, según se desprende del artículo 34.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas... [...]”.*

Dicho esto, conviene precisar que si bien la aptitud de los perceptores de subvenciones y ayudas públicas para ser sujetos de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas está pacíficamente admitida, por su expresa mención en el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, sin embargo no existe tal unanimidad cuando se trata de expedientes administrativos de responsabilidad contable sustanciados ante la autoridad administrativa, al menos, por lo que se refiere al ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Y ello porque el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable exigible en vía administrativa definido en la Ley General Presupuestaria o, al menos, el definido en el Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, parece ser más reducido que el de la responsabilidad contable exigible ante el Tribunal de Cuentas, definido en el artículo 49 de su Ley de Funcionamiento.

Así, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía el artículo 109 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, circunscribe esta responsabilidad a “Las autoridades

y el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía” o de cualquiera de las entidades integrantes del Sector Público Andaluz, inclusive consorcios, fundaciones y otras entidades en las que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía; pero no incluye mención expresa alguna a las personas o entidades receptoras de subvenciones o ayudas públicas ni tampoco enumera, entre las infracciones que pueden generar responsabilidad contable (artículo 110), la falta de justificación de los fondos a los que se refiere la Ley de Subvenciones.

En el ámbito estatal, el artículo 176 de la Ley General Presupuestaria también circunscribe esta responsabilidad a las “autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta Ley” sin mencionar expresamente a los perceptores de subvenciones y ayudas públicas; sin embargo, al enumerar en el artículo 178 las infracciones que pueden generar responsabilidad contable sí incluye la conducta consistente en “No justificar la inversión de los fondos a los que se refiere la Ley General de Subvenciones”.

A la vista de lo expuesto cabe preguntarse si en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía es posible considerar que incurren en responsabilidad contable los beneficiarios o perceptores de subvenciones o ayudas públicas por falta de justificación de los fondos a efectos de iniciar un expediente administrativo de responsabilidad contable, por aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley General Presupuestaria, o por el contrario, salvo incoación de actuaciones por el Tribunal de Cuentas, sólo será posible la restitución de los fondos a través del procedimiento administrativo de reintegro, regulado de manera detallada en los artículos 125 y siguientes del mismo Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo.

A favor de la extensión del ámbito subjetivo se ha razonado que, aunque la Ley General Presupuestaria no declara expresamente su carácter de legislación básica, el artículo 149.1.18 de la CE proclama la competencia exclusiva del estado para regular el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, de modo que carecería de sentido la exigencia de las responsabilidades contables por las Administraciones Públicas bajo un régimen sustancial diferente en función de una u otra Comunidad Autónoma.

En contra de dicha tesis se ha invocado, al margen de los argumentos ya sugeridos sobre la falta de carácter básico de la Ley General Presupuestaria, que la supletoriedad del derecho estatal únicamente opera en tanto una materia no sea regulada de manera específica por la Comunidad Autónoma, y en este ámbito sí lo ha sido.

En cualquier caso, la progresiva ampliación del concepto de “alcance” disminuye la repercusión práctica de la cuestión, por cuanto que, de considerarse que la falta de justificación de los fondos es calificable como “alcance” en sentido amplio, la competencia para su enjuiciamiento correspondería en todo caso al Tribunal de Cuentas, a través del correspondiente procedimiento jurisdiccional, en el cual están legitimados pasivamente sin lugar a dudas los perceptores de subvenciones y ayudas públicas.

Para finalizar el examen del ámbito subjetivo de la responsabilidad contable ha de aludirse a la figura del “*extraneus*”, figura que reiteradamente ha quedado fuera del ámbito subjetivo de la responsabilidad contable.

Se trata de terceros que, participando en los hechos que han originado la responsabilidad contable, sin embargo no tienen la condición de gestores de fondos públicos. La figura del “*extraneus*” en el ámbito de la jurisdicción contable ha sido objeto de examen, entre otras, en la Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas 13/2008, de 20 de octubre, que señala que “*no pueden ser responsables contables quienes, pese a haber participado en los hechos generadores del menoscabo en los caudales públicos, no tuvieran la condición de gestores del patrimonio dañado, ya que ello supondría una invasión por la jurisdicción contable de las competencias de otros órdenes jurisdiccionales*”.

En la misma línea, en su Sentencia de 17 de abril de 2008 ya indicó que “*la responsabilidad contable no se identifica, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir frente a la Administración, quienes sin estar vinculados al servicio de la misma, o estándolo pero no teniendo el manejo de bienes o caudales públicos, causen daño a éstos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de «responsabilidad civil frente a la Administración Pública», para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (Sentencia de 7 de junio de 1999)*”.

Recogiendo dicha doctrina, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011, consideró que, sin perjuicio de la responsabilidad civil o de otra naturaleza que pudiera corresponderles, no podían ser sujetos de imputación de responsabilidades contables diversos cargos de una entidad de crédito que, con lucro propio, fueron partícipes en el menoscabo de los fondos públicos junto a quienes sí tenían la condición de cuentadantes y gestores de tales fondos.

#### *B) Vulneración de la normativa presupuestaria o contable y menoscabo de fondos públicos.*

En cuanto al elemento objetivo de la responsabilidad contable, esto es, las conductas o supuestos que la generan, las acciones u omisiones deben entrañar una vulneración de la normativa presupuestaria o contable reguladora del correspondiente sector público, siendo necesario, además, que se produzca un menoscabo en los caudales o fondos públicos; por tanto, no generará responsabilidad contable la infracción de cualquier tipo de norma, sino únicamente la de los ámbitos expresamente señalado.

Antes de examinar las infracciones que pueden generar responsabilidad contable, conviene insistir en que sólo existirá este tipo de responsabilidad en el caso de que exista

un daño o perjuicio efectivo. Si sólo se da una antijuridicidad formal, en el sentido de infracción de la normativa presupuestaria o contable, pero falta la antijuridicidad material, es decir, la producción de un menoscabo en los caudales o efectos públicos, entonces no habrá lugar a que se declare la responsabilidad contable.

El Tribunal de Cuentas, en su Sentencia 16/2010, de 8 de septiembre, afirma que “el daño o menoscabo en los fondos públicos se ocasiona cuando se produce una salida injustificada de bienes o dinero público, o cuando la Hacienda Pública deja de percibir un ingreso debido; en tales casos el patrimonio público disminuye o no se ve incrementado como debía y esa disminución patrimonial o falta de incremento debido debe ser reparada por el gestor de los fondos públicos que, con su actuación ilegal y culpable, haya ocasionado el menoscabo” Y en la Sentencia 20/2009, de 29 de septiembre, declara: “El daño determinante de responsabilidad contable debe ser económico, real y efectivo”.

Añade el Tribunal que para declarar la existencia de responsabilidad contable no basta la expectativa o presunción de que como consecuencia de una determinada acción u omisión del gestor de los fondos públicos se producirá probablemente un daño. Y con fundamento en el carácter reparador de la responsabilidad contable dice: “*En los casos de pagos sin justificación parece claro que hasta que el dinero público no haya salido de las arcas públicas el daño no se ha ocasionado, y en el caso de derechos de crédito o ingresos, hasta que ese derecho de crédito no resulte incobrable por prescripción no se produce daño alguno efectivo para la Hacienda Pública*”. La conclusión es que necesariamente ha de concurrir un daño cierto y que en tanto no se ha producido una disminución patrimonial injustificada no existe quebranto patrimonial alguno que indemnizar.

Asimismo, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas se ha añadido que los daños de imagen o prestigio o la pérdida de meras ilusiones de posibles beneficios futuros no constituyen un menoscabo real, efectivo y económicamente evaluable a los efectos de la eventual exigencia de responsabilidad contable.

Dicho esto, en cuanto a las conductas que pueden generar responsabilidad contable, en el ámbito estatal aparecen enumeradas, sin carácter de *numerus clausus*, en el artículo 177 de la LGP y son las siguientes:

- a)** *Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.*
- b)** *Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.*
- c)** *Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta Ley o en la de Presupuestos que sea aplicable.*
- d)** *Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta Ley.*

- e)** *No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de esta Ley –anticipos de caja fija o fondos librados con el carácter de «a justificar»– y la Ley General de Subvenciones.*
- f)** *Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta Ley, cuando concurren los supuestos establecidos en el artículo 176 de esta Ley”.*

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía el *artículo 109* del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, reproduce en gran medida lo dispuesto en el artículo 177 de la LGP, si bien, como ya se adelantó, mientras que la norma estatal alude de manera expresa a la falta de justificación de los fondos a los que se refiere la Ley General de Subvenciones, la normativa autonómica omite dicha referencia de manera expresa. Nos remitimos sobre el particular a lo expuesto al tratar el elemento subjetivo de la responsabilidad contable.

El artículo 109 del TRLGHPCAA señala: “*Constituyen infracciones, según determina el artículo anterior:*

- a)** *Incurrir en alcance o malversación en la administración de los fondos de la Junta de Andalucía.*
- b)** *Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda de la Junta de Andalucía sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación e ingreso en la Tesorería.*
- c)** *Comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlo o con infracción de lo dispuesto en la presente Ley o en la del Presupuesto que sea aplicable.*
- d)** *Dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendadas.*
- e)** *No rendir las cuentas reglamentarias exigidas, rendirlas con notable retraso o presentarlas con graves defectos.*
- f)** *No justificar la inversión de los fondos a que se refiere el artículo 56”.*

Los supuestos más comunes de responsabilidad contable son los de alcance y malversación, pues en ambos el menoscabo de los caudales o efectos públicos es consustancial a la infracción misma. La responsabilidad será exigida en estos supuestos por el Tribunal de Cuentas, mediante el oportuno procedimiento de reintegro por alcance de conformidad con lo establecido en la legislación específica, a diferencia del resto de los supuestos, en que se permite la tramitación de expedientes administrativos para su depuración (artículo 180 LGP y artículo 111 TRLGHPCAA).

No obstante, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha relativizado en ocasiones el requisito de la exigencia de la vulneración de la normativa presupuestaria o contable reguladora del correspondiente sector público. Así, en su Sentencia 19/2012, de 8 de noviembre, concluye que no es requisito para la existencia de responsabilidad contable

*“que se haya producido una vulneración de un precepto específico en la Ley General Presupuestaria o en las leyes presupuestarias anuales, pues ello no lo exige el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Es más, como sucede en las presentes actuaciones, basta que exista un saldo deudor no justificado, esto es, un alcance (artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) para entender vulnerada la normativa presupuestaria aplicable”.*

A efectos de responsabilidad contable se entiende por alcance *“el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos”* (artículo 72.1 de la LFTC). Por tanto, se produce alcance cuando el encargado del manejo o custodia de fondos es incapaz de explicar con la mínima e imprescindible actividad probatoria la inversión, el empleo o el destino dado a los caudales públicos, no pudiendo justificar un saldo deudor en las cuentas encomendadas, con independencia de que el mismo se haya apropiado o no de su importe.

El Tribunal de Cuentas ha enjuiciado supuestos que, en sentido estricto, podían ser encuadrables en otro tipo de infracción de la normativa presupuestaria o contable a través de su reconducción al concepto de alcance, al haberse apreciado la existencia del mismo resultado: la desaparición injustificada de caudales públicos, o la falta de justificación del destino dado a los mismos.

En cuanto a la malversación, conforme al artículo 72.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, *“se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo”.*

Nótese que el concepto de malversación expuesto conlleva un supuesto de alcance, si bien no todo alcance entraña malversación. En cualquier caso, el concepto de malversación a efectos de responsabilidad contable no coincide exactamente con el de malversación a efectos penales. El principal elemento distintivo es el ánimo de lucro. A efectos penales el artículo 432 del Código Penal exige la concurrencia de ánimo de lucro en quien sustrae o consiente que otro sustraiga. Sin embargo, a efectos de responsabilidad contable no se exige; así, el gestor de fondos públicos incurrirá en responsabilidad contable por malversación cuando, aún no teniendo ánimo lucrativo, consiente que se sustraigan fondos públicos para aplicarlos a usos ajenos (aunque sea a favor de un tercero que tampoco tenga ánimo lucrativo, como fundaciones o entidades privadas benéficas). En tales supuestos, aún cuando no cometa delito de malversación, sí puede incurrir en responsabilidad contable y obligación de reparar el daño.

Sin embargo, se viene entendiendo que no existirá malversación a efectos de responsabilidad contable cuando se da a los caudales públicos un destino de naturaleza también pública aunque distinto del asignado originariamente.

### C) *Concurrencia de dolo o culpa grave.*

Finalmente resta por examinar el elemento subjetivo del dolo, culpa o negligencia grave. Así, la responsabilidad contable no es una responsabilidad objetiva, sino que sólo surge y resulta exigible cuando en la conducta enjuiciada se aprecia dolo o una negligencia cualificada.

El dolo supone la conciencia y la voluntad de producir un menoscabo en los caudales y efectos públicos.

La culpa grave o negligencia cualificada plantea mayores problemas en cuanto a su determinación. En lo que a este elemento se refiere, el Fundamento Séptimo de la Sentencia 19/2010, de 5 de octubre, razona (citando la de 16 de enero de 2007), que *“en el ámbito contable hay que partir de que la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es, al menos, la que correspondería a un buen padre de familia, a la que se refiere el artículo 1.104 del Código Civil en su segundo apartado, si bien debe tenerse en cuenta que la obligación de rendición de cuentas, que incumbe a todo gestor de fondos públicos, deriva de una relación jurídica de gestión de fondos ajenos, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, por lo que debe exigirse una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta generadora de daños y perjuicios que puede considerarse socialmente reprochable”*.

Al respecto, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ha determinado que negligente es el que no prevé pudiendo hacerlo, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el daño (Sentencia 7/2007, de 25 de abril); no obstante mantiene que la diferencia entre la negligencia grave y leve debe hacerse atendiendo al caso concreto, en función del juicio de previsibilidad que se realice, que tendrá en cuenta circunstancias personales de tiempo y lugar del agente, sector del tráfico o entorno físico y social sobre el que se proyecte la conducta, siendo exigible a los gestores públicos una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones (Sentencia 1/2007, de 16 de febrero), incluso requiriendo del gestor el agotamiento de la diligencia exigible.

En este sentido, no sirve como causa de exoneración de la responsabilidad contable alegar deficiencias organizativas, más bien al contrario, pues dichas deficiencias refuerzan, para el Tribunal de Cuentas, el deber de diligencia del gestor público (cfr. Sentencia de la Sala de Apelación 5/2008, de 1 de abril). Ni siquiera la culpa o negligencia graves se eliminan con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para evitar el riesgo, siendo preciso lo que se ha denominado “agotar” la diligencia (cfr. Sentencia de la Sala de Justicia 4/2006, de 29 de marzo).

Conviene destacar que la apreciación de dolo o de negligencia grave en la conducta del gestor no es indiferente a efectos de la extensión del deber de reparación. Así, el artículo 178 de la LGP distingue la extensión de las responsabilidades exigibles a título de dolo,

que alcanzará “a todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la resolución adoptada con infracción de esta Ley”, de la extensión de las correspondientes a la culpa grave, que se concretan “solo” en “los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del acto o resolución ilegal”.

Para finalizar la exposición de los elementos que determinan la concurrencia y exigibilidad de responsabilidad contable, ha de hacerse alusión a la jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (entre otras, Sentencia 9/2004, de 4 de marzo, 9/2005, de 17 de junio, o la 1/2007, de 16 de enero) que, a efectos de acreditar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad contable, la ilegalidad de la conducta enjuiciada y la concurrencia de menoscabo patrimonial en las arcas públicas, atribuye a los Informes de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, así como a los Informes de los órganos de control externo autonómicos, una eficacia probatoria cualificada.

Las principales conclusiones de esta doctrina jurisdiccional están incorporadas al FJ Quinto de la Sentencia de 24 de julio de 2014, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que en relación con el valor probatorio de tales informes señala:

*“Los Informes de Fiscalización son medios de prueba cualificados, cuya eficacia se debe considerar especialmente relevante por razón de su autoría (entidades públicas especializadas del mayor rango institucional), de sus destinatarios (principalmente los Parlamentos y la Sociedad), y por su elaboración y razón de ciencia (son el resultado de un procedimiento normado en el que intervienen especialistas expertos en auditoría del Sector Público). Dichos Informes no vinculan a los órganos jurisdiccionales, que pueden resolver apartándose de ellos motivadamente, a la vista de las demás pruebas practicadas en el proceso. Estos informes serán valorados en juicio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.*

### **2.3. Clases de responsabilidad contable y su transmisibilidad.**

La responsabilidad contable puede ser directa o subsidiaria (artículo 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas).

Serán responsables directos los que hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución (artículo 42.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas).

Son responsables subsidiarios aquellos que por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las leyes o reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas (artículo 43.1 de la Ley Orgánica).

En la responsabilidad directa se comprenden todos los supuestos de autoría más aquellos otros de participación dolosa, necesaria o no necesaria, en la ejecución de la infracción contable (inducción, complicidad y encubrimiento).

La responsabilidad subsidiaria queda limitada a los casos de participación necesaria no dolosa, es decir, a todos aquellos supuestos en los que –por culpa o negligencia graves– se favorece la ejecución de la acción u omisión constitutiva de la infracción contable, de manera tal que si no se hubiera dado esa conducta la infracción se habría evitado.

La responsabilidad subsidiaria presenta una peculiaridad, frente a la directa: se incurre en ella a consecuencia de un defectuoso cumplimiento de obligaciones expresamente atribuidas por leyes o reglamentos, que no necesariamente han de merecer la calificación de normas contables y presupuestarias, pues aquí lo esencial es que atribuyan expresamente obligaciones. Así, en muchos casos, dichas obligaciones están atribuidas en leyes o reglamentos de función pública o de organización, en la medida en que definen el contenido de funciones y responsabilidades propio de un cargo público o de un puesto de trabajo.

Finalmente debemos señalar, como lo hace el artículo 38.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, que la responsabilidad subsidiaria es una responsabilidad secundaria, y por ello únicamente puede exigirse cuando no se haya podido hacer efectiva la responsabilidad directa; en este sentido no es posible legalmente declarar responsabilidades subsidiarias, si previamente no se ha declarado la responsabilidad contable directa.

#### *La transmisibilidad a los herederos.*

Conforme al artículo 38.5 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, las responsabilidades directas y subsidiarias se transmiten a los causahabientes de los responsables por la aceptación de la herencia en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma; en coherencia con ello, el artículo 55.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas considera legitimados pasivos ante la Jurisdicción Contable a los presuntos responsables, a sus causahabientes y a cuantos se consideren perjudicados por el proceso.

El principal problema interpretativo que ha planteado dicho precepto ha consistido en determinar si cabe la transmisión de la responsabilidad antes de que la misma haya sido declarada en una sentencia firme.

La línea dominante entre las resoluciones de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en esta materia sostiene la transmisibilidad de la propia responsabilidad contable y no meramente la de la deuda declarada ya por sentencia. Dicha interpretación tiene apoyo en el Auto del Tribunal Constitucional 371/1993, de 16 de diciembre y parece ser la mantenida en la doctrina más reciente de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, contenida en sus Sentencias 15/2007, de 24 de julio, 18/2012, de 8 de noviembre, 9/2013, de 7 de marzo y 11/2013, de 11 de abril.

Estas resoluciones parten de la imposibilidad de transmitir por muerte las obligaciones de carácter personalísimo, pero con base en la naturaleza jurídica de la responsabilidad contable como una especie de la responsabilidad civil –y no penal– de contenido patrimonial, económico y puramente resarcitorio, consistente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al erario público, mantienen la plena transmisibilidad a los causahabientes, añadiendo la Sentencia 11/2013, de 11 de abril, que *“ningún reproche ha de merecer tampoco el que, producida ope legis la transmisión a consecuencia de la aceptación voluntaria, la declaración de responsabilidad tenga lugar, en su caso, con posterioridad a la muerte del causante”*.

Como consecuencia de ello, se afirma que, aceptada la herencia, los herederos suceden al causante hasta el importe líquido de la herencia en la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados al erario público como consecuencia del manejo de esos caudales públicos, ostentando la condición de legitimados pasivos en el procedimiento jurisdiccional contable, y siendo indiferente que dicha aceptación se hubiese producido antes del inicio del procedimiento jurisdiccional contable.

No obstante, conforme a las Sentencias citadas, la extensión de la responsabilidad contable derivada del artículo 38.5 queda circunscrita a la cuantía a que ascienda el importe líquido de la herencia aceptada, de suerte que se concibe el inciso final del artículo 38.5 como equivalente al establecimiento legal de un beneficio de inventario en el marco de la responsabilidad contable.

Existe sin embargo una corriente doctrinal minoritaria que estima más adecuado a la literalidad del precepto entender que el artículo 38.5 sólo establece una restricción al importe de la responsabilidad transmitida, pero no una presunción de aceptación a beneficio de inventario, de suerte que el reintegro y abono de intereses no necesariamente han de realizarse con cargo a los bienes y derechos procedentes del causante.

#### **2.4. Plazos de prescripción de la responsabilidad contable.**

La prescripción de la responsabilidad contable se encuentra regulada en la disposición adicional tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En ella se contempla un plazo general de cinco años (apartado primero) y dos plazos que se podrían considerar como especiales: uno de tres años (apartado segundo) y otro de quince (apartado cuarto).

En tal sentido se pronuncia la Sentencia 11/1997, de 24 de julio, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (FJ Tercero), que señala: *“...la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en su disposición adicional tercera, establece un plazo general de prescripción de las responsabilidades contables –apartado 1– de cinco años cuyo cómputo se inicia «...desde la fecha en que se hubieren cometido los hechos...» y otros dos plazos, que podríamos denominar especiales, que están referidos,*

*de un lado, a las responsabilidades contables «detectadas» en cualquier procedimiento fiscalizador y las «dictadas» por sentencia firme, en cuyo caso –apartado 2– el plazo es de «tres años contados desde la fecha de terminación del examen o procedimiento correspondiente o desde que la sentencia quedó firme». De otro lado, el apartado 4 establece, para las responsabilidades contables derivadas de hechos constitutivos de delito, los mismos plazos que para las civiles, lo que supone la aplicación del artículo 1.964 del Código Civil”.*

Por su parte, la interrupción de la prescripción se recoge en el apartado tercero de la citada disposición adicional, con el siguiente tenor literal: *“El plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad”.*

Por lo que se refiere a la necesidad o no del conocimiento formal de los hechos interruptivos de la prescripción por parte del interesado para que opere la interrupción, interesa señalar que tal requisito, si bien no está establecido en la citada disposición adicional tercera, venía siendo exigido por el Tribunal de Cuentas precisamente para no causar indefensión al interesado, por aplicación supletoria, tanto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como de la Ley General Tributaria.

Sin embargo, la moderna doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, recogida en sus Sentencias de 23 de julio de 2007, 31 de marzo y 11 de mayo de 2009, rechazan la necesidad del conocimiento formal del inicio del procedimiento fiscalizador para que este alcance efectos interruptivos.

Así, la reciente Sentencia de 24 de julio de 2014, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, resolviendo Recurso de apelación 8/2014, formulado contra la Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2013, dictada en procedimiento de reintegro por alcance contra el Director Gerente de una Fundación Pública a consecuencia del abono de facturas careciendo del respaldo contractual necesario (al exceder del importe adjudicado), señala en su FJ Cuarto:

*“La cuestión de si es o no jurídicamente exigible el conocimiento formal del acto, por el interesado, para que despliegue sus efectos interruptivos del plazo de prescripción, ha sido controvertida en el ámbito de la Jurisdicción Contable y ha dado lugar a una evolución razonada de la Jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas. Tiene razón el apelante en este punto. Sin embargo, lo cierto es que en los últimos años se ha establecido de manera uniforme y unánime, por dicha Sala de Justicia, el criterio de que el inicio de una fiscalización interrumpe el plazo de prescripción de la responsabilidad contable, aun cuando dicha actuación no haya sido objeto de comunicación formal al interesado.*

Así se recoge en Sentencias, del aludido Órgano de la Jurisdicción Contable, entre otras, 6/2013, de 7 de marzo, 16/2010, de 8 de septiembre, 12/2011, de 20 de julio, 15/2008, de 1 de diciembre, y 16/2012, de 17 de julio.

Este mismo criterio ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en Sentencias de su Sala Tercera, entre otras, de 3 de enero de 2011, 30 de junio de 2011 y 2 de marzo de 2012”.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 2012, señala sobre el particular:

*“En este punto, sobre la exigencia del conocimiento formal por los interesados de la iniciación de alguno de los procedimientos a los que la disposición adicional tercera de la Ley 7/1988, vincula la interrupción del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad por alcance de los administradores de fondos públicos ya se ha pronunciado esta Sala, como hemos subrayado, en las Sentencias de 29 de septiembre de 2010, 3 de diciembre de 2010, y 30 de junio de 2011, ya que la finalidad del procedimiento fiscalizador no es la de detectar hechos generadores de responsabilidad contable, ni, consiguientemente, se dirige contra nadie en concreto, sino simplemente, la de poner en conocimiento de las Cortes Generales o, en su caso, otros órganos públicos, la fiscalización de una entidad pública. Esta especial naturaleza de la función fiscalizadora es la que lleva a la Sala de instancia a diferenciar el procedimiento fiscalizador de los procedimientos tributario y presupuestario en los que la Ley General Tributaria y la Ley General Presupuestaria exigen el conocimiento formal del interesado y, en consecuencia, a la inexigibilidad de su puesta en conocimiento a los particulares toda vez que la responsabilidad contable tiene naturaleza reparatoria y no propiamente sancionadora”.*

## **2.5. Procedimiento.**

En el ámbito de la responsabilidad contable debemos partir de la distinción de dos procedimientos, uno de carácter jurisdiccional, ante el Tribunal de Cuentas, y otro de carácter administrativo que se tramita y resuelve por los propios órganos administrativos, sin perjuicio de la posibilidad de recurso ante el Tribunal de Cuentas, así como de la posibilidad de que aquél avoque para sí en cualquier momento el conocimiento del asunto.

La delimitación del órgano y procedimiento competentes para conocer de la responsabilidad contable se basa en un elemento objetivo, esto es, la conducta infractora objeto del mismo.

Para ello, debemos partir, en nuestra Comunidad Autónoma, del artículo 111 TRLGHJA según el cual:

*“Sin perjuicio de las competencias de la Cámara de Cuentas, en los supuestos de los apartados a) y e) del artículo 109, la responsabilidad será exigida por el Tribunal de Cuentas de conformidad con lo establecido en su legislación específica.*

*En los demás supuestos del artículo 109, la responsabilidad será exigida mediante procedimiento administrativo instruido a la persona interesada, en la forma que reglamentariamente se determine, sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas a los efectos prevenidos en el artículo 41.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas”.*

Podemos por tanto diferenciar:

#### A) *Procedimiento ante el Tribunal de Cuentas.*

Este procedimiento será de aplicación al enjuiciamiento de las conductas que presenten los caracteres de las infracciones de los apartados a) y e) del artículo 109 TRLGHPJA, esto es: incurrir en alcance o malversación en la administración de los fondos de la Junta de Andalucía; y no rendir las cuentas reglamentarias exigidas, rendirlas con notable retraso o presentarlas con graves defectos.

En estos casos, habrá que estar a la normativa propia del Tribunal de Cuentas, contenida en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y especialmente en la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, a cuya regulación nos remitimos en cuanto a la regulación del procedimiento, dado el alcance limitado de esta obra.

No obstante, conviene destacar que conforme al artículo 26. Tres de la LOTC, el Tribunal de Cuentas puede delegar la instrucción del enjuiciamiento en la Cámara de Cuentas de Andalucía, regulada en la Ley 1/1988, de 17 de marzo, de la Cámara de Cuentas de Andalucía, y en su Reglamento de Organización y Funcionamiento, de 28 de diciembre de 2011. No obstante, la intervención de la Cámara de Cuentas de Andalucía queda circunscrita a la instrucción de las diligencias que le sean delegadas por el Tribunal de Cuentas, pero –huelga decirlo– no alcanza a la resolución, pues la función de enjuiciamiento contable, a diferencia de la fiscalización, es función exclusiva del Tribunal de Cuentas, que es único en su orden (artículo 136 de la CE).

En cualquier caso, el artículo 62 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Cámara de Cuentas prevé la posibilidad de que el Pleno de la Cámara solicite dicha delegación del Tribunal de Cuentas, y en aquellos supuestos en que la delegación sea solicitada por iniciativa del Tribunal de Cuentas, se necesita la aceptación de la Cámara de Cuentas mediante el correspondiente acuerdo.

En cualquier caso, cabe señalar que existen dos tipos de procedimientos ante el Tribunal de Cuentas: el procedimiento de reintegro por alcance, cuando se enjuician supuestos de

alcance o malversación, y el denominado juicio de cuentas, tramitación aplicable para el enjuiciamiento del resto de infracciones contables.

Están legitimados activamente ante el Tribunal de Cuentas no sólo la Administración perjudicada sino también el Ministerio Fiscal, reconociéndose, inclusive, el ejercicio de la acción pública, la cual pese a su carácter innovador, ha tenido escaso alcance práctico.

En cualquier caso, las Sentencias dictadas por el Tribunal de Cuentas son recurribles ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en vía de recurso de casación o de revisión de sentencias firmes, debiendo a tal efecto integrarse los respectivos preceptos de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas con los de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que tiene carácter supletorio.

#### *B) Procedimiento Administrativo.*

El mismo será de aplicación en los restantes supuestos del artículo 109: administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda de la Junta de Andalucía sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación e ingreso en la Tesorería; comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlo o con infracción de lo dispuesto en la presente Ley o en la del Presupuesto que sea aplicable; dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendadas; no justificar la inversión de los fondos a que se refiere el artículo 56.

En estos casos la tramitación del procedimiento administrativo se ajustará a lo dispuesto en los artículos 110 a 112 del TRLGHPJA, si bien, dada la ausencia de desarrollo reglamentario y en tanto el mismo se produce, entendemos de aplicación supletoria el procedimiento regulado en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, por el que se regulan los expedientes administrativos de responsabilidad contable.

Conforme al artículo 111 TRLGHPJA, han de diferenciarse dos supuestos:

1. Si el procedimiento se sigue contra persona que tenga la condición de autoridad de la Junta de Andalucía, la competencia para la incoación, instrucción y resolución corresponde al Consejo de Gobierno.
2. Si por el contrario, no tiene tal condición, la competencia corresponde a la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, la competencia para la iniciación, nombramiento de la persona instructora y resolución se halla delegada en la persona titular de la Viceconsejería conforme al artículo 9 de la Orden de 26 de diciembre de 2012, por la que se delega y se atribuyen competencias en diversas materias en órganos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública y de sus entidades instrumentales, modificada a su vez por Orden de 28 de julio de 2015.

En ambos casos debe tenerse en cuenta que el procedimiento deberá tramitarse con audiencia del interesado –artículo 111.3 TRLGHJA–, deberá darse cuenta inmediatamente de su iniciación al Tribunal de Cuentas –artículo 41 LOTCu–, que podrá recabar en cualquier momento su conocimiento –artículo 3.9 de la LFTCu–, siendo las resoluciones que se dicten en tales procedimientos administrativos susceptibles de recurso ante aquél –artículo 41.2 LOTCu–.

Como diferencia con el régimen estatal, podemos señalar que, tanto el artículo 180 LGP como el artículo 11 del Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre Expedientes administrativos de responsabilidad contable prevén expresamente informe del Servicio Jurídico del Estado, trámite no recogido en la normativa andaluza.

### 3. OTROS SUPUESTOS

Dentro de este apartado cabe incluir los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños causados como consecuencia del pago de tributos o gravámenes posteriormente declarados inconstitucionales.

Sin perjuicio del examen de estos supuestos en el apartado correspondiente a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador de esta misma obra, entre todos ellos merece especial mención el relativo al gravamen complementario de la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar creado por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, declarado inconstitucional por la Sentencia 173/1996, de 31 de octubre, del Pleno del Tribunal Constitucional.

Tras aquella declaración de inconstitucionalidad se sucedieron las reclamaciones de responsabilidad patrimonial para obtener los daños y perjuicios causados por el abono del gravamen complementario, dando lugar a que por el Tribunal Supremo se reconociera el derecho de los contribuyentes que habían ingresado en las arcas públicas las cuotas correspondientes al pago del gravamen complementario de máquinas tipo B en cumplimiento del artículo 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, a ser indemnizados por la Administración del Estado. Y ello sobre la base de la antijuridicidad del daño, ya que *“el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes– quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la ley vulnera la Constitución, evidentemente el poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar”*.

Uno de los aspectos objeto de debate jurídico fue el cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización derivada de la aplicación del gravamen tributario a la postre declarado inconstitucional. El Tribunal Supremo precisó inicialmente que el *dies a quo* del cómputo, siguiendo la teoría de la *actio nata* tan consolidada en nuestra doctrina,

sería la de la fecha de publicación de la Sentencia 173/1996, de 31 de octubre, del Pleno del Tribunal Constitucional.

Con posterioridad, no obstante, se introdujeron diversas modulaciones en cuanto al plazo de prescripción, distinguiéndose en la STS de 24 de abril de 2012 los siguientes supuestos: *“a) los particulares que recurrieron en su día los actos de liquidación tributaria, tenían un año para ejercitar la acción administrativa de responsabilidad patrimonial a partir de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, salvo que la firmeza de los actos tributarios se hubiera producido con posterioridad, computándose en este caso el plazo anual a partir de dicha firmeza; b) los administrados que ejercitaran directamente una reclamación de responsabilidad patrimonial tras la publicación de la STC 173/1996, contarán con el plazo de un año a partir de la publicación de ésta para entablar tal acción; c) los contribuyentes que formularan reclamación de devolución de ingresos indebidos dentro del plazo previsto en su normativa reguladora, tendrían el plazo de un año para reclamar una indemnización por responsabilidad patrimonial a contar desde la firmeza de la desestimación de la solicitud de devolución (en dicho sentido, las Sentencias de esta Sala de 3 de junio de 2004, de 27 de septiembre de 2005 y de 11 de diciembre de 2009) y d) finalmente, la formulación de una solicitud de revisión de oficio posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional, sólo interrumpiría el plazo de un año de prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial, en caso de haber sido formalizada dentro del mismo, a computar desde la fecha de publicación de la sentencia de inconstitucionalidad”*.

En la actualidad, los apartados 3 a 6 del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, han abordado expresamente y con mayor detalle los supuestos de responsabilidad del estado legislador y concretamente los casos de daños que deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, y los que deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, fijando una serie de requisitos o condiciones para el reconocimiento, entre ellos *“haber 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 o infracción del Derecho de la Unión europea posteriormente declarada”*.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 34.1 de la citada Ley 40/2015 ha fijado límites temporales para acotar los daños indemnizables.

En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 *in fine* de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, parece zanjar la cuestión al establecer: *“En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea”*.

En cualquier caso, nos remitimos al estudio que sobre la responsabilidad del estado legislador se lleva a cabo, con mayor detalle, en el epígrafe específico de esta obra.



## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## V. ADMINISTRACIÓN Y FUNCIÓN PÚBLICA

Por Joaquín Gallardo Gutiérrez

### 1. PLANTEAMIENTO

La responsabilidad patrimonial en materia de administración y función pública es una materia que, aún derivando indisolublemente de la responsabilidad patrimonial de carácter general con la que comparte los aspectos sustanciales, goza de ciertas peculiaridades que la hacen merecedora de un tratamiento propio e individualizado.

Así, la cada vez mayor complejidad de la organización administrativa, en la que se diferencia personal sujeto a distinto régimen jurídico, en muchas ocasiones con intereses contrapuestos, y la mayor judicialización de la actividad pública, determinan que nos encontremos ante una materia en auge, en la que cada vez se plantean mayores y más complejos problemas.

Dicho esto, se hace necesario, delimitar el objeto de la responsabilidad patrimonial en materia de administración y función pública, para lo cual, es posible diferenciar entre el ámbito subjetivo y el objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, la primera cuestión que se nos plantea es, ¿Quién puede acudir al instituto de la responsabilidad patrimonial para ser indemnizado por los

daños que sufra por el funcionamiento del servicio público? ¿Basta la condición genérica de administrado o es necesario una condición específica? ¿Y aún más, puede aquél que se encuentra ligado por relación funcionarial o laboral con la Administración acudir a este instituto para ser indemnizado como consecuencia de los daños y perjuicios que sufra como consecuencia del propio servicio al que se haya unido? Debe recordarse que, tanto el artículo 106.2 CE como el artículo 139 LRJ-PAC (artículo 32.1 de la nueva LRJSP) refieren expresamente que *“los particulares tendrán derecho a ser indemnizados”*. Teniendo en cuenta la dicción literal del precepto, primer criterio interpretativo de las normas ex artículo 3.C.c, no puede sino entenderse que, las indemnizaciones en el seno de relaciones jurídicas específicas, como la funcionarial, se definen y sustancian bajo el régimen propio de esas relaciones, siendo la responsabilidad patrimonial un instituto extraño y ajeno a la misma (véase Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 21-07-1988; de 02-03-1990 y de 14-04-1994), de modo que, en estos casos, el perjudicado deberá acudir a los procedimientos específicos regulados en la normativa de aplicación.

Ello se ve corroborado, tanto por el artículo 28 del TRLEBEP, como por el artículo 46.4 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de la Función Pública de Andalucía, según los cuales *“los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio”*.

Sin embargo, esta idea que *“prima facie”* puede ser clara y no dejar lugar a dudas, debe ser matizada, y así, tanto el Consejo de Estado (véase Dictamen de 17 de abril de 1997), como el Consejo Consultivo de Andalucía (véase Dictamen de 18 de noviembre de 2008) han venido distinguiendo dos supuestos:

1) Los daños sufridos por los funcionarios con ocasión del cumplimiento de sus funciones pero causados por un tercero.

En estos casos, aunque el daño se produce con ocasión del desarrollo de la relación funcionarial, la causa determinante del mismo es ajena a la propia organización y funcionamiento del servicio público, lo que conlleva una externalización del propio daño o perjuicio.

2) Los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio. En estos casos, el daño no solamente se produce con ocasión del servicio, sino como consecuencia directa de su desarrollo.

En el primero de los supuestos, entienden los órganos consultivos que el funcionario debe de acudir al régimen de indemnizaciones previstos en la legislación funcionarial, poniendo en marcha en cada caso el concreto procedimiento regulado en la materia, no siendo procedente acudir al instituto de la responsabilidad patrimonial.

Por el contrario, en el segundo supuesto sí es plenamente aplicable el instituto de la responsabilidad patrimonial, de modo que el funcionario puede acudir al procedimiento regulado en los artículos 139 y siguientes LRJ-PAC (Título IV de la nueva LPACAP).

No obstante, como toda regla con cierta vocación de generalidad, la misma encuentra excepciones, y así sólo se aplica el régimen general de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por los funcionarios públicos cuando no exista régimen específico que permita la indemnización de los daños sufridos, pues cuando exista éste régimen determinado específicamente, habrá que acudir inexorablemente al mismo. Especialmente representativo a estos efectos es el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de julio de 1993, en el que de forma expresa se afirma que, los daños sufridos por los servidores públicos sólo pueden ser reparados con fundamento en el instituto de la responsabilidad patrimonial, cuando no exista regulación específica, o cuando, aún existiendo tal régimen específico, su aplicación no repare integralmente los daños causados.

Desde el punto de vista objetivo, la responsabilidad patrimonial en materia de administración y función pública abarca todo su ámbito competencial, tanto en la vertiente de organización administrativa como en la de empleo público. En particular, en Andalucía, la actual Consejería de Hacienda y Administración Pública, tiene atribuidas en ésta materia las competencias relativas a la organización y planificación del sector público de la Junta de Andalucía, inspección de servicios y programas para la evaluación y calidad de la Administración autonómica, política informática de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades, empleo público, formación de empleados públicos, etcétera<sup>1</sup>.

## 2. PROCEDIMIENTO

Procedimentalmente hablando, la responsabilidad patrimonial en el ámbito de Administración y Función Pública también presenta peculiaridades.

El punto de partida, debe estar constituido por las reglas generales sobre competencia ya estudiadas. A partir de ahí, la normativa específica diferencia claramente entre responsabilidad patrimonial en materia de Administración Pública y en materia de Función Pública.

En el ámbito de Administración Pública, el artículo 4 Orden de 26 de noviembre de 2012, por la que se delegan y se atribuyen competencias en diversas materias en órganos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública y de sus entidades instrumentales, atribuye el inicio e instrucción de los procedimientos de responsabilidad patrimonial al órgano directivo central de la Consejería a cuya actuación se impute la lesión patrimonial. No obstante, si la lesión se produce en el ámbito de los Servicios Periféricos de la Consejería, la competencia para el inicio e instrucción se atribuye a las personas titulares de las Secretarías Generales Provinciales. Tanto en uno como en otro caso, la norma contempla

---

<sup>1</sup> Las competencias de la Consejería de Hacienda y Administración Pública se encuentran actualmente reguladas en el Decreto 206/2015, de 14 de julio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

expresamente que deba darse cuenta de las actuaciones llevadas a cabo a la Viceconsejería. Por su parte, la competencia para resolver, que corresponde inicialmente al titular de la Consejería –artículo 26.2,k) LAJA–, se delega expresamente en la persona titular de la Viceconsejería.

En el ámbito de Función Pública, la competencia varía. Así, la tramitación de los procedimientos corresponde a la Secretaria General para la Administración Pública, que actuará en estos casos en el ejercicio de una competencia propia ex artículo 7.3.e) del Decreto 206/2015, de 14 de julio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. La resolución de tales procedimientos corresponde también a la Secretaria General para la Administración Pública, pero en este caso actuará en el ejercicio de una competencia delegada según lo dispuesto en los artículos 4.3 y 19.3.d) de la Orden de 26 de noviembre de 2012.



Finalmente señalar que, conforme al artículo 142.3 LRJ-PAC (nuevo artículo 81.2 LPACAP), en los procedimientos de responsabilidad patrimonial cuya cuantía sea igual o superior a 50.000 euros, o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo el informe del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, conforme al artículo 17.10.a) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, la emisión de informe preceptivo procederá en las reclamaciones administrativas de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 60.000 euros.

### 3. SUPUESTOS MÁS FRECUENTES CON LA JURISPRUDENCIA APLICABLE

Como hemos puesto ya de manifiesto, la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Administración y Función Pública, es una materia en plena expansión, siendo muy variados los supuestos que en la práctica pueden observarse, bien relativos a personas integradas ya en la Administración Pública, bien a personas que se encuentran en proceso de incorporarse a la misma.

El ramo más importante cuantitativamente de reclamaciones de responsabilidad patrimonial en materia de función pública, es el atinente a los procesos selectivos, es decir, aquél en el que el daño o perjuicio deriva de la irregularidad existente en el procedimiento de selección. Todavía, dentro de este ramo, podemos diferenciar dos grandes grupos de reclamaciones, las derivadas de la anulación de los procesos selectivos, con el consiguiente cambio en las plazas adjudicadas, y las relativas a los retrasos en el nombramiento de quienes han superado el proceso selectivo.

Sin embargo, aunque mayoritarios, no son éstos los únicos supuestos que podemos encontrar, sino que también existen otros, si bien por ser supuestos “*ad hoc*” no son susceptibles de un análisis común, como los de error por parte de Administración al adjudicar destino<sup>2</sup> o los derivados de la anulación de sanciones disciplinarias entre otros.

Sí gozan de un tratamiento más individualizado los supuestos de responsabilidad patrimonial por acoso laboral o mobbing. El mobbing ha sido definido por el Tribunal Supremo como una situación en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esta persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo –STS de 16 de febrero de 2011–.

Esta situación, respecto del acosador, dará lugar a las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, en particular en los artículos 95 y 96 TRLEBEP (suspensión de sus funciones, traslado forzoso o separación del servicio), e incluso, los artículos 173.1 y 314 C.P.

Junto a esta consecuencia para el acosador, cuando el mobbing tiene lugar en el ámbito administrativo, podrá general la responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta responsabilidad administrativa por mobbing es hoy día unánimemente admitida –véase STSJ de Andalucía, Sala de Sevilla de 9 de junio 2005–. Además, debe tenerse en cuenta que, tratándose de personal laboral, el acosado puede acudir a la extinción del contrato

---

<sup>2</sup> Este es el supuesto enjuiciado por la STSJ de Castilla y León 268/2012, de 20 de febrero, que estimó la reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia del error de la Administración al adjudicar erróneamente destino en una población distinta a una funcionaria considerando procedente la indemnización por los gastos económicos ocasionados.

de trabajo ex artículo 50 E.T. –incumplimiento grave del empleador–, con derecho a la indemnización correspondiente.

El título de imputación a la Administración en estos supuestos se produce tanto por acción, como por omisión. Por acción, dado que la actuación del funcionario acosador es imputable a la organización administrativa en que el funcionario se encuentra integrado, de la que depende jerárquicamente, y siendo la forma de expresión de la actividad de la Administración, por lo que tal actividad repercute, así, en la organización administrativa, asumiendo ésta de esta forma las consecuencias de los actos de sus funcionarios, que son el vehículo normal a través del cual la Administración ejerce su actividad, asumiendo por consiguiente las consecuencias derivadas de la misma –STSJ de Navarra de 22 de octubre de 2004–, lo decisivo es la integración del agente causante del daño en la organización administrativa, pues si este opera al margen de sus funciones, se excluye la imputación a la Administración. Por omisión, porque la Administración haya incumplido su deber de vigilancia omitiendo su obligación de procurar la seguridad en el trabajo del personal a su servicio como impone el artículo 14.1) EBEP –véase STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2010–.

Todo ello, sin perjuicio de la facultad de repetición que corresponde a la Administración, frente al acosador, para reclamarle la cantidad a la que eventualmente hubiese sido condenada a indemnizar en concepto de responsabilidad patrimonial.

Finalmente, debemos dejar señalado que no faltan autores que plantean dudas sobre la jurisdicción competente. Consideran éstos que como consecuencia de la Ley reguladora de la jurisdicción social que atribuye a dicha jurisdicción –artículo 2.d)– el conocimiento de *las reclamaciones de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral*, puede plantearse, en aquéllos supuestos en los que la imputación de responsabilidad a la Administración deriva exclusivamente del incumplimiento por ésta de sus deberes preventivos, la jurisdicción competente no sea la contencioso-administrativa, sino la social<sup>3</sup>.

### **3.1. Especial mención a la anulación y revocación por sentencia de procesos selectivos.**

La responsabilidad patrimonial por anulación de procedimientos selectivos, es una materia que cada vez tiene mayor importancia, ya sea por el mayor número de participante en pruebas selectivas convocadas por la Administración Pública, ya por la mayor judicialización de la actuación administrativa.

---

<sup>3</sup> Luis Garrido Bengoechea: El “mobbing” en las Administraciones Públicas: Cómo prevenirlo y sancionarlo.

Se trata de una especialidad integrada dentro del ámbito más general de la responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo, que es objeto de análisis en el Capítulo 7.3 de este mismo libro, por lo que con objeto de no duplicar su examen, seremos especialmente escuetos en las cuestiones generales sobre anulación centrándonos en lo que a procedimientos selectivos atañe.

La materia estudiada parte de una premisa básica e ineludible, la anulación en vía judicial de un proceso para el acceso o promoción en el empleo público. Este elemento y no otro, constituye el germen de la responsabilidad patrimonial, de modo que, existe una judicialización previa del asunto que va a caracterizar indisolublemente la materia en tanto en cuanto, vamos a partir siempre de la existencia de una actividad administrativa anulada judicialmente y por ende viciada por alguna irregularidad. Cabe destacar dos posibilidades, pues como ha mantenido el Tribunal Supremo –Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992–, *“es posible pero no necesario acumular las pretensiones de nulidad y de indemnización, como hizo en su día el Consejo General de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, o utilizarlas separada y sucesivamente, ya que en este aspecto nuestras leyes configuran una opción y no una exigencia compulsiva”*:

- 1) Que en el propio procedimiento de anulación del proceso selectivo se ejerza una pretensión indemnizatoria. En estos casos, nos encontramos con el ejercicio de una pretensión de plena jurisdicción ejercitada al amparo del artículo 31.2 LJCA, debiendo ventilarse en el procedimiento de anulación, el ajuste o no de la actuación administrativa a derecho y la procedencia o no de indemnización correspondiente. Ello, sin embargo, como reiteradamente afirma la jurisprudencia no libera al demandante de acreditar la concurrencia de los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial, no pudiendo limitarse el mismo a referir de forma genérica e inconcreta la procedencia de la indemnización. En este sentido, resulta muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2004 –Recurso de casación 5201/2001–, pues según la misma, la responsabilidad patrimonial *“constituye un elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, que puede suscitarse con la pretensión principal de revisión de la actuación administrativa, como observa el artículo 31.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al establecer que el demandante podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, acción que está sometida a la exigencia y acreditación de los mismos presupuestos y requisitos que la reclamación de responsabilidad establecidos en el artículo 139 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, sin que sea necesaria su reclamación previamente en vía administrativa...”*.

Como particularidad, debemos decir que, no son pocos los supuestos en los que quien pretendió en el procedimiento principal la anulación del proceso selectivo y consecuentemente el reconocimiento de su situación jurídica individualizada con las medidas para

su pleno restablecimiento, al verse esta última pretensión desestimada u omitida del fallo, pretende posteriormente obtener el mismo resultado acudiendo al procedimiento de responsabilidad patrimonial, siendo que, en estos casos habrá de tenerse por resuelta ya la cuestión en sentido desestimatorio, sin que sea posible reabrir el debate ex artículo 222 LEC.

- 2) Que la reclamación de responsabilidad patrimonial se inste en un procedimiento autónomo e independiente de aquél en el que se acordó la anulación. Se trata del supuesto más normal, en el que, una vez producida la anulación en vía judicial, el perjudicado por la actuación administrativa insta un nuevo procedimiento para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración Pública. En estos procedimientos existe una realidad inalterable e indiscutible, la irregularidad de la actuación administrativa, de modo que el debate deberá centrarse en los restantes aspectos de la responsabilidad patrimonial.

En estos supuestos, se plantea una duda fundamental, ¿Cuál debe ser el “*dies a quo*” para el computo del plazo de prescripción de un año que establece la LRJ-PAC?

Existe en este punto contradicción entre las disposiciones legales y las reglamentarias de desarrollo. Según el artículo 142.4 LRJ-PAC “*el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva*” y el artículo 4.2 del Reglamento “*el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme*”.

Se trata de dos preceptos claramente diferentes, pues, mientras el primero se refiere a la sentencia definitiva, el segundo lo hace a la sentencia firme. Debe recordarse en este punto que, conforme al artículo 207 LEC la sentencia o resolución definitiva es aquella que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas, mientras que la sentencia o resolución firme es aquella contra la que no cabe recurso alguno.

¿Cuál es la solución? ¿Debe estarse a la sentencia que con carácter definitivo pero no firme declare la irregularidad administrativa o debe esperarse a la firmeza de la misma? *Prima facie*, podría pensarse que, lo correcto, es estar a lo preceptuado por la ley, en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 CE que atribuye prevalencia a la norma legal sobre la reglamentaria, de forma que bastaría el pronunciamiento anulatorio en primera instancia para iniciar el plazo de prescripción. Sin embargo, un análisis más pausado y profundo de la cuestión nos lleva a apartarnos de dicha solución apriorística. Así, debemos poner en relación ambos preceptos, las definiciones propias del derecho procesal antes transcritas y lo que es más determinante, la teoría de la “*actio nata*” imperante en nuestro derecho en lo que a inicio del computo de prescripción se refiere y según la cual el cómputo del plazo para ejercitarla sólo puede comenzar cuando ello es posible y es posible cuando los daños están determinados tanto en su aspecto jurídico como material y en interesado tiene conocimiento de ello –entre otras SSTS 15-10-1990, 06-11-1990 y 09-03-1992– resulta que, este momento no puede ser otro que aquél en el que adquiere firmeza la sentencia anulatoria del acto administrativo, momento en el cual el administrado

tiene un conocimiento concreto y pleno de la irregularidad del actuar administrativo y con ello del daño irrogado en su esfera jurídica, de modo que sólo de este momento podrá ejercer con plenitud su acción indemnizatoria. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21-10-2009 (Recurso 679/2008), la cual teniendo en cuenta los preceptos citados, la teoría de la “*actio nata*” y la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, considera que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción comienza a correr desde la firmeza de la sentencia.

En este punto, incluye importantes novedades la nueva LPACAP, que en su artículo 67 dispone: “*En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva*”. Por un lado, a pesar de la tesis jurisprudencial antes expuesta, insiste el legislador en tomar como referencia para la fijación del *dies a quo* la sentencia definitiva, lo que puede entenderse como un signo innegable de su voluntad de establecer éste y no el momento de la firmeza como momento del inicio del cómputo del plazo de prescripción (interpretación auténtica) y que sólo el tiempo dirá si los Tribunales finalmente aceptan. Por otro, se introduce por primera vez de forma expresa el inicio del cómputo del plazo desde la notificación de la resolución administrativa de anulación, lo que supone el comienzo anticipado del cómputo del plazo en los supuestos en los que la anulación tenga lugar en vía administrativa.

Surge aquí una duda más, que aunque puede parecer de poca importancia, la práctica pone de relieve su gran importancia, ésta es ¿Cuándo se produce la firmeza de la sentencia anulatoria?, en particular ¿Basta el transcurso del plazo de apelación/casación sin haberse interpuesto recurso o es necesario estar al momento en que se notifica la firmeza de la sentencia mediante resolución judicial? Según el artículo 85 LJCA “*Transcurrido el plazo de quince días sin haberse interpuesto el recurso de apelación, el Secretario judicial declarará la firmeza de la sentencia*”, en análogos términos se pronuncia el artículo 89.4 respecto al recurso de casación. Analizando ello, el Tribunal Supremo ha concluido: “*Significa, pues, que la propia norma legal estatuye cuando una sentencia deviene firme por lo que cualquier providencia ulterior que proceda a declarar la firmeza constituye una mera constatación de un hecho pero no una declaración a partir de la cual pueda nacer el plazo para el ejercicio de un derecho. Se trata por tanto de un precepto que tiende a reforzar el hecho de que la firmeza se produce por el mero transcurso del plazo para recurrir sin haber interpuesto el pertinente recurso. Precepto lógico, pues resultando notorio el elevado número de asuntos que se sustancian ante la jurisdicción contencioso administrativa, no puede quedar al albur de los responsables de la gestión procesal la declaración de firmeza de una sentencia cuando tal situación deriva de la propia naturaleza de la misma*” –STS de 21 de octubre de 2009, Recurso de casación 679/2008–. Nótese, que el nuevo artículo 67 LPACAP refiere expresamente como inicio del cómputo, el de la notificación de la sentencia.

Entrando ya en el fondo de la cuestión, debemos partir del artículo 142.4 LRJ-PAC (artículo 32 de la nueva LRJSP) según el cual: “*La anulación en vía administrativa o por el orden*

*jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto*". Dicho precepto debe ser entendido en el sentido de que la anulación de un acto o disposición administrativa no da lugar automáticamente a la indemnización del daño sufrido, sino que esta procederá, en su caso, si se dan los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial. El artículo 142.4, ni comporta una declaración general de exención de responsabilidad patrimonial por anulación de actuación administrativa, ni de responsabilidad automática en estos casos, sino que habrá que estar caso por caso a la concurrencia de los requisitos generales. En definitiva, existe casi unanimidad en rechazar en esta materia las tesis maximalistas de cualquier signo, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado, como las que sostienen su existencia en todo caso.

Lo que si pone de manifiesto tanto doctrina y jurisprudencia es que el artículo 142.4, implica la necesidad de que la concurrencia de los requisitos determinantes de su nacimiento sea examinada con mayor rigor si cabe (entre otras SSTs de 5 de febrero de 1996; 29 de octubre de 1998; 11 de marzo y 16 de septiembre de 1999; 13 de enero de 2000 y 12 de julio de 2001). En palabras del Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 171/2010, de 24 de marzo *"no por ello debe perderse de vista la finalidad del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, que no es otra que la de advertir, a quien tiene que dilucidar sobre la procedencia de las reclamaciones de daños y perjuicios, que la causa para la estimación no está en el reproche que puedan merecer las irregularidades que dan lugar a la anulación del acto, sino en la efectiva producción de daño antijurídico para el reclamante"*.

No es posible por tanto, establecer soluciones apriorísticas en la materia, sino que será necesario, examinar, aunque con especial rigor, caso por caso, determinando en cuales de ellos se dan las notas propias de la responsabilidad patrimonial, esto es:

- 1) La existencia de un daño, efectivo, evaluable económicamente e individualizado. Este requisito no comporta mayores problemas en los supuestos estudiados pues, la anulación comporta un daño tanto para el beneficiado por la misma que ha dejado de obtener una plaza en la Administración Pública como consecuencia de la actuación ahora anulada, como por el perjudicado por la misma que ve como se le priva de la plaza que obtuvo como consecuencia de la anulación.
- 2) El nexo causal entre la actuación administrativa y el daño producido. Su determinación obedece a un proceso de razonamiento lógico-jurídico, que en estos casos se produce entre la actividad selectiva anulada y el daño producido.
- 3) Ausencia de fuerza mayor. Dicho requisito no requiere ningún análisis.

- 4) La antijuridicidad del daño. He aquí, el punto más importante en lo que a responsabilidad patrimonial por anulación de proceso selectivo se refiere y que verdaderamente caracteriza esta materia.

La antijuridicidad del daño irrogado supone la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido. En principio podría parecer que este requisito únicamente podría derivar de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio al particular, como la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza –STSJ de Navarra de 12 de febrero de 2014–. Sin embargo, lo anterior, que puede valer en los supuestos de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos, debe matizarse a la hora de trasladarlo a los supuestos que ahora estudiamos, al tratarse de supuestos en los que la Administración goza de grandes facultades discrecionales.

Efectivamente, la jurisprudencia, entre otras STSS de 5 de febrero de 1996 y 10 de marzo de 1998, han venido distinguiendo en la materia dos supuestos:

- a) Los supuestos en los que el acto inválido productor del daño deriva del ejercicio de potestades regladas en las que, mediante la aplicación de datos objetivos hubiera debido declararse un derecho preexistente.
- b) Aquellas otras situaciones en las que el acto posteriormente anulado dimana del ejercicio de potestades discrecionales en las que en la aplicación de la norma al caso, la Administración debe atender a la integración de elementos subjetivos o conceptos jurídicos indeterminados. –STSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2000–.

Más allá de los aspectos procedimentales del proceso selectivo que se encuentran reglados y perfilados por las normas jurídicas, el fondo de la materia, esto es, la valoración concreta del merito demostrado por el participante en un proceso selectivo está integrado por un importante margen de discrecionalidad del órgano administrativo. Piénsese en este punto que es el Tribunal de cualquier oposición el competente para determinar si el opositor ha superado la prueba y la valoración que merece lo realizado por aquél. Es precisamente el legislador, al atribuir esta discrecionalidad a la Administración, el que ha querido que la misma pueda actuar libremente dentro de unos márgenes de apreciación, que son los elementos reglados que puedan existir, de manera que no se incurra en arbitrariedad vedada por el artículo 9.3 CE. No obstante, ello no se agota en los supuestos de potestades discrecionales, sino que puede extenderse a aquellos supuestos asimilables, es decir aquellos en los que la aplicación de la norma jurídica por la Administración al caso concreto no sólo atiende a datos objetivos, sino que existen un margen de apreciación por parte de la Administración, de forma que concurren conceptos indeterminados que determinan el sentido de la resolución.

En este ámbito la jurisprudencia es clara, entendiendo que el examen de la antijuridicidad no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto que fue anulado, cuya antijuridicidad resulta patente por haber sido declarada por los Tribunales de Justicia, sino desde la perspectiva de sus consecuencias lesivas en relación con el sujeto que reclama la responsabilidad patrimonial, en cuyo caso ha de estarse para apreciar dicha antijuridicidad a la inexistencia de un deber jurídico de soportar dichas consecuencias lesivas de acuerdo con el artículo 141.1 LRJ-PAC (nuevo artículo 32 LRJSP) –STS de 11 de octubre de 2011, Recurso 5813/2010–. De este modo, en tanto en cuanto, la Administración actué dentro de unos márgenes razonados y razonables, siendo la solución por ella escogida plenamente lógica y ajustada tanto a los criterios orientadores de la jurisprudencia como a los aspectos reglados que puedan concurrir, la antijuridicidad de la lesión desaparece y con ella la procedencia de la responsabilidad patrimonial por faltar uno de los requisitos generales exigidos para la misma. Ello deriva inmediatamente de las exigencias del principio de legalidad y del propio funcionamiento normal de la Administración que suponen un margen interpretativo de la misma, de modo que dando lugar dicho margen interpretativo a controversia judicial, no toda divergencia de interpretación entre los Tribunales de Justicia y la Administración es fuente de responsabilidad, pues lo contrario implicaría que, el menor ejercicio de la potestad administrativa se convertiría en una actividad de riesgo, convirtiéndose en un elemento disuasorio del interés general al que sirve la Administración.

En definitiva, como expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo con Sede en Málaga 270/2013, de 15 de febrero, *“todos tenemos el deber de soportar una posible interpretación de la legalidad por la Administración en el ejercicio de su competencia contraria a nuestros intereses, sin que eso sea fuente de responsabilidad salvo que esa discrepancia interpretativa carezca de fundamento y no pueda ser reconocida como razonable”*.

No existe pues, una vinculación automática y directa entre antijuridicidad del daño y desconformidad a derecho de la actuación administrativa, sino que aquél requisito se cumplirá cuando la Administración al adoptar la resolución posteriormente anulada, aplicando principios generales o interpretando conceptos jurídicos indeterminados, haya desbordado los límites de lo razonable, de lo racional o incurra en arbitrariedad. No cabe pues, como han pretendido algunos, considerar que la tacha de ilegalidad que afecta al actuar administrativo genera automáticamente la antijuridicidad de la misma, sino que habrá que ir más allá, para considerar si existió una mera irregularidad en el ejercicio de potestades más o menos discrecionales o si verdaderamente, se incurrió en arbitrariedad, alejándose la Administración de toda cobertura legal de su actuación que verdaderamente generara derecho a indemnización. En definitiva, prima en estos supuestos, el aspecto objetivo (la valoración de la antijuridicidad) y no el aspecto subjetivo del actuar administrativo.

Como peculiaridad podemos señalar aquellos supuestos en los que la pretensión indemnizatoria es ejercitada no por aquél que se ve beneficiado por la anulación, sino al contrario, por aquél que se ve perjudicado, de modo que ve anulada la adjudicación de la plaza que en su día le correspondió. En estos casos hay quienes niegan la antijuridicidad del daño

e incluso la propia existencia del daño, entendiendo que la anulación no es sino consecuencia del restablecimiento de la legalidad derivada de la ejecución de una resolución judicial –Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 171/2010, de 24 de marzo– y del correcto funcionamiento de los mecanismos de control del actuar administrativo, siendo una manifestación de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 CE. Esta tesis ha tenido refrendo jurisprudencial, pudiendo destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 –Recurso de casación 4237/2010–.

En estos casos, es el funcionamiento anormal del servicio público el que ha permitido al que ahora pretende la indemnización, ocupar indebidamente y de forma irregular un puesto en la Administración, obteniendo unas retribuciones que en pura legalidad no le correspondían, es decir no es que la actuación administrativa le haya perjudicado sino que muy al contrario le ha beneficiado, comportándole un status jurídico indebido. El título de imputación hay que buscarlo en estos casos no en la anulación jurisdiccional que el perjudicado tiene la obligación de soportar como derivada de un pronunciamiento firme, sino en la actuación administrativa irregular que nunca puede serle imputada y en la que no tuvieron parte eficiente –Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2001–.

Entendemos que tampoco en estos supuestos pueden establecerse soluciones generales de aplicación común a todos los supuestos sino que habrá que examinar caso por caso. No obstante, si consideramos que la anulación de un proceso selectivo y con ello de la adjudicación de una plaza puede dar lugar a un daño susceptible de ser indemnizado, en particular cuando hablamos del daño moral de quien pasa de la estabilidad en su empleo a la incertidumbre sobre el mismo, tesis acogida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de octubre de 2004 –Recurso de casación 2830/2000–. Más reticente nos mostramos en relación con otros daños invocados, como la eventual pérdida de las retribuciones que se habían venido obteniendo indebidamente. En todo caso, ello será objeto de análisis a continuación.

Muy interesante resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2001 (RJ 2002\432), *“se desprende que la Sala «a quo» desestima la pretensión de responsabilidad patrimonial formulada por aquéllos contra la Administración Autonómica Valenciana por la falta de concurrencia de la antijuridicidad en el daño a ésta última imputado o, lo que es lo mismo y según ella, porque los referidos recurrentes, en su criterio, estaban obligados jurídicamente a soportar el daño derivado de la anulación jurisdiccional del concurso mediante el que accedieron a las plazas del Cuerpo de Inspección Educativa de la Generalidad Valenciana. Con ello, como fácilmente puede comprenderse, la Sala de instancia ha confundido el deber jurídico de soportar las consecuencias de la anulación, que, en definitiva, derivaba de los términos en que fue ejecutada la sentencia que la pronunció (términos éstos avalados por reiteradas decisiones de incidentes suscitados en dicha ejecución y que no hacen ahora al caso) y del deber general de acatamiento de las sentencias y resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales a que hacen mérito los artículos 118 de la Constitución y 17.2 de la LOPJ, con un supuesto deber de soportar los daños que pudieran proceder de una actuación administrativa jurisdiccionalmente declarada contraria a Derecho y anulada, y no es exactamente así”*.

Analizado ya el fondo de la responsabilidad patrimonial por anulación de proceso selectivo, debemos examinar ahora la extensión de la misma en aquéllos supuestos en que proceda.

Debemos comenzar aquí por recordar que el principio que preside la determinación de la indemnización en nuestro ordenamiento jurídico y que aparece positivizado en los artículos 106.2 CE y 139.1 LRJ-PAC (nuevo artículo 32 LRJSP) impone la indemnidad absoluta del daño para la víctima, de forma que, ésta se vea reintegrada por todos y cada uno de los perjuicios que ha sufrido. No obstante, como contrapeso a dicho principio general, también se impone la exclusión de cualquier enriquecimiento del perjudicado derivado del ejercicio de la acción resarcitoria, no pudiendo quedar en mejor posición que la que tenía antes del perjuicio.

Dentro del daño sufrido es posible diferenciar, siguiendo la tradicional distinción civilista recogida en el artículo 1.107.C.c, entre el daño emergente y el lucro cesante, debiendo prestar especial atención por su especialidad al daño moral.

a) El daño emergentes es el valor de la pérdida sufrida, efectiva y consolidada sufrida por el perjudicado –STS de 28-11-1983–. En el concreto ámbito que hoy analizamos el daño emergente equivale a todos aquellos gastos realizados con ocasión del proceso selectivo posteriormente anulado, es decir los gastos de preparación y presentación al procedimiento (libros, academias o preparadores, tasas de exámenes, gastos de transportes, alojamiento etc.), e incluso los posteriores.

Sin embargo, la jurisprudencia parece contraria a indemnizabilidad de tales gastos, partiendo de una premisa común, quien se presenta a un proceso selectivo lo hace a su cuenta y riesgo, es decir asume la posibilidad de que a pesar de los gastos de libros, preparación y del tiempo empleado no supere el mismo, considerando que verdaderamente no hay relación de causalidad entre estos gastos y la anulación, pues aquéllos son inherentes a la presentación del proceso selectivo produciéndose tanto si se supera como si no. Así podemos destacar la STS de 1 de abril de 2003, que ante una pretensión indemnizatoria que incluía una cantidad de 991.680 ptas. por dos horas diarias de estudio y preparación durante un año a razón de cinco días a la semana considero que tal reclamación carecía de base pues *“el concurrir o no a unas pruebas selectivas es una opción libremente hecha que presupone la asunción voluntaria de la necesidad de hacer un esfuerzo: dedicar un tiempo determinado a preparar el programa, en detrimento, incluso, como es aquí el caso, del tiempo de ocio, y asumiendo también el riesgo de que ese esfuerzo no culminase con la finalidad perseguida”*.

En igual sentido, la Sentencia 28/2004, de 27 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, desestimó la reclamación en lo relativo a los gastos de preparación al entender que no existía relación de causalidad entre el carácter defectuoso de la convocatoria y bases del concurso-oposición anulado, y dichos gastos pues los mismos subsistirían aún no habiéndose aprobado.

A esta tesis se oponen algunos autores, entendiendo que, una cosa es que quien opusiera asumiera el riesgo de suspender y deba someterse a sus consecuencias y otra distinta que deba soportar los gastos hechos para su preparación. No obstante en tanto dichos gastos pueden servir para obtener una plaza en un concurso u oposición diferente, su quantum indemnizatorio debe hacerse ponderadamente por los tribunales mediante una valoración conjunta que tenga en cuenta todas las circunstancias concurrentes<sup>4</sup>.

Nosotros nos mostramos más cercanos a las tesis jurisprudenciales, entendiendo que, en estos casos nos encontramos como un problema atinente a la relación de causalidad, ya que excluyendo aquéllos conceptos que por no ser cuantificables no son susceptibles de indemnización sino como daño moral, como por ejemplo el tiempo de estudio, en el resto de supuestos el gasto ocasionado no deriva o se produce como consecuencia de la anulación del proceso selectivo, sino por la mera participación en el mismo. Lo contrario implicaría que, no sólo debe ser indemnizado quien no obtuvo la plaza por la irregularidad administrativa o quien obteniéndola se vio desposeída de la misma posteriormente, sino a todos aquellos que participaron en un proceso selectivo posteriormente anulado. Ello no obsta para que, admitamos la posibilidad de existencia de daños que por su relación con la anulación puedan ser objeto de indemnización, como por ejemplo los de traslado a la ciudad donde se ha obtenido la plaza posteriormente anulada.

En ocasiones, hay quienes pretenden la indemnización de los gastos y honorarios de los profesionales intervinientes en los procedimientos para la obtención de la correspondiente indemnización, ya sea en los procedimientos previos de anulación de la actuación administrativa, ya en los procedimientos de responsabilidad patrimonial *“stricto sensu”*. Sin embargo, dichos gastos exceden del ámbito de la responsabilidad patrimonial pues, como ha reiterado el Tribunal Supremo *“el pago de honorarios al Letrado y el de derechos al Procurador no cabe identificarlos con el requisito de daño efectivo, ineludiblemente concurrente en toda reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración, sin que tampoco exista relación de causalidad entre el acto administrativo impugnado y el pago de los honorarios y derechos a los profesionales elegidos por la actora en defensa de su postura”* –STS de 2 de febrero de 1993–.

- b) En cuanto al lucro cesante, éste está constituido por la ganancia dejada de obtener, esto es, el incremento patrimonial frustrado como consecuencia de la anulación del proceso selectivo. Debe recordarse aquí que, de este concepto se excluyen expresamente las ganancias hipotéticas, sólo esperadas, los sueños de ganancias y en general todas aquellas que no gocen de una mínima realidad. En este punto se hace necesario diferenciar dos tipos de reclamaciones que constituyen las dos caras de una misma moneda,

---

<sup>4</sup> Luis Guillermo del Campo Barcón: *Indemnización de daños en las anulaciones de nombramientos de funcionarios: la STS de 1 de abril de 2003*, Comentarios de Jurisprudencia.

aquéllas seguidas a instancias del beneficiado por la anulación y aquéllas otras que se inician por quienes se ven perjudicados por la misma.

- b.1) El primer tipo de reclamaciones está constituida por aquellas que se inician a solicitud de quienes indebidamente no superaron el proceso selectivo o se vieron postergado en el orden de aspirantes de modo que no obtuvieron plaza. En estos casos el lucro cesante estará constituido por las retribuciones dejadas de percibir indebidamente.

Frente a ello, puede oponerse, y así lo han mantenido algunas posiciones doctrinales que dichas percepciones retribuyen el trabajo prestado de modo que, no habiéndose prestado trabajo alguno no procede abonar cantidad ninguna. Sin embargo, puede contraponerse que la falta de prestación de estos servicios ha sido debida al irregular actuar administrativo, siendo esta irregularidad la única causa de su falta de prestación, de forma que no cabe imputar la misma al perjudicado sino a la propia Administración, por lo que dichas cantidades, entendemos deben integrarse en el concepto de lucro cesante. Cuestión distinta es si deben tenerse en cuenta todas las retribuciones, básicas y complementarias, o sólo las primeras. Entendemos que sólo las básicas, sueldo base y trienios, pues las complementarias están íntimamente relacionadas con el desempeño efectivo del puesto de trabajo. En este sentido véase STSJA Sala de Sevilla de 9 de noviembre de 2000, Recurso 1640/1998.

Igualmente, son plenamente indemnizables en concepto de lucro cesante otros conceptos retributivos, como los relativos a las guardias dejadas de prestar, si bien requerirán una especial prueba sobre el número de guardias que debían haberse prestado, su retribución específica etc.

No obstante, si durante el periodo temporal en el que se reclaman las retribuciones dejadas de percibir, el perjudicado ha prestado otros servicios cualesquiera que sean que hubieren comportado la percepción de retribuciones, estas deberán ser descontadas de la cuantía indemnizatoria, so pena de caer en doble indemnización.

Como precisión debe tenerse en cuenta que, en aquellos supuestos en los que la pretensión indemnizatoria se ejercita conjuntamente con la de anulación del proceso selectivo, resulta esencial la acreditación de que el impugnante, una vez subsanado el vicio que afecta al proceso selectivo, es aquél que de acuerdo con los criterios en vigor tenga derecho a la plaza en cuestión.

- b.2) El segundo tipo de reclamaciones se integra por aquéllas que se incoan a iniciativa de quien obtuvo indebidamente la plaza. Como ya dejamos apuntado anteriormente, existen tesis que niegan la antijuridicidad del daño materializado en el lucro cesante, entendiéndolo que en todo caso, el reclamante se ha visto beneficiado por la irregularidad administrativa, obteniendo indebidamente retribuciones hasta el momento de la anulación, estando sometido y obligado a soportar el efecto de la restauración de la legalidad ordenada por un tribunal de justicia.

A ello se une que, es frecuente en estos casos pretender una indemnización que ascienda a las retribuciones del puesto que se ocupaba indebidamente multiplicado por el número de años que pudiese durar la relación funcional o laboral. La jurisprudencia considera exorbitante dichas pretensiones considerando que lo que en realidad se pretende es una indemnización vitalicia que los Tribunales de Justicia no son competentes para reconocer –STS de 21-10-2004–.

Si resulta muy importante a estos efectos el hecho de que el reclamante haya obtenido una adjudicación definitiva, pues la mera adjudicación provisional o claudicante de una plaza no atribuye derecho alguno a indemnización, toda vez que, nos encontraríamos ante una expectativa de derecho, es decir un derecho no patrimonializado en la esfera jurídica del particular.

c) Daño moral. Éste supone aquel quebranto o sufrimiento en el espíritu, es decir la lesión que se produce en el acervo espiritual, y cuya indemnizabilidad es hoy día unánimemente reconocida, si bien es necesaria la prueba en concreto de dicho daño moral, debiendo de procederse a una valoración caso por caso. Lo normal es que el daño moral sea reclamado por quien pierde una plaza a consecuencia de la anulación. En estos casos, el cambio entre una situación de estabilidad laboral y una de precariedad, el hecho de tener que someterse a nuevos procesos selectivos, así como la incertidumbre vivida durante el propio proceso de anulación puede constituir un verdadero quebranto para la persona que debe ser indemnizada, siendo el quantum de la misma fijado prudentemente por los Tribunales de Justicia –SSTS de 21-10-1984 o de 01-04-2003 entre otras–. Y aunque menos habituales, también cabe admitir la existencia de daño moral en quienes se ven beneficiados por la anulación, toda vez que el hecho de haberse visto indebidamente excluidos de la plaza o el de no tener resuelta su situación laboral pueden general un daño indemnizable desde este punto de vista. Y lo mismo ocurre, como ya adelantamos, con el tiempo de preparación que, aunque de forma especialmente cautelosa, pudiese integrarse en el daño moral.

### **3.2. Especial mención a los retrasos en el nombramiento de empleados públicos y resolución de concursos.**

La responsabilidad patrimonial por retrasos en el nombramiento de empleados públicos es una materia en plena expansión. Sea por la situación de escasez de recursos públicos por la que atravesamos y que da lugar a que las Administraciones dilaten en todo lo posible los procedimientos de acceso al empleo público, o sea por el mayor número de impugnaciones de procesos selectivos que vivimos en la actualidad, el hecho es que, en muchos casos se apuran al máximo los plazos establecidos, rebasándose con creces en muchas ocasiones, hecho que afecta a todos los ámbitos del acceso público.

El punto de partida lo encontramos en esta materia en el artículo 70 TRLEBEP que establece un plazo máximo de 3 años para la ejecución de las ofertas de empleo público. Esta

norma constituye la base a la que deben someterse todos los procesos selectivos, si bien nada impide, y de hecho es habitual, que mediante los decretos de convocatorias se fijen plazos inferiores, normalmente coincidente con la finalización del año natural como consecuencia del principio de anualidad que rige la materia presupuestaria. En estos casos, y dado que como ha mantenido la jurisprudencia, las bases son la ley del procedimiento, vinculando tanto a la Administración como a los participantes, habrá que estar a lo que en las mismas se establezca.

Cuando la Administración incumple estos plazos genera un daño en el particular, daño que puede ser indemnizado conforme a las reglas generales de la responsabilidad patrimonial. Ello implica la necesidad de que concurran todos y cada uno de los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial.

Conviene aquí, al igual que en los supuesto de anulación, analizar cual debe ser considerado "*dies a quo*" para el computo del plazo de prescripción de un año. Son dos, las posibilidades que a nuestro entender ofrece la materia.

- 1) Por un lado, considerar como "*dies a quo*" aquél en que se produce de forma efectiva el retraso en el nombramiento, esto es, el día en que transcurrido el plazo previsto en los decretos de convocatoria, un año normalmente, la Administración incurre en retraso, pues desde dicho momento la Administración incumple su obligación y genera el daño al administrado.
- 2) Por otro, considerar como tal, el momento del nombramiento, es decir, el momento en que concluye el retraso, pues es en dicho momento cuando el nombrado tiene un conocimiento pleno de todo el incumplimiento sufrido.

No existe en la actualidad una solución pacífica. No obstante, consideramos más acertada la segunda de ellas, esto es, el computo desde el momento en que concluye el retraso, por una cuestión de pura lógica dado que, en el primer día de retraso administrativo, aunque el administrado conozca ya la existencia de la lesión, no tiene los elementos necesarios para determinar su alcance, pues no sabe cual es la extensión de este retraso y por ende del perjuicio sufrido. Ya hemos señalado que la teoría de la "*actio nata*" imperante en nuestro ordenamiento jurídico supone que el cómputo del plazo para ejercitar una acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y es posible cuando los daños están determinados tanto en su aspecto jurídico como material y en interesado tiene conocimiento de ello –entre otras SSTs de 15-10-1990, 06-11-1990 y 09-03-1992–, y en estos supuestos la determinación del daño, el conocimiento del administrativo de toda la extensión del daño sólo se produce cuando cesa el retraso. Además, fijar el "*dies a quo*" en el momento en que se produce el retraso, nos llevaría al absurdo de que, si el retraso durare más de un año, el administrado que aún sigue sufriendo el retraso pero que no accionó en el año desde que se rebasó el plazo para el nombramiento, a pesar de seguir sufriendo una actuación dañosa no podría accionar frente a este daño por haberle prescrito la acción.

Analizado ello, pasamos al fondo de la cuestión. La peculiaridad de la materia se centra en dos aspectos fundamentales, el daño, la imputabilidad a la Administración y la antijuridicidad.

Respecto al daño, existen quienes mantienen que, dado que la condición de funcionario se adquiere tras la superación de las sucesivas fases del proceso selectivo, nombramiento legítimo y toma de posesión –artículo 62 TRLEBEP–, hasta que no acaece toda la tramitación, los interesados sólo ostentan una expectativa de derecho no susceptible de indemnización. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2001 –Recurso 514/2000–, con cita expresa de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000, que mantiene que antes de la toma de posesión no existe un derecho subjetivo susceptible de ser lesionado. Consideramos sin embargo esta tesis demasiado restrictiva, sobre todo porque supone que es la Administración la que retrasando entre otros la toma de posesión, se escuda después en su falta para negar la indemnización. Por ello, entendemos que lo procedente es diferenciar aquellos supuestos en los que el reclamante ha obtenido una adjudicación definitiva, en cuyo caso, no cabe duda de que el administrado no es titular de una mera expectativa, sino de un verdadero derecho subjetivo o, al menos, de una expectativa muy cualificada, por lo que existe un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado susceptible de ser indemnizado; y aquellos en los que el reclamante únicamente tenía una adjudicación provisional o una mera propuesta de adjudicación. En estos casos, no existe un daño susceptible de ser indemnizado, y no existe dado que el reclamante no es titular de un derecho pleno, efectivo y patrimonializado en su esfera jurídica. Lo que el reclamante posee es una mera expectativa a que dicha adjudicación provisional o propuesta de adjudicación se materialice y se eleve a definitiva, pero puede no ocurrir así, como consecuencia precisamente de encontrarnos ante una situación no definitiva. Esta expectativa no es susceptible de indemnización.

El segundo de los puntos de interés es el relativo a la imputabilidad del daño. Es unánime la doctrina y jurisprudencia que mantiene que, en aquellos supuestos en los que el retraso se debe a la actuación de terceros, como la impugnación de las bases, el nexo causal se rompe, no siendo imputable el daño producido por el retraso a la Administración. Expresamente reconoce esta idea la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 8 de julio de 2011 (RJCA 2011\520), *“no todo retraso en el nombramiento y toma de posesión de los aprobados en un proceso selectivo puede dar lugar a responsabilidad patrimonial ya que tal retraso puede derivarse, en unos supuestos, de causas no imputables a la Administración y, en otros, no constituir una lesión antijurídica porque se deriven de necesidades de autoorganización de la Administración que el particular viene obligado a soportar”*. En estos casos, concurre una causa que provoca la ruptura del nexo causal, excluyendo en consecuencia la responsabilidad patrimonial. En definitiva, cuando el retraso deriva de una causa no imputable a la Administración, como el juego de los mecanismos jurisdiccionales existentes para el control de la legalidad del proceso selectivo, no existe título jurídico que permita atribuir la responsabilidad a la Administración.

Como tercer punto de interés, señalamos la antijuridicidad del daño. Dicho elemento queda excluido cuando, el retraso se produce con ocasión de la utilización de los mecanismos

legales puestos a disposición de la Administración, como por ejemplo la aprobación de sucesivas prórrogas en el marco de la normativa vigente, o en la facultad de revisión de sus actos por parte de la Administración a instancias de particulares para darle ocasión de plantearse la conformidad o no a Derecho de su propia actuación, prevista en los artículos 107 y siguientes LRJ-PAC (nuevo artículo 106 LPACAP) –Sentencia 5/2005, de 11 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid–.

Por último respecto de la extensión de la indemnización, sin perjuicio de remitirnos a lo antes considerado para la anulación de procesos selectivos, normalmente la misma estará constituida por las retribuciones dejadas de percibir por el reclamante, o tratándose de retrasos en la resolución de concursos, la diferencia retributiva entre el puesto que se ha ocupado y el que se tenía derecho a ocupar.

Más dudas genera en este ámbito el daño moral, pues difícilmente el mero retraso en el nombramiento puede generar un perjuicio más allá de las retribuciones dejadas de percibir, siendo de aplicación la tradicional tesis jurisprudencial según la cual no cabe alegar el daño moral, si se produce y se reclama únicamente un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial (STS de 31 de octubre de 2002, Sala de lo Civil). Ello no obsta para que, atendiendo al caso concreto y a la prueba que pueda desarrollarse, sea procedente la indemnización por daño moral.

## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## VI. SALUD

Por Antonio Carrero Palomo

### 1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA DE ANDALUCÍA

#### 1.1. Competencias. Ámbito de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en materia de sanidad.

El ámbito de las prestaciones por asistencia sanitaria es sin duda, uno de los sectores donde más incidencia tienen las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, tanto por su número como por las cuantías solicitadas. En especial, este tipo de reclamaciones de responsabilidad patrimonial son muy frecuentes en las Comunidades Autónomas, que son quienes en la actualidad tienen las competencias sobre la materia.

El artículo 43 de la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud y establece la atribución de competencias a los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

El artículo 22 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) garantiza el derecho constitucional previsto en el citado artículo 43 de la Constitución mediante el establecimiento de un sistema sanitario público de carácter universal. En

su apartado segundo reconoce una serie de derechos entre los que interesa en este momento destacar el de acceder a todas las prestaciones del sistema, y el de ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico.

En el ámbito competencial, el artículo 149.1.16 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad. El artículo 55 del Estatuto de Autonomía de Andalucía dispone en su apartado primero que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios. En su apartado segundo establece que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica.

Consecuencia de las competencias atribuidas en el Estatuto de Autonomía (artículo 55 del actual; artículos 13.21 y 20.1 del anterior), se ha ido conformando un Sistema Sanitario Público de Andalucía constituido por el conjunto de recursos y medios de las Administraciones Sanitarias Públicas de la Comunidad o vinculas a las mismas, orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud a través de la promoción, la prevención, la atención y prestaciones sanitarias.

El Sistema Sanitario Público de Andalucía está compuesto por los centros, servicios y establecimientos públicos integrados en el Servicio Andaluz de Salud o adscritos al mismo; los centros, servicios y establecimientos sanitarios de organismos, empresas públicas o cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, adscritas a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía.(artículos 43 a 45 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía).

En el marco de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 16/2003, de 20 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, mediante Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. La cartera de servicios de salud pública comprenderá el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos que permitan hacer efectivas todas las prestaciones sanitarias públicas. El artículo 61 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, dispone la aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía a propuesta de la Consejería competente en materia de salud, de la cartera de servicios de la salud pública de Andalucía que definirá de forma detallada las prestaciones e indicará las estructuras administrativas encargadas de llevarlas a cabo.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en este ámbito serán consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en centros sanitarios pertenecientes o adscritos al Sistema Sanitario Público de Andalucía, así como por la asistencia sanitaria prestada por centros sanitarios concertados con la Consejería de Salud o con el Servicio Andaluz de Salud. La imputación de los daños en el caso de asistencia prestada en centros concertados será objeto de análisis en un apartado posterior.

### **1.2. Órganos competentes para la resolución de procedimientos de responsabilidad patrimonial.**

En orden a la tramitación y resolución de los expedientes de responsabilidad patrimonial en este ámbito hay que diferenciar en función de quién haya prestado la asistencia sanitaria.

- a) Corresponde a la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud la resolución de procedimientos de responsabilidad patrimonial cuando la asistencia sanitaria sea prestada en centros sanitarios adscritos y concertados con el Servicio Andaluz de Salud (artículo 69.1 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía).

La representación y defensa en juicio del Servicio Andaluz de Salud corresponde a los Letrados del SAS (artículo 70 de la Ley 2/1998). La competencia en vía judicial en caso de reclamaciones contra asistencia sanitaria en centros del SAS o concertados por éste corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conforme al artículo 8.3 de la LJCA con independencia de la cuantía reclamada. Así el Auto de 6 de octubre de 2011 de la Sala de Sevilla del TSJA (Recurso 844/2011), señala que siendo la resolución impugnada una desestimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Andaluz de Salud, organismo autónomo vinculado a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional, el acto está incluido en el párrafo primero del artículo 8.3 de la LJCA en la redacción dada por la disposición adicional décimo cuarta de la Ley Orgánica 19/2003, y por tanto, con independencia de que su cuantía exceda de 30.050 euros, es competente para su conocimiento los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

- b) Corresponde a la persona titular de la Consejería con competencias en materia de Salud [artículo 26.2.k) de la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía], la resolución de procedimientos de responsabilidad patrimonial, salvo que corresponda al Consejo de Gobierno, cuando la asistencia sanitaria haya sido prestada en centro concertado con la propia Consejería y procedimientos en que intervengan centros sanitarios dependientes de las Agencias Públicas Empresariales de la Consejería con competencias en materia de Salud.

La representación y defensa en juicio de la Administración de la Junta de Andalucía (en este caso de la Consejería de Salud) corresponde a los Letrados de la Junta de Andalucía. La competencia para el conocimiento de estas reclamaciones será del Tribunal Superior de

Justicia de Andalucía cuando la cuantía sea superior a 30.050 euros, y de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo los de cuantía inferior. En este tipo de juicios, normalmente es demandada la Administración de la Junta de Andalucía (Consejería de Salud) así como la entidad privada con la que se haya celebrado el concierto, y las Agencias Públicas Empresariales de la Consejería si se trata de centros sanitarios dependientes de éstas.

### **1.3. Tramitación telemática de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía: Sistema Unificado de Información de Responsabilidad Patrimonial (SIUREPA).**

En el ámbito de los procedimientos de responsabilidad patrimonial del Sistema Sanitario Público de Andalucía, mediante la Orden de 20 de marzo de 2013, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, se regula la tramitación telemática del procedimiento. Destacaremos los siguientes aspectos de esa tramitación telemática del procedimiento:

- a) Es de aplicación en procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de asistencia sanitaria prestada o accidente ocurrido en centros, servicios y establecimientos sanitarios pertenecientes o adscritos al Sistema Sanitario Público de Andalucía, así como procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria prestada por centros concertados con la Consejería de Salud o con el Servicio Andaluz de Salud.
- b) La tramitación telemática tiene carácter voluntario. El interesado puede realizar la tramitación en soporte papel. Una vez iniciado el procedimiento bien de forma telemática o en soporte papel, también podrá variar el sistema.

La tramitación telemática tiene los mismos efectos jurídicos que la tramitación realizada en papel.

La finalidad es mejorar la eficacia y coordinación en el intercambio de la información, la supresión o reducción de la documentación requerida, mediante la utilización de transmisiones de datos; así como la reducción de plazos y tiempos de respuesta.

- c) Las personas interesadas en presentar por medios electrónicos su reclamación de responsabilidad patrimonial deberán disponer del DNI electrónico o un certificado reconocido de usuario para usar una firma electrónica avanzada expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre o por entidad prestadora del servicio de certificación y expedición de firma electrónica avanzada, en los términos establecidos en el artículo 13 del Decreto 183/2003, de 24 de junio.

La reclamación deberán presentarla en el Registro Telemático Único de la Administración de la Junta de Andalucía. La dirección electrónica de acceso al servicio se encontrará en la página Web de la Consejería de Salud y en la página Web del Servicio Andaluz de

Salud. De fallar el sistema, podrán presentarla en soporte papel hasta las 14.00 horas del siguiente día hábil posterior al día de la incidencia.

Hay que tener presente que conforme al artículo 14.1 de la nueva Ley 39/2015, las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento.

## **2. COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

En materia de responsabilidad por daños consecuencia de asistencia sanitaria se producen supuestos donde se demanda junto a la Administración, a entidades privadas como centros privados concertados o compañías de seguro. Ello provoca dudas sobre el orden jurisdiccional competente para el conocimiento de dichos casos.

La disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, responsabilidad en materia de asistencia sanitaria (ni la Ley 39/2015 ni la Ley 40/2015 contienen una disposición similar), disponía que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de este tipo de reclamaciones por daños producidos por prestaciones sanitarias en centros concertados al establecer:

*“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”.*

La citada disposición adicional duodécima fue introducida por la reforma de la Ley 30/1992, efectuada en la Ley 4/1999, de 13 de enero. La razón de ser venía recogida en la exposición de motivos de la Ley 4/1999:

*“En concordancia con el artículo 144, la nueva disposición adicional duodécima pone fin al problema relativo a la disparidad de criterios sobre el orden competente para conocer de estos procesos cuando el daño se produce en relación con la asistencia sanitaria pública, atribuyéndolo al orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.*

En efecto, con anterioridad a dicha disposición adicional duodécima, se producían criterios contrapuestos que provocaban inseguridad jurídica, sobre el orden jurisdiccional

competente en esta materia de responsabilidad en la asistencia sanitaria. Frente al criterio mayoritario que sostenía la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en todos los supuestos; estaban quienes defendían la competencia de la jurisdicción civil por su carácter atractivo en casos en que se demandaba conjuntamente a la Administración con entidades físicas o jurídicas privadas, como centros privados concertados o compañías de seguro.

Dicha competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo también se establece en el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y artículo 9.4 de la LOPJ, ambos artículos modificados por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, lo que denota que todavía en el año 2003 el legislador consideraba necesario aclarar la competencia del orden contencioso-administrativo en esta materia.

El artículo 2.e) de la LJCA dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación a *“e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”*.

Por su parte, el artículo 9.4 de la LOPJ, establece que *“Conocerán, asimismo, 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 de 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. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”*.

En definitiva, el legislador es exhaustivo e incluye en el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa las reclamaciones de responsabilidad tanto si son producidas por prestaciones sanitarias directas de entidades públicas (sean estatales o autonómicas) como también cuando sean prestadas por entidades privadas consecuencia del correspondiente concierto.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el ámbito de la antes citada disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992. Así, la STS de 20/02/2007 (Recurso 5791/2002), FD 4.º manifiesta: *“La atribución de competencia efectuada por la citada disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, viene a sujetar a la revisión de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de manera unitaria, las reclamaciones por daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en el ámbito del Sistema*

*Nacional de Salud que, como establece el artículo 45 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, ya citado antes, integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud, de manera que la relación de sujetos de reclamaciones que se recoge en dicha disposición adicional viene determinada no tanto por su carácter o condición de Administración o entidades públicas como por su condición de entidades, servicios o centros que realizan tales prestaciones sanitarias propias del Sistema Nacional de Salud, lo que permite que se incluyan en dicha relación entidades privadas que en virtud del correspondiente concierto o relación jurídica realizan tales prestaciones”.*

Como se puede apreciar, el Tribunal Supremo manifiesta que la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992 se refiere a toda la asistencia sanitaria responsabilidad del Sistema Nacional de Salud, entendido de forma amplia incluyendo los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, y todas las funciones y prestaciones sanitarias responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de salud. Tratándose pues de una reclamación de responsabilidad patrimonial por prestación sanitaria propia del Sistema Nacional de Salud, la competencia para su conocimiento corresponde a la jurisdicción Contencioso-administrativa, aunque sea prestada por una entidad privada consecuencia del correspondiente concierto.

En definitiva, la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992 fue introducida en la reforma de la misma efectuada por la 4/1999 para poner fin al problema de la disparidad de criterios sobre el orden jurisdiccional competente que existía en aquel momento. Una vez consolidado en la actualidad la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (recogido en la LJCA y en la LOPJ), el legislador no ha considerado necesario mantener una disposición similar ni en la Ley 39/2015 ni en la Ley 40/2015.

### **3. IMPUTACIÓN DE DAÑOS POR RESPONSABILIDAD CAUSADOS EN CENTROS SANITARIOS PRIVADOS CONCERTADOS**

El artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone que las Administraciones Públicas Sanitarias en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. En el mismo sentido, el artículo 73 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. La prestación sanitaria por parte de las Administraciones Públicas a través de la utilización del concierto con entidades privadas plantea la cuestión de a quién son imputables los daños causados en estos casos.

### **3.1. Posiciones contrapuestas de la responsabilidad por los daños causados en centros privados concertados: imputación al contratista o a la Administración Sanitaria.**

Dos son las posiciones al respecto: quienes sostienen que la responsabilidad corresponde al centro privado concertado contratista que presta materialmente la prestación; frente a quienes defienden que la responsabilidad última del daño corresponde a la Administración Sanitaria titular del servicio público con independencia de la forma de gestión que utilice. A continuación analizaremos ambas posturas.

*A) Tesis que defiende que la responsabilidad corresponde al centro privado concertado.*

Se basa fundamentalmente en la literalidad de la Legislación de Contratos del Sector Público.

Sostienen que el concierto para la prestación sanitaria tiene la naturaleza de contrato de gestión de servicio público conforme a la definición del mismo contenida en los artículos 8 y 275 del TRLCSP aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011. El artículo 277.c) de la misma norma recoge como modalidad del contrato de gestión de servicio público el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. La disposición adicional vigésima de dicha Ley dispone que los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público.

Partiendo del concierto como modalidad del contrato de gestión de servicio público, el artículo 280 del TRLCSP (Real Decreto-Ley 3/2011) establece dentro de las obligaciones generales del contratista de este tipo de contratos la de *“c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”*.

De esta manera, la responsabilidad por los daños causados sería del centro privado contratista salvo en los supuestos excepcionales en que se acreditara que se haya producido por causas imputables a la Administración. El artículo 214 del TRLCAP dispone con carácter general la obligación del contratista de indemnizar los daños que se causen a terceros por la ejecución del contrato salvo que sean consecuencia de una orden de la Administración o de un vicio del proyecto por ella elaborado.

Al anterior argumento de lo previsto en la Legislación de Contratos, añaden el de que en estos supuestos la prestación sanitaria que provoca el daño es realizada por el centro

privado concertado, no por la Administración, por lo que no existe la necesaria relación de causalidad. Los médicos que realizan la prestación sanitaria pertenecen al centro privado, así como las instalaciones y demás recursos materiales utilizados, por lo que no existe actuación de la Administración y por lo tanto no concurre la relación de causalidad requerida en los procedimientos de responsabilidad patrimonial ante la actuación de la Administración y el daño causado.

De esta forma, José Guerrero Zaplana en su libro *Las Reclamaciones por Defectuosa asistencia sanitaria*, mantiene que los daños derivados de la actuación de concesionarios, contratistas administrativos, no pueden ser imputables a la Administración, pues los agentes que realizan dichos actos no están integrados en la organización administrativa. No obstante, este mismo autor en la *Guía Práctica de las Reclamaciones Sanitarias* (Editorial Aranzadi S.A., enero 2013) sostiene que (a diferencia de otros sectores como la construcción o ejecución de proyectos de obras públicas donde exigir al contratista la reparación del daño no genera preocupación ni insatisfacción puesto que parece la solución derivada de unos criterios de justicia material inatacables) en el ámbito de la asistencia sanitaria la aplicación sin más de los preceptos de la normativa de contratos del sector público no produce efectos satisfactorios, pues se debilita las garantías del paciente que en la mayoría de supuestos no es el que elige que la asistencia sanitaria se preste directamente por la Administración o por estas formas externalizadas. Por ello indica el particular paciente no debe verse perjudicado por esta circunstancia que no ha buscado y no debería afectar a la naturaleza de la responsabilidad patrimonial.

*B) Tesis que defiende que la responsabilidad por daños corresponde a la Administración Sanitaria.*

Se argumenta desde esta postura que es la Administración la titular del servicio público de sanidad, y que la forma de organización y gestión que adopte no debe afectar a las garantías del usuario. Se trata de un servicio público esencial que afecta al derecho a la vida y a la salud. El artículo 43 de la CE reconoce el derecho a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública a través de las prestaciones y servicios necesarios.

Mantienen que la competencia de la asistencia sanitaria corresponde a la Administración, y que el hecho que la preste a través de concierto con centros privados, no puede modificar el régimen de garantías del paciente, ni eximir a la Administración de la responsabilidad última por la prestación sanitaria. El paciente tiene que tener las mismas garantías frente a posibles daños en la prestación sanitaria, con independencia de que se produzca en centros sanitarios públicos o sea en centros privados a los que sea derivado consecuencia de la forma de organización en la prestación del servicio público que decida la Administración. Lo esencial es que se trate de una prestación sanitaria que entre dentro de las obligadas por el Sistema Nacional de Salud (dentro de la cartera de servicios), con independencia de que materialmente la asistencia se realice en centro concertado.

Según esta posición, la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial también por los daños con ocasión de asistencia sanitaria en centros concertados, denota la voluntad del legislador de atribuir la responsabilidad última por estos daños a la Administración Sanitaria, sin perjuicio de que luego pueda efectuar la acción de regreso frente al centro privado concertado.

De esta manera, Roberto Mayor Gómez en la Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2013, sostiene el criterio de imputar los daños causados a terceros en centros sanitarios concertados a la Administración que es la titular del servicio público, sin que pueda ampararse en fórmulas de gestión que puedan implicar una alteración del régimen de responsabilidad patrimonial regulado en el artículo 106 de la Constitución Española y artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (actual artículos 32 a 35 de la Ley 40/2015). Señala como el artículo 214 del TRLCSP es inaplicable con frecuencia en supuestos de daños causados en centros sanitarios concertados, produciéndose una colisión entre el sistema de responsabilidad que ampara el artículo 214 y el que se contiene en los artículos 106 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, lo que debería derivar según este autor en el planteamiento de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad del sistema de responsabilidad contemplado en el artículo 214 del TRLCSP por ser contrario a la Constitución.

El artículo 35 de la nueva Ley 40/2015 dispone que 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 concorra 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.

### *C) Posición del Consejo de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos.*

El Consejo de Estado, como indica Roberto Mayor, ha mantenido criterios diferentes ante reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencias médicas en hospitales concertados según el paciente fuera un particular adscrito al Régimen General de la Seguridad Social, o un funcionario adscrito a una Mutua. En el primer caso, en Dictámenes como el 85/2002, de 31 de enero, sostiene que “como primera consideración debe destacarse que el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por decisión de la Administración Sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”.

Sin embargo, en el supuesto de funcionarios públicos adscritos a una Mutua, el Consejo de Estado en Dictámenes como el 1171/2004, de 20 de mayo, señala que “los Concier-

tos pretenden facilitar la asistencia sanitaria a los mutualistas y demás beneficiarios de MUFACE, a través de Entidades concertadas que son quienes llevan a cabo las prestaciones sanitarias, de modo que dichas prestaciones son de exclusiva responsabilidad de las mismas ya que MUFACE no realiza ningún tipo de actuación médica ni da instrucción en cuanto a la naturaleza, forma o alcance de la asistencia médica, limitándose a articular la cobertura económica de dichas prestaciones. En tal sentido se expresan las cláusulas 5.2.1, 5.2.2 y 5.2.3 del Concierto aplicable al caso. La primera de dichas cláusulas señala que el Concierto no supone ni hace surgir ninguna relación entre MUFACE y los facultativos o centros de la Entidad que presten la asistencia y que las relaciones entre la Entidad y los facultativos o centros son, en todo caso, ajenas al Concierto”. Continuando indicando el Consejo de Estado en dicho Dictamen 1171/2004 que “así pues, la prestación sanitaria efectuada a la Sra... a través de una Entidad concertada, de exclusiva responsabilidad de ésta según el Concierto, excluye la posibilidad de imputar los daños derivados de la actuación de aquélla a la Administración (MUFACE) y, en su caso, las reclamaciones sobre responsabilidad que de ella pudieran derivarse habrán de dirigirse a la Entidad, centro o facultativo que correspondan y por la vía jurisdiccional pertinente”.

En cuanto a la posición de los Consejos Consultivos Autonómicos, el Consejo Consultivo de Andalucía se manifiesta sobre la materia (entre otros) en los Dictámenes 39/2014, de 22 de enero, 327/2014, de 6 de mayo, 434/2014, de 11 de junio. En el Dictamen 327/2014, de 6 de mayo, señala que “también es evidente que se cumple el requisito de imputabilidad pues la asistencia sanitaria supuestamente defectuosa fue prestada por un centro sanitario concertado, el Hospital Virgen del Camino, con cargo al concierto vigente con la entidad titular del hospital, tal y como se asegura en la propuesta de resolución, así como en el Hospital de Jerez de la Frontera, dependiente del Servicio Andaluz de Salud. En lo que respecta a la intervención del centro sanitario concertado, debe recordarse la doctrina de este Consejo Consultivo, extensamente expuesta en el Dictamen 15/2000. En concreto, viene sosteniendo este Consejo Consultivo que la prestación del servicio por parte de un centro concertado(en este caso sólo referida a una parte de la asistencia médica) no obstaculiza la apreciación del requisito de imputabilidad, independientemente de las consecuencias que se desprenden de la relación contractual. En este punto, la doctrina que arranca del Dictamen antes mencionado señala que la regla-base de la responsabilidad del contratista es que éste responde por los daños que derivan directamente de su gestión, a menos que hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración”.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (Dictámenes 738/2011, de 21 de diciembre; 428/2011, de 20 de julio y 638/2011, de 16 de noviembre), mantiene en estos supuestos de asistencia sanitaria en centro sanitario concertado, que es imputable a la Administración Sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la una al personal o establecimiento que directamente prestan esos servicios. A estos efectos debe entenderse por Administración Sanitaria las entidades, servicios y organismos públicos y los centros concertados como permiten los preceptos de la Ley General de Sanidad como fórmula para su integración en dicho Sistema.

### **3.2. Pronunciamientos de los Tribunales de Justicia sobre imputación de daños en prestaciones sanitarias en centros concertados.**

En esta cuestión como analizaremos existen sentencias contradictorias, como las de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. La Audiencia Nacional sigue la primera de las posiciones vistas manteniendo la responsabilidad del contratista conforme a la Legislación de Contratos Públicos. El Tribunal Supremo sostiene que la existencia de concierto de asistencia sanitaria no excluye la responsabilidad última de la Administración Sanitaria, no pudiendo oponerse las concretas cláusulas del concierto sanitario a quien tiene la condición de tercero en esa relación. También nos referiremos a pronunciamientos de las distintas Salas del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

De este forma, la Audiencia Nacional mantiene que un concierto de asistencia sanitaria con entidad privada se configura como un contrato de gestión de servicios, al que le es aplicable lo establecido en la normativa de Contratos de las Administraciones Públicas sobre dicho tipo de contratos, y en el cual el contratista sería responsable de los daños causados en la ejecución salvo los casos en que dicha legislación de contratos prevé que correspondan a la Administración.

Entiende además que lo dispuesto en la disposición adicional vigésimo tercera la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (con igual contenido que la actual disposición adicional vigésima del Texto Refundido de la Ley de Contratos aprobado por Real Decreto-Ley 3/2011), refuerzan esa posición. Dicha disposición adicional que establece que *“1. Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público”*.

La Audiencia Nacional en diversas Sentencias (de 04/12/2013, Recurso 290/2011; de 27/02/2013, Recurso 732/2010 y de 04/03/2013, Recurso 39/2012), sobre la responsabilidad cuando la prestación sanitaria se realiza por entidad privada en régimen de concierto, señala que el régimen de responsabilidad de la Administración se ha visto afectado por lo dispuesto en la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007. De esta forma indica que aun conociendo que el Tribunal Supremo en Sentencias de 20 de febrero y 24 de mayo de 2007, ha mantenido que no pueden oponerse las concretas cláusulas del concierto, a quien tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo, pero que precisamente por su existencia acude a recibir asistencia a la entidad concertada; ello ha variado con lo dispuesto en la citada disposición. Estima que los conciertos quedan sometidos al régimen de los contratos de gestión de servicios público, y a lo establecido sobre ellos en la normativa de contratos de las Administraciones Públicas sobre responsabilidad del contratista.

Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 04/12/2013 (Recurso 290/2011), sostiene que:

*“con esta disposición, el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo que trae causa la asistencia prestada, celebrados entre la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con las entidades aseguradoras, al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación [artículo 253.c) de la nueva Ley y artículo 156.c) de la presente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas], figurando entre las obligaciones del contratista la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración [artículo 256.c) de la nueva Ley y artículo 161.c) de su precedente].*

*Esta idea, que ya se deducía de la normativa anterior, se hace ahora explícita, cobrando todo su vigor el sistema de responsabilidad al que se acaba de aludir, de manera que la responsabilidad de la Administración sólo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración [...], modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo, se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que respondan a órdenes de la Administración”.*

Sin embargo, hay que resaltar que el Tribunal Supremo (en STS de 04/12/2012, Recurso 6157/2011; y STS de 18/10/2011, Recurso 443/2009), se muestra contrario a Sentencias de la Audiencia Nacional que se pronunciaban en parecidos términos a la anteriormente transcrita. En esas Sentencias, la Audiencia Nacional también aludía a la incidencia en la materia de la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007. El Tribunal Supremo si bien se basa en los dos supuestos en que no se puede aplicar de forma retroactiva la citada disposición adicional vigésimo tercera como considera que hace la Audiencia Nacional, seguidamente recuerda su doctrina tradicional sobre la materia.

Así, la STS de 04/12/2012 (Recurso 6157/2011), en su FD 3.º manifiesta que:

*“es criterio de la Sala que no puede aplicarse con efecto retroactivo, ni servir de criterio interpretativo, la reforma operada por la Ley de 2007 que hemos citado anteriormente, a supuestos que se producen con anterioridad a dicha reforma legal. Y no puede serlo en cuanto resulta irrazonable que se aplique dicha irretroactividad en contradicción con la doctrina de esta Sala y se pretenda exonerar a la Administración en los casos en que la asistencia sanitaria viene concertada con una entidad privada sin que exista sustento legal sólido para ello. Lo cierto es que no pueden oponerse –a tercero– las cláusulas del concierto que haya suscrito la Administración con el prestamista de las asistencia*

*sanitaria cuando quien recibe el servicio sanitario se dirige a la entidad con la que la Administración ha suscrito un contrato que aquél desconoce.*

*Y esa tesis la hemos sustentado en nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2011 (Recurso 4461/2007), aparte de las que se citan en aquella y en la Sentencia de 18 de octubre de 2011 (Recurso 443/2009)".*

En el mismo sentido, la STS de 18/10/2011 (Recurso 443/2009), en el FD 5.º indica que *"establecida la improcedencia de aplicar de forma retroactiva la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la conclusión es que la sentencia recurrida contradice la doctrina de esta Sala en relación con la responsabilidad de la Administración en los casos en los que la asistencia sanitaria la tiene concertada con una entidad privada, doctrina contenida, entre otras, en la Sentencia de 24 de mayo de 2007 (Recurso 7767/2003), que reiterando lo dicho por Sentencia de 20 de febrero de 2007 (Recurso 5791/2002)".*

A continuación la Sentencia resume los aspectos fundamentales de esa STS de 20 de febrero de 2007, resaltando que la existencia de un concierto tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad de la Administración, siempre que concurren los requisitos configuradores de aquélla, según el artículo 139 de la Ley 30/1992. Añadiendo lo dispuesto en la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, concluyendo que no pueden oponerse las concretas cláusulas del concierto a quien tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo.

En la STS de 19/05/2011 (Recurso 1836/2007), analizando un supuesto de asistencia sanitaria realizada por entidad privada colaboradora, y sobre la falta de responsabilidad aducida por la Administración Sanitaria, en su FD 4.º después de reproducir la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, manifiesta que *"la consecuencia de este mandato es la responsabilidad de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid como responsable en último término del servicio que se prestaba por la Entidad Colaboradora"*. En esta Sentencia enlaza lo dispuesto en la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, con la responsabilidad última de la Administración Sanitaria.

En cualquier caso, como antes veíamos, las Sentencias del Tribunal Supremo sobre las últimas Sentencias de la Audiencia Nacional ha señalado que no procede la aplicación retroactiva de la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007 (en el mismo sentido la disposición adicional vigésima del TRLCSP Real Decreto-Ley 3/2011), pero no ha efectuado un pronunciamiento sobre el fondo. Habrá que esperar un supuesto donde sean aplicables las citadas disposiciones adicionales para comprobar si el Tribunal Supremo continúa manteniendo en materia de responsabilidad sanitaria que las cláusulas de un concierto no son oponibles a un tercero y por tanto no excluye la posible responsabilidad última de la Administración Sanitaria; o tras las mencionadas disposiciones adicionales indica que existiendo concierto sanitario como contrato de gestión de servicio público y al

ser aplicable su régimen jurídico, será responsable de los daños a terceros el contratista salvo en los supuestos específicos que la normativa de contratos públicos prevé la responsabilidad de la Administración, como ocurre fuera del ámbito sanitario.

En todo caso, es necesario un pronunciamiento claro del Tribunal Supremo sobre la cuestión de fondo, donde analice lo dispuesto en la Legislación de Contratos del Sector Público, y proceda a la aplicación del régimen de indemnización de daños a terceros previsto en la misma partiendo del concierto sanitario como contrato de gestión de servicio público, o exponga los motivos por los que en el caso concreto de los conciertos de prestación sanitaria no es posible excluir la responsabilidad última de la Administración Sanitaria.

En cuanto al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la STSJA Sala de Sevilla de 26/09/2013 (Recurso 756/2008), señala la obligación de indemnización del contratista, manifestando en su FD 3.º que:

*“Tercero. En lo que se refiere a la demanda planteada por Doña Candelaria y Doña Ángela, en la que se solicita el pago de una indemnización de 440.603,03 euros a cargo de la Consejería de Salud, procede su desestimación. En efecto, como bien alega la defensa de la Administración, tanto la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, como la Ley de Salud de Andalucía 2/1998, de 15 de junio, y el Decreto de Andalucía 365/1905, de 4 de julio, prevén la suscripción de convenios singulares de vinculación y conciertos sanitarios entre la Administración Sanitaria y las entidades privadas titulares de centros hospitalarios para la prestación de asistencia sanitaria en los mencionados centros, que se regirán por su normativa específica y por la de la contratación administrativa. En este sentido, tanto la cláusula sexta del convenio suscrito entre la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios y la Consejería de Salud (17-2-95 y cláusula adicional de 3-12-96), como el artículo 98.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo (La Ley 1900/1995), de Contratos de las Administraciones Públicas, establecen claramente que será obligación del contratista (aquí la Orden Hospitalaria) la indemnización de los daños y perjuicios que se causen a los terceros en la ejecución del contrato, salvo que hayan sido como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración. Pues bien, ni en la demanda, ni en todo el procedimiento se vislumbra que la Administración Sanitaria haya tenido la más mínima intervención en el tratamiento, acontecimientos o resultados lesivos ocurridos a Doña Candelaria. Por ello, como se ha dicho, procede su desestimación”.*

La STSJA Sala de Málaga de 28/06/2013 (Recurso 885/2010), sin embargo en su FD 4.º expresa que:

*“Cuarto. En cuanto a la alegada falta de legitimación pasiva de la Administración, la conducta productora del daño la atribuye la reclamante a la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital F.A.C., Doctor Pascual de Málaga, del grupo de «Hospitales José Manuel Pascual Pascual, S.A.», centro concertado con la Consejería de Salud. El recurrente acudió como usuario del Sistema Sanitario Público de*

*Salud de Andalucía. Se trata de un Hospital concertado, y en el expediente consta que la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía tenía contratada en la fecha de los hechos, con la empresa «José Manuel Pascual Pascual, S.A.», la asistencia sanitaria mediante concierto suscrito en fecha 25 de julio de 2003, conforme estaba autorizada en el artículo 73 de la Ley 2/1998, de 15 de junio (La Ley 3002/1998), de Salud de Andalucía, así como en el artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en artículo 1.3.c) del Decreto 165/1995, de 4 de julio (La Ley 5326/1995), que regula los procedimientos de suscripción de convenios y conciertos sobre prestación sanitaria.*

*Pero no por ello, en estos caso, la figura del contratista interpuesta, que no se integra dentro de la Administración, determina que desaparezca la responsabilidad de la Administración, máxime cuando los hechos base de la reclamación acaecen 2006. Así, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), en Sentencia de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508, FD 3.º), tiene dicho: Es criterio de la Sala que no puede aplicarse con efecto retroactivo, ni servir de criterio interpretativo, la reforma operada por la Ley de 2007 que hemos citado anteriormente, a supuestos que se producen con anterioridad a dicha reforma legal. Y no puede serlo en cuanto resulta irrazonable que se aplique dicha irretroactividad en contradicción con la doctrina de esta Sala y se pretenda exonerar a la Administración en los casos en que la asistencia sanitaria viene concertada con una entidad privada sin que exista sustento legal sólido para ello. Lo cierto es que no pueden oponerse –a tercero– las cláusulas del concierto que haya suscrito la Administración con el prestamista de la asistencia sanitaria cuando quien recibe el servicio sanitario se dirige a la entidad con la que la Administración ha suscrito un contrato que aquél desconoce”.*

La STSJA Sala de Granada de 06/10/2008 (Recurso 829/2001), en su FD 5.º indica que:

*“Quinto. La aplicación de la Doctrina referida anteriormente a los hechos considerados probados determina dos cuestiones: la posible exoneración de responsabilidad patrimonial de las Administraciones demandadas dado que la actuación que se constituye en origen de los daños y perjuicios procede de un contratista, y la información al paciente sobre el grado de eficacia de la intervención quirúrgica a que se sometió.*

*En relación al primero de los puntos señalados, ha de destacarse que la vasectomía de la que se derivan los daños alegados fue practicada por una clínica privada en virtud de contrato celebrado con la Administración Sanitaria para resolver las listas de espera. El contrato celebrado es el contemplado en el artículo 156.c) TRLCAP de 16-6-2000 como concierto, que constituye una modalidad de gestión de servicios públicos en que el servicio se presta por una persona natural o jurídica que viene realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.*

*Conforme el artículo 98 LCAP, el contratista responderá de los daños que se ocasionen a terceros salvo en los casos en que los daños sean consecuencia de cumplir*

*una orden concreta impuesta por la Administración en la ejecución del contrato o de ejecutar un proyecto viciado impuesto por la Administración. Pero es cierto que en este caso, al dirigirse la reclamación a la Administración Sanitaria, ésta debió hacer mención de tal circunstancia, atribuyendo la responsabilidad al contratista para que el ciudadano pudiera dirigirse contra él; pero al no operar de esta forma (no olvidemos que el objeto del recurso es la desestimación presunta de la reclamación formulada) reciente Jurisprudencia determina que opera la responsabilidad de la propia Administración Pública. Por ello, este argumento no puede ser considerado”.*

## **4. LEX ARTIS**

### **4.1. Lex artis como criterio delimitador de la antijuridicidad del daño.**

El artículo 106.2 de la Constitución y el artículo 32.1 de la Ley 40/2015 establecen el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, en el ámbito sanitario dicho carácter objetivo se encuentra matizado por el criterio de la lex artis.

El criterio de la lex artis 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 con la procedencia de la indemnización. Así, la STS de 11/04/2014 (Recurso 2766/2012), en su FJ 7.º indica que “este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria”.

De esta forma, en los casos donde se produce la infracción de la lex artis es cuando los daños causados se pueden considerar antijurídicos y se origina la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, cuando la asistencia sanitaria se adecua a la lex artis, aunque se produzca un daño, éste no es antijurídico y no existiría responsabilidad patrimonial. Con ello el sistema de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario se acerca a un sistema de responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público.

La lex artis se configura como parámetro de actuación de las prestaciones sanitarias. El análisis de que una prestación sanitaria se adecue a la lex artis normalmente se produce a través del seguimiento de protocolos o guías médicas.

Las guías o protocolos médicos son realizados principalmente por las sociedades científicas de cada especialidad médica y hospitales, pretendiendo asegurar estándares de calidad en la asistencia sanitaria. Asisten a los facultativos en la toma de decisiones sobre el tratamiento apropiado en condiciones específicas.

La Administración Sanitaria no se puede convertir en una aseguradora universal de cualquier daño producido durante la asistencia sanitaria, se requiere además que dicho resultado se haya producido consecuencia de una infracción de la *lex artis*.

#### **4.2. Obligación de medios, no de resultados.**

La responsabilidad patrimonial en este ámbito sanitario es una obligación de medios pero no de resultados. La STS de 30/04/2013 (Recurso 2989/2012), en su FJ 7.º manifiesta que *“a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente”*.

En esa Sentencia a continuación en el mismo FD 7.º concluye la existencia de responsabilidad, pues en aquel supuesto los medios de los que disponía la Clínica a la que se derivó a la paciente con el fin de realizar la interrupción voluntaria del embarazo eran claramente insuficientes.

Esta obligación de medios, la STS de 05/06/2012 (Recurso 2241/2011), la concreta en *“la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento”*; y la STS de 10/07/2012 (Recurso 3243/2010), en que la actuaciones *“se ajustaron a las que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas”*.

La aplicación correcta en el caso de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles, determinan la adecuación a la *lex artis* de la prestación sanitaria.

La elección de la concreta técnica sanitaria a aplicar no corresponde al paciente sino al médico, pues requiere de conocimientos técnicos complejos propios del ámbito de la medicina. Lo que si tiene el paciente es el derecho a que se le informe de la finalidad de la operación, cómo se va a realizar y los riesgos que presenta. Al respecto, la STS de 30/04/2013 (Recurso 2989/2012), en el FD 6.º manifiesta: *“no se olvide que según reiterada jurisprudencia de esta Sala el paciente no tiene derecho de opción en relación a la concreta técnica quirúrgica. El argumento de que el paciente no puede elegir la técnica quirúrgica, y de este modo determinar, incluso, cual es la *lex artis ad hoc*, ha sido recogido por la jurisprudencia en muchas ocasiones relacionándolo directamente con la cuestión de la información y el consentimiento. Ciertamente es que la paciente tiene y debe conocer tanto la finalidad de la operación como también como se va a realizar la misma y que posibilidades y riesgos hay, pero, entrando ya en la técnica concreta quirúrgica, en cómo se va a abordar la intervención, se adentra en un campo de extraordinaria complejidad médica y que determina en el paciente que va a recibir información una capacidad de entendimiento y comprensión propia de profesionales médicos al poder suponer una información excesiva y disuasoria en función de los factores concurrentes”*.

### 4.3. Doctrina del desarrollo tecnológico.

La obligación de medios que supone la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia enlaza con la llamada doctrina del desarrollo tecnológico, conforme a la cual sólo pueden tener relevancia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, las actuaciones o resultados que son posibles conseguir de acuerdo con el progreso técnico. Es el desarrollo técnico existente en cada momento, el que va a marcar el espacio en el cual será posible la exigencia de responsabilidad. Ello es lo que viene a establecer el artículo 34.1 de la Ley 40/2015 (que reproduce el artículo 141.1 de la anterior Ley 30/1992) que dispone: *“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. 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”*.

La STS de 29/05/2012 (Recurso 6310/2010), lo expresa indicando que *“el precepto en cuestión artículo 141.1 de la Ley 30/1992 viene en cierta medida a positivizar la denominada doctrina del desarrollo tecnológico o riesgos de progreso de forma tal que, únicamente proyectarán influencia en el ámbito de la responsabilidad administrativa aquellas actuaciones o resultados que son posibles obtener de acuerdo con el progreso técnico, resultando por el contrario irrelevantes aquellos otros que sean imposibles de lograr ante las limitaciones del desarrollo técnico”*.

El Real Decreto 1030/2006, establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, como conjunto de técnicas, tecnologías y procedimientos para hacer efectivas las prestaciones sanitarias públicas. En el artículo 2, apartados 4 y 5, se dispone que los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en ese Real Decreto, siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan. El acceso a las prestaciones sanitarias se garantiza con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del sistema.

En su libro *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria*, José Guerrero Zaplana, alude al respecto al carácter relativo del criterio de la *lex artis*, de modo que a lo que obliga es a que la asistencia sea la correcta y adecuada en atención a las circunstancias de espacio y tiempo en que se presta la misma. En concreto señala que *“por esta razón, el criterio de la lex artis, cuya infracción dará lugar a responsabilidad patrimonial, no puede entenderse infringido cuando no se haya aplicado el tratamiento o el procedimiento más avanzado que permita la ciencia médica en general, sino que, como hemos dicho más arriba, se trata de un criterio de normalidad por lo que tiene un carácter esencialmente relativo, no absoluto, y que debe ponerse en directa relación con las circunstancias en las*

*que se presta la asistencia médica de que se trata. Por tanto, en un caso será exigible una asistencia más avanzada y en otros no se entenderá infringido el criterio de la lex artis aun cuando se haya prestado una asistencia muy rudimentaria pero siempre que no fuera exigible otra distinta (por ejemplo, un médico rural que carece de prácticamente todos los medios precisos para una asistencia completa). En este punto también hay que considerar que, precisamente por lo que acabamos de decir, no es posible considerar que sea exigible a la Seguridad Social española la prestación de la asistencia sanitaria del mismo nivel que la más avanzada y moderna que se pueda prestar en otro centro extranjero o en otro español que cuente con los medios más modernos y avanzados que podamos imaginar”.*

#### **4.4. Medicina curativa, medicina satisfactiva.**

La obligación de medios pero no de resultados se manifiesta fundamentalmente en la medicina curativa. La STS de 03/10/2000 (Recurso 3905/1996). diferencia en materia de asistencia sanitaria entre medicina curativa y medicina satisfactiva. La primera es una medicina de medios que persigue la curación, la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente. A la segunda no se acude por necesidad sino por voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, lo que acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado.

Por tanto, en la medicina satisfactiva la obligación de resultados tiene una mayor intensidad, sin que en cualquier caso tampoco en este ámbito se produzca una responsabilidad objetiva por cualquier daño en la prestación sanitaria. Como dice la STS de 02/10/2007 (Recurso 9208/2003), en esta medicina satisfactiva se “*acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención, lo que tampoco significa que deba reprocharse a la Administración todo resultado adverso producido en este ámbito de la medicina”.*

En definitiva, en el ámbito sanitario, el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial aparece modulado por el criterio de la lex artis, y será cuando se produce la infracción de la lex artis cuando se origine la responsabilidad patrimonial. Nos encontramos ante una obligación de medios, pero no de resultados. De esta forma la STS de 11/04/2014 (Recurso 2766/2012), en su FJ 7.º manifiesta: “*Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta*

*doctrina, la Administración Sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria”.*

## **5. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

También se produce un daño antijurídico que determina la correspondiente indemnización, en aquellos supuestos donde es aplicable la doctrina de la pérdida de oportunidad. El perjuicio se reclama basándose en que los hechos hubieran ocurrido de forma más beneficiosa para el paciente de haberse desarrollado otra actuación médica distinta a la efectuada, o en supuestos de omisión de actuaciones o cuando son tardíamente ejecutadas.

Son fundamentalmente supuestos de daños causados por falta o error de diagnóstico, diagnóstico tardío o retraso en el tratamiento.

La STS de 27/09/2011 (Recurso 6280/2009), define esta 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”.*

La STS de 22/05/2012 (Recurso 2755/2010), afirma que *“la llamada pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente”.*

La valoración del daño en estos casos es más compleja pues nos encontramos en un terreno de incertidumbre sobre que hubiera ocurrido con otro tipo de actuación médica, si hubiera sido más beneficiosa y en qué medida.

La STS de 22/05/2012 (Recurso 2755/2010), alude a *“la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”.*

La STS de 27/09/2011 (Recurso 6280/2009), matiza que *“en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa al tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el importe de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.*

De esta forma, la STS de 03/07/2012 (Recurso 6787/2010), en su FD 6.º, no aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad pues considera que en ese supuesto, el retraso de dos meses en el tratamiento del tumor no ha privado a la recurrente de un posible resultado distinto debido a que las características del tumor impedían otorgar relevancia a ese retraso.

Por el contrario, en la STS de 03/12/2012 (Recurso 2892/2011), en el FD 4.º, si aprecia motivos para la indemnización por la pérdida de oportunidad, pues desde la primera noticia de la existencia de cáncer hasta que se inicia el tratamiento de quimioterapia transcurren siete meses, lo que a juicio de todos los peritos intervinientes había acertado considerablemente la vida del paciente.

La STS de 11/04/2014 (Recurso 2766/2012), en su FD 5.º, no aprecia pérdida de oportunidad pues situados en el momento en que se producen los resultados de las pruebas tras la primera visita al servicio de urgencias (exploración ginecológica, ecografía) no arrojan ninguna señal de alerta, por lo que no es posible en dicho instante prever lo que posteriormente se produjo.

## **6. CONSENTIMIENTO INFORMADO**

La regulación legal sobre el consentimiento informado se encuentra fundamentalmente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

El artículo 2, principios básicos, establece que toda actuación en el ámbito sanitario requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes, que debe obtenerse después de que reciban la información adecuada. El paciente tiene derecho a decidir libremente, después de ser informado, entre las opciones clínicas disponibles. También tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento tiene que constar por escrito. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica.

El artículo 4, derecho a la información asistencial, dispone que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma. Dicha información como regla general se le proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprendiendo, como mínimo, la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. La información se le comunicará de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, de forma que le ayude a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

En el artículo 8, consentimiento informado, se establece que el consentimiento por regla general será verbal. Sin embargo, a continuación (y ampliando los contenidos de la

normativa anterior) recoge de forma extensa los casos en que se prestará por escrito: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Pese a que la normativa establezca que el consentimiento informado será por regla general verbal, en la práctica ante el gran número de reclamaciones patrimoniales y ante la dificultad de probar ese consentimiento oral, los profesionales de la salud acuden con habitualidad a los formularios de información y consentimientos escritos, que persiguen cumplir los requerimientos contenidos en la jurisprudencia. Dichos formularios no deben olvidar que lo esencial es que el paciente este informado correctamente; debiendo evitarse una redacción tan breve que no permitan al paciente conocer la verdadera situación, ni el otro extremo un contenido tan detallado y excesivo que causen confusión y perturbación.

No obstante, se podrán llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento (artículo 9): cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley; y cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando si las circunstancias lo permiten con sus familiares o personas vinculadas de hecho a él.

El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información siguiente (artículo 10): las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y las contraindicaciones.

Una vez expuestos los aspectos fundamentales de la regulación legal, a continuación efectuaremos un análisis de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el consentimiento informado. De dichas características del consentimiento informado según la jurisprudencia del Supremo resaltaremos:

- a) El consentimiento informado supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (SSTS de 04/12/2012, Recurso 6157/2011; de 03/01/2012, Recurso 7014/2010).
- b) La falta de consentimiento informado no da lugar a indemnización por responsabilidad patrimonial si no se produce relación causal entre el acto médico y el daño causado o de la asistencia médica no deriva daño para el paciente.

En este sentido, la STS de 19/05/2011 (Recurso 5067/2006), al final de su FD 5.º señala que *“ya por último, la razón por la que debemos desestimar el segundo de los*

*motivos de casación la encontramos en nuestra propia jurisprudencia, pues ésta ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la Sentencia de 4 de abril de 2000), a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (así, entre otras, las Sentencias de 26 de marzo de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 y 30 de junio de 2009)".*

En el mismo sentido, la STS de 24/04/2012 (Recurso 354/2011), al final de su FD 3.º manifiesta que *"pero la estimación del recurso en el extremo referido a la falta de consentimiento informado, no significa que debamos estimar el recurso interpuesto en cuanto al otorgamiento de una indemnización. Consideramos que no hubo suficiencia en lo referido al consentimiento que debe pedirse al paciente para la actuación médica de que se trate, pero también constatamos –pues no tenemos datos que nos permitan cambiar la tesis de fondo de la instancia, al no poder considerarse ilógica o arbitraria– que la vulneración del derecho del paciente a la autodeterminación, no nos permite –en el presente supuesto– aceptar que exista responsabilidad patrimonial de la Administración, pues el resultado lesivo a que hemos aludido anteriormente se hubiera producido de todas formas. Con ello queremos resaltar que, dentro de los límites del recurso de casación, no podemos considerar el daño causado como antijurídico, pues no existen elementos adecuados para variar la tesis de la instancia, en el sentido de que no ha existido mala praxis en la prestación sanitaria prestada al recurrente"*.

También la STS de 04/12/2009 (Recurso 3629/2005), en su FD 9.º expresa que *"en efecto, tal como también se sostiene en la sentencia recurrida, no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad. Se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo con las actuaciones médicas realizadas sin el consentimiento informado",* añadiendo luego en el mismo FD 9.º que *"en el supuesto expresado de intervención enteramente satisfactoria para el paciente e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una reclamación, pero caso de producirse estaría condenada al fracaso. Al respecto parece oportuno citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 2007. En ella se considera el defecto del consentimiento informado como incumplimiento de la lex artis y se afirma que revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, para acto seguido sostener que para apreciar la responsabilidad «obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado». En iguales términos las Sentencias de 10 de octubre de 2007, y de 26 de febrero y 26 de marzo de 2002, citadas en la de 9 de septiembre de 2009 –Recurso de casación 263/2008–"*.

- c) La existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada, por cuanto el de información es un deber autónomo, que ha de ser cumplido a la par que la obligación de la actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria.

El hecho de que la correcta información se integre en la *lex artis* no supone que una vez que se ha informado al paciente, el médico se exonere de responsabilidad; antes al contrario, la información y el consentimiento es una parte de la corrección de la asistencia que representa la *lex artis*, pero no puede hacer recaer sobre el paciente los posibles efectos de la asistencia si ésta no se ha prestado de modo satisfactorio desde el punto de vista de la técnica médica que representa la *lex artis* (STS de 30/04/2013, Recurso 2989/2012).

De esta forma, en el FD 8.º de la referida STS de 30/4/2013 se parte de que la información fue correcta en ese supuesto, informándole precisamente de la posibilidad de que se produjeran hemorragias, pero ello no justifica que posteriormente se le someta a una asistencia incorrecta, lo que determina la procedencia de la indemnización por responsabilidad.

- d) El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener el consentimiento tiene gran relevancia, pues puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos (STS de 04/12/2012, Recurso 6157/2011).

Por ello la información debe adecuarse al paciente, sin ser ni excesiva ni incompleta por genérica. La información excesiva puede contravenir la finalidad de la misma, por no adaptarse a la claridad, concreción y conocimientos de aquellos que lo reciben (STS de 21/12/2012, Recurso 4229/2011).

Por el contrario, tampoco puede tratarse de una información incompleta, genérica y sin adecuación a la concreta intervención a realizar, con fórmulas estereotipadas, pues supondría una infracción del derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento (STS de 02/01/2012, Recurso 6710/2010).

La STS de 04/06/2013 (Recurso 2187/2010), respecto al consentimiento informado indica como en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

- e) No sólo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado, sino también descuidos parciales.

Se incluye la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar. Una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque si existan referencias no aisladas acerca de su producción (STS de 04/12/2012, Recurso 6157/2011).

- f) En los casos donde el Tribunal Supremo determina la procedencia de la indemnización por la falta o insuficiencia de consentimiento informado, suele establecer una cuantía indemnizatoria global sin una minuciosa especificación.

Así, la STS de 04/06/2013 (Recurso 2187/2010), en su FD 3.º manifiesta que *“respecto a las indemnizaciones que se reclaman tratándose del daño moral soportado por la falta de información debida y falta de consentimiento informado, hemos de concluir que la misma se ha de determinar aplicando los criterios de equidad y ponderación conforme a los cuales esta Sala estima que el montante indemnizatorio debe limitarse a la cantidad de 30.000 euros, para todos ellos. En este sentido recordar lo establecido por esta Sala y Sección en la Sentencia de 18/07/2007: con apoyo en tal criterio, en el presente caso, procede fijar razonablemente una indemnización por tal concepto de 14.000 euros. Criterio éste de determinación que no produce indefensión, ni vulnera el deber constitucional de fundamentar las sentencias, por señalar una cantidad final sin minuciosa especificación”*. Continúa la Sentencia señalando (con cita de otras anteriores de la Sala) que la cuantificación global de los perjuicios es un criterio aceptado con carácter general por la jurisprudencia.

En la STS de 09/10/2012 (Recurso 5450/2011), indica como en estos supuestos las indemnizaciones que normalmente fija fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 euros, habiendo confirmado indemnizaciones mayores otorgadas por las Salas de Instancia en función de las circunstancias del caso concreto. En todo caso las cuantías obedecen a la casuística, en función de las consecuencias lesivas.

## **7. NEXO CAUSAL**

### **7.1. Prueba.**

La existencia de responsabilidad patrimonial exige la prueba del nexo causal entre la actuación de la Administración Sanitaria y el daño producido. Con carácter general la carga de la prueba del nexo causal corresponde a quien reclama la indemnización por responsabilidad patrimonial.

No obstante, en el ámbito sanitario ello se modera con la aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria de manera que no se le requiera al paciente una prueba imposible o muy difícil de aportar dada las limitaciones ámbito hospitalario, cuando por el

contrario la Administración se encuentra en una posición prevalente por la disponibilidad o proximidad de la fuente de prueba.

De esta manera, la STS de 09/12/2008 (Recurso 6580/2004), señala en su FD 4.º que *“en materia de prestación sanitaria se modera tal exigencia de prueba del nexo causal en aplicación del principio de facilidad de la prueba, a que alude la jurisprudencia (Sentencias 20-09-2005, 04-07-2007 y 02-11-2007), en el sentido que la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica, principio que, como señala la citada Sentencia de 4 de julio de 2007, obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de probar que la Administración Sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica”*.

Se trata fundamentalmente de supuestos donde no se aportan informes y documentos existentes importantes para acreditar la relación de causalidad y que están en disposición de la Administración. Así, la STS de 02/01/2012 (Recurso 3156/2010), indica en su FD 3.º que *“no puede desdénarse la importancia que tiene el extenso y completo Informe de la Inspección médica (folios 194-205), en el que se reconoce con evidente claridad que no constan una serie de documentos que hacen que la Historia Clínica sea «poco rigurosa», así como «con errores evidentes» tanto en el informe de neonatología como en los registros de obstetricia en el que son confundidos datos del nacimiento de Jacinta con los de su hermana gemela. No consta el partograma, tampoco los registros FCF en las monitorizaciones. No consta informe del pediatra tras el parto, ni análisis del líquido amniótico”*. A continuación la Sentencia en el mismo FD 3.º concluye que:

*“es evidente que la carencia de esos documentos han impedido a la parte recurrente poder conocer y por ende acreditar la situación del feto en los momentos previos al parto y si se estaba produciendo un sufrimiento fetal. Tales documentos se determinan por la recurrente como fundamentales para sustentar su tesis relativa a un supuesto de mala praxis médica que la Administración niega, ofreciendo una alternativa también posible, pero de la que tampoco posee certeza absoluta puesto que no puede obviarse que en la ciencia médica por su complejidad y variedad de circunstancias es en ocasiones muy difícil ofrecer una explicación cierta, absoluta y completa. Como hemos reiteradamente sostenido, no estamos ante una prestación de resultados concretos sino ante la disposición de los medios adecuados y existentes según la ciencia médica a los efectos de conseguir el mejor estado posible de los que demandan asistencia médica. Por tanto, la Sentencia debió tener en cuenta y analizar la influencia que podía tener en materia de prueba la imposibilidad de obtener documentos o elementos*

*que prueba al alcance de la demandada y que no han sido aportados a los efectos de que la parte recurrente pueda construir una hipótesis fáctica y formular pretensión al respecto. Ello determina, por tanto, infracción de las reglas de la prueba, artículo 217 de la Ley Procesal Civil.*

*De esta forma hubo un quebranto de la «lex artis», pues al no darle a los recurrentes el derecho a tener una Historia Clínica completa y rigurosa con el seguimiento y lo acontecido en el parto, se les ha impedido acreditar si efectivamente se produjo o no sufrimiento fetal del feto, con lo que es la Administración, quien habiendo debido facilitar por su disponibilidad, esta documentación, debe correr con los perjuicios de la falta de prueba sobre que ciertamente no fue el sufrimiento fetal lo que causó la hipoxia del feto, y, eso tampoco lo ha hecho. Se le ha privado de la capacidad de probar y defender una hipótesis, respecto de la que la Administración estaba en mejor posición”.*

En este supuesto pues, el Tribunal Supremo aplica el principio de disponibilidad y facilidad de la prueba, aludiendo a que la Administración Sanitaria debe sufrir los perjuicios de la falta de prueba, dado que aporta una Historia Clínica incompleta, donde faltan informes y documentos al alcance de la Administración, y que son esenciales para probar la mala praxis médica sustentada por la demandante.

## **7.2. Ruptura del nexo causal.**

El nexo causal necesario para la existencia de responsabilidad patrimonial se puede ver interrumpido por determinadas causas como son la conducta del propio paciente o por la concurrencia de fuerza mayor.

a) La conducta y decisiones del propio paciente, adoptadas en el marco de la autonomía de su voluntad, pueden romper el nexo causal.

De esta forma se produce en supuestos donde el paciente decide no someterse a determinadas pruebas diagnósticas o tratamientos, o incumplir las indicaciones médicas recibidas; lo que determina la obligación de soportar los daños que de ello derive.

La STS de 07/10/2011 (Recurso 4597/2007), en un supuesto donde el reclamante acudió a un centro de salud diferente al que fue derivado, en el FD 6.º indica como hecho determina la ruptura del nexo causal manifestando que *“la Sala tuvo por probado que el recurrente fue asistido convenientemente en el centro de salud de San Esteban de Gormaz y fue derivado inmediatamente al oftalmólogo de zona para mayor exploración. Ya en el informe que emite el Coordinador médico del centro de salud se consigna que tras realizarse la derivación urgente al oftalmólogo de zona el paciente manifiesta que prefiere asistir al de su provincia de residencia habitual, pues se va a desplazar ese mismo día a su domicilio habitual y carece de documentación sanitaria. En eso es conteste también el informe del inspector médico, y en cuanto al perito judicialmente designado y especialista en oftalmología coincide en que el tratamiento*

*con los medios de que se disponía en el centro de salud fue el adecuado y conforme con la lex artis y que para alcanzar el diagnóstico era preciso el examen del paciente por un especialista en oftalmología con experiencia. Aceptando como hizo la Sala que el recurrente fue derivado al especialista de zona, y que fue el demandante en la instancia el que prefirió viajar para ser examinado en su residencia habitual, es obvio que se produjo la ruptura del nexo causal, y que en consecuencia el perjudicado sufrió un daño que está obligado a soportar”.*

La STS de 04/06/2010 (Recurso 3038/2008), analiza el caso de un paciente que se niega a someterse a determinadas pruebas médicas recomendadas por el reumatólogo tras la remisión por el médico de cabecera, concluyendo en el FD 7.º que esa conducta rompe el nexo causal sosteniendo que:

*“Entiende la Sala que en el marco de la autonomía del paciente éste es responsable de adoptar las decisiones que reputa oportunas en orden a la realización o no de pruebas médicas para descartar eventuales enfermedades cuando se presentan síntomas de entidad y son recomendadas por el médico, de cabecera o por el especialista.*

*Aquí decidió el paciente, pese a su historial de sujeto con concretos padecimientos previos en las extremidades inferiores, no atender a las recomendaciones para la realización de pruebas que descartaran la existencia de unas determinadas enfermedades del tejido conjuntivo.*

*En tal sentido se pronuncian los Dres. Ezequías, Isaac, Luis y Rómulo al poner de relieve el abandono del primer estudio, el de 2002, sin ser terminado y que «con toda seguridad habría descubierto la presencia de una alteración cardiológica». También depone el Dr. Juan María en el acta de ratificación de la prueba pericial con aclaraciones de las partes, en este caso de la propia actora, que «si el ecocardiograma se hubiese hecho en el 2002 se hubiese detectado su enfermedad».*

*Queda patente que de haber seguido las recomendaciones para descartar unas determinadas dolencias se hubieran podido realizar pruebas que diagnosticaran la enfermedad realmente padecida que incidió en las consecuencias derivadas de la intervención quirúrgica.*

*Tal conducta rompe el nexo causal por lo que se estima el motivo”.*

b) El nexo causal también se rompe en supuestos de fuerza mayor. Son situaciones donde el daño no es consecuencia del comportamiento de la Administración, sino de hechos imprevisibles.

De esta forma, la STS de 15/06/2011 (Recurso 2556/2007), mantiene la concurrencia de fuerza mayor, pues el daño no se debe a la actuación de la Administración sino a una evolución de la paciente infrecuente y por tanto imprevisible, indicando en su FD 5.º que “El segundo de los motivos se acoge al apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la

Jurisdicción por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

El mismo desarrolla tres distintas argumentaciones en los tres apartados que comprende: El primero afirma la responsabilidad objetiva de la Administración que queda normativa y jurisprudencialmente establecida como una tal y, por tanto, la única prueba posible para evitar dicha responsabilidad es la concurrencia de una causa de fuerza mayor o una negligencia grave de la propia víctima, de manera que ni tan siquiera sería necesario demostrar la negligencia de la Administración o de sus agentes.

Y apoya esa afirmación con la cita de las Sentencias de esta Sala de 4 de abril de 2000, 1 de abril de 1995 y 28 de febrero de 1995.

Esta primera proposición del motivo debe rechazarse. Si bien las Administraciones Públicas a tenor del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, deben indemnizar a los particulares 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 normal o anormal de los servicios públicos, la recta comprensión del precepto cuando el servicio funciona con arreglo a los estándares establecidos, o, en el supuesto de la Administración Sanitaria, de conformidad con la *lex artis*, no puede llevarse al extremo de considerar que debe responder en todo caso, de ahí que el artículo 141.1 en la reforma de 1999 introdujese la no indemnización de aquellos perjuicios que 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 en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Este es el supuesto que contemplamos, y así lo entendió la sentencia de instancia que debe confirmarse. Y ello por que el resultado lesivo que soporta la persona en cuyo nombre se reclama, no es consecuencia de un comportamiento de la Administración, en definitiva de un funcionamiento normal o anormal del servicio sino de un curso evolutivo de la paciente infrecuente y por ello imprevisible”.

Las consideraciones de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo son plenamente aplicables, pues los artículos 32.1 y 34.1 de la Ley 40/2015 coinciden con los artículos 139.1 y 141.1 de la Ley 30/1992 citados en la Sentencia.

## **8. PRESCRIPCIÓN**

El artículo 67.1 de la Ley 39/2015 (con igual redacción del anterior 142.5 de la Ley 30/1992), establece que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños,

de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

La prescripción se producirá cuando la reclamación en vía administrativa se interpone más allá del plazo de un año.

Los aspectos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la prescripción de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario son:

- a) El día inicial de cómputo tratándose de daños físicos o psíquicos es el de la curación o aquel en el que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud (STS de 18/10/2011, Recurso 5097/2007).

Por ello, no da comienzo el plazo cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, que no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible (STS de 16/12/2011, Recurso 2599/2007).

- b) Hay que diferenciar entre tratamientos médicos curativos y paliativos a efectos de cómputo de prescripción.

En el primer caso se trata de tratamientos médicos encaminados a la curación o mejora de las secuelas originadas, de las que todavía no se conoce su alcance o extensión concreta. La STS de 07/11/2011 (Recurso 5686/2009), sostiene que en dicho supuesto las intervenciones quirúrgicas de la menor no eran paliativas sino curativas, no conociéndose todavía el alcance de las secuelas que derivan del daño, por lo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción.

Por el contrario, los tratamientos paliativos van encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente, pero no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance (STS de 15/02/2011, Recurso 1638/2009). Ejemplo de este tipo de tratamientos serían los rehabilitadores. Estos tratamientos paliativos que son posteriores, no interrumpen el plazo del cómputo de prescripción, que se habrá iniciado con la determinación del alcance definitivo de las secuelas.

- c) También hay que distinguir entre daños permanentes y daños continuados.

En los daños permanentes, el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de este tipo de daños sería la pérdida de un brazo. El día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo.

Los daños continuados son aquellos que se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo, donde es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del acto causante. Por eso en este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o como dice el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, desde la curación o determinación del alcance de las secuelas (SSTS de 18/12/2011, Recurso 5097/2007; de 16/11/2010, Recurso 1483/2009).

La STS de 24/04/2012 (Recurso 1896/2011), refiere que existen determinadas enfermedades donde no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, pero donde el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación y por tanto cuantificable, iniciándose en estos casos el plazo para reclamar desde la determinación del alcance de las secuelas. Pero también señala la existencia de otras enfermedades donde ni existe curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas, se trata de enfermedades de imprevisible evolución, donde el daño puede ser reclamado en cualquier momento como continuado.

## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## VII. AGRICULTURA Y PESCA

Por Ignacio Carrasco López

La responsabilidad patrimonial de la Administración en esta materia presenta unos perfiles propios que merecen especial estudio toda vez que colisionan en ella dos órdenes de intereses que deben ser mesuradamente ponderados en el ejercicio de las funciones administrativas dada su especial complejidad.

En efecto, en materia de agricultura y pesca, como tendremos ocasión de comprobar, confluyen el interés del ciudadano y el de las empresas que operan en el mercado y una actuación administrativa que se aparte del equilibrio por exceso o por defecto puede generar responsabilidad patrimonial.

Dispone el artículo 43 de la Constitución en sus dos primeros apartados que:

*“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*

*2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.*

Pero, al propio tiempo, el artículo 33 CE reconoce el derecho a la propiedad privada (con la delimitación que impone el mismo precepto por la función social de la propiedad) y el artículo 38 CE, en fin, dispone que *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”*.

En definitiva, se contraponen el derecho a la protección de la salud que tienen todos los ciudadanos, y cuya tutela corresponde a la Administración, y el derecho a la propiedad y la libertad de empresa. Ello convierte a la Administración en árbitro en aquellas situaciones en las que el ejercicio de la libertad de empresa, como consecuencia de los procesos productivos o comercializadores de alimentos destinados al consumo humano, es generador de riesgos para la salud.

La proyección de esta peculiar tensión entre intereses en el ámbito de la responsabilidad patrimonial no modifica el régimen general, que se estudia en otra parte de esta obra, si bien concede esencial importancia a uno de los elementos que la configuran.

En efecto, la exigencia de responsabilidad patrimonial en el aspecto sectorial que tratamos está sujeta a los requisitos generales: es necesario que el funcionamiento normal o anormal de un servicio público genere en el particular un daño que no tiene éste el deber de soportar, sea el particular el ciudadano cuya salud resulta dañada, sea el particular el ciudadano que se dedica a la realización de una actividad empresarial dañada por el actuar de la Administración.

Sin embargo, de todos los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración, adquiere en esta materia especial relevancia el daño antijurídico pues la especial tensión de intereses de que hablábamos se proyecta especialmente sobre tal requisito. A este respecto, y como señalaba la STS de 21 de junio de 2011 en un asunto de inmovilización de un producto alimentario, concretamente de pimentón, *“la normalidad o anormalidad de la actuación opera como criterio de imputación del daño a la Administración, no como fundamento del deber de indemnizar, dado que la responsabilidad patrimonial no es en nuestro Ordenamiento Jurídico una sanción o una conducta culpable, sino un dispositivo objeto de reparación de todos los daños antijurídicos que los particulares sufran a resultas de acciones u omisiones administrativas”*.

Quiere ello decir que en una materia como esta en la que la actuación administrativa siempre va a proyectar sus efectos sobre alguno de los intereses en conflicto, la producción de un daño individualizado es habitual y perfectamente posible si bien no siempre va a resultar antijurídico dado que dicho daño tendrá como reverso la tutela de otro interés digno de protección.

En definitiva, cualquier medida que, en garantía de la salud de los ciudadanos, se adopte por la Administración en el seno de la seguridad alimentaria va a generar daños en la industria o en la comercialización de productos destinados al consumo humano. Del mismo modo, cualquier omisión administrativa que comprometa la salud de los ciudadanos puede

generar daños en estos, pues ambos aspectos (salud pública y actividad industrial) son el anverso y el reverso de la misma moneda; sin embargo, en ambos casos, dichos daños no han de ser necesariamente antijurídicos, y por tanto generadores de responsabilidad.

Centrándonos en el estudio de los daños causados a las empresas por las actuaciones administrativas de tutela de la salud pública, como veremos, el ejercicio de determinadas actividades empresariales están gravadas con ciertas cargas que excluyen la señalada antijuricidad.

El parámetro para medir la antijuricidad del daño, en estos casos, no puede ser el objetivo carácter pernicioso que presente el bien producido o comercializado sobre el que recae la actuación administrativa. Si así fuera y se convirtiese a la Administración en responsable por los daños que ocasione su actuación en todos aquellos supuestos en los que, finalmente, no quede acreditado el efecto maligno del producto sobre el que se actúa, se estaría imposibilitando, de hecho, el fundamental ejercicio de la prevención en una cuestión tan trascendente como esta.

Por ello, una medición de la actuación administrativa que permita calificar como antijurídico un daño debe estar guiada por principios apriorísticos y por la comprobación de una adecuada proporción entre la recta aplicación de tales principios y la actuación de la Administración.

Prescindiendo de antecedentes más remotos, podemos encontrar una mención a tales principios en el Reglamento (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. En concreto, sus artículos 5 a 10 mencionan los principios de análisis del riesgo, cautela, protección de los intereses de los consumidores, consulta pública e información al público. De todos ellos, a los efectos que nos interesan, el más importante es el de cautela.

A este principio, también mencionado con otras denominaciones (principio de prudencia, principio de precaución), se refiere la jurisprudencia siempre de un modo más o menos explícito pues su observancia es la que determina que el daño sea o no antijurídico.

Expresamente en cuanto al principio de cautela, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia CE, de 26 de noviembre de 2002, asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, Artegodan, declara que según reiterada jurisprudencia, en el ámbito de la salud pública el principio de cautela implica que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos. Con anterioridad a la consagración jurisprudencial del principio de cautela sobre la base de las disposiciones del Tratado, dicho principio era aplicado de manera implícita en el marco del control de

la proporcionalidad. Cuando la evaluación científica no permita determinar con suficiente grado de certeza si existe riesgo, el hecho de que se aplique o no el principio de cautela dependerá, con carácter general, del nivel de protección por el que haya optado la autoridad competente en el ejercicio de sus facultades discrecionales. La referida opción deberá ser, no obstante, conforme con el principio de primacía de la protección de la salud pública, de la seguridad y del medio ambiente frente a los intereses económicos, así como con los principios de proporcionalidad y de no discriminación.

En el espacio interno, y a pesar de ser jurisprudencia menor, el FJ 18.º de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 22 de enero de 2014, contiene un excelente resumen que nos ilustra acerca del marco de principios y normas en el que se desenvuelve la cuestión:

*“1.º El artículo 7.1 del Reglamento (CE) 178/2002, apodera a las Administraciones, sobre la base de una primera información disponible, para adoptar «medidas provisionales de gestión del riesgo» cuando tras observar «la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud» siga «existiendo incertidumbre científica», todo con el fin de «asegurar el nivel elevado de protección de la salud» por el que se haya optado en cada Estado. Estas medidas provisionales se mantendrán «en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva».*

*2.º Como toda medida restrictiva o de gravamen está sujeta a límites, el artículo 7.2 prevé que las antes expuestas sea proporcionadas y restrinjan el comercio sólo hasta el punto de alcanzar ese nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y otros factores considerados legítimos para el problema en cuestión. Estas medidas están sujetas a revisión conforme a unos criterios que ahora no son del caso. Estos criterios se recogen en el artículo 28.d) de la LGS.*

*3.º El artículo 26.1 de la LGS basa tal principio en la idea de existencia o «sospecha razonable» «de un riesgo inminente y extraordinario para la salud». Esta idea de sospecha o probabilidad está recogida en el Protocolo por Alerta Epidemiológica por Botulismo del SVEA, de forma que la Alerta se declara con uno o dos casos, probables o confirmados, en que se sospeche del consumo de alimentos relacionados epidemiológicamente y la Alerta se declara sin esperar la confirmación por laboratorio.*

*4.º Por lo expuesto, se configura como un principio de gestión de riesgos que se desenvuelve en un ámbito de duda, de incertidumbre científica, según el estado de la ciencia de ahí la apelación a «sospecha», «incertidumbre». Así ya en la Declaración de Rio de Janeiro de 13 de julio de 1992 (PPcio 15) respecto del medio ambiente se dijo «que la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces...»*

*5.º Las medidas que puedan adoptarse en virtud de tal principio deben ser temporales, nota ésta relevante de forma una vez que se obtengan otros elementos de juicio, la decisión debe ser revisada y sólo en tanto haya incertidumbre será admisible su mantenimiento. Ahora bien, una vez que la incertidumbre científica se ha reducido, es cuando se plantea la pertinencia de su mantenimiento y, en consecuencia, la posible antijuridicidad de los daños que causa al administrado la pervivencia de las medidas.*

*6.º De esta forma quien ve dañado su patrimonio por razón del principio de precaución en virtud de unas medidas adoptadas para la defensa de intereses relevantes y protegidos, como es la salud, tiene derecho a que, ante el cambio de las circunstancias, sean revisadas, modificadas y, en su caso, revocadas”.*

Así las cosas, el daño será antijurídico, en principio, cuando la actuación administrativa, comprobadas las circunstancias fácticas concurrentes, incumpla con la observancia del principio de cautela. Una alusión implícita a la aplicación de tal principio la encontramos, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 16 de mayo de 2012, en el que, a propósito de la paralización de la entrada de una carga de gamba pelada congelada procedente de China señala que *“De lo expuesto se deduce que el rechazo en frontera fue razonable, sobre todo teniendo en cuenta que es la seguridad alimentaria, luego la salud pública, el bien jurídico que se protege con tales controles. No se advierte por parte de la Administración una actuación formalista, pues en el ejercicio de la potestad de control alimentario actuó con flexibilidad tras advertir que el doble etiquetado no era intencionado, sino un error cuyo causante se comprometió a corregir”.*

En este ámbito, la aplicación del principio de cautela y las consecuencias que de ello se derivan ha sido profusamente estudiado con ocasión de la alarma alimentaria 2001/99 que derivó en la inmovilización temporal de aceite de orujo en todo el país y que ha dado lugar a un cuerpo de doctrina muy consolidado en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Es preciso referirnos como antecedente necesario a que diferentes servicios de inspección de diversas Comunidades Autónomas procedieron a la inmovilización del aceite de orujo como consecuencia de la emisión de la Alarma Alimentaria 2001/99 a través del sistema informático SCIRI. Dicho sistema fue creado por Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, cuyo artículo 8 referido a la transmisión rápida de la información estableció que *“Se crea un sistema de intercambio rápido de información para los casos en que se haya detectado un riesgo grave e inmediato en un producto...”*. En el presente caso quien activó la alarma fue el Ministerio de Sanidad y Consumo quien, con fundamento en las informaciones técnicas recibidas, sospechó la existencia de un riesgo grave e inmediato en el producto aceite de orujo.

La sospecha del Ministerio no era carente de racionalidad, y tenía su fundamento en informaciones de carácter técnico.

La base técnica para la adopción de la medida cautelar de inmovilización, en los términos expresados en los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía favorables a la desestimación de indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de las inmovilizaciones del aceite de orujo de oliva, fue la siguiente:

*“El aceite de orujo de oliva es un producto obtenido mediante un proceso tecnológico. La contaminación por HAPs se origina en dicho proceso y no porque previamente existan niveles de HAPs en la materia prima. La síntesis de HAPs se produce durante la combustión de los compuestos orgánicos a altas temperaturas. En el aceite la formación de los HAPs depende de varios factores, entre los que cabe destacar la posible contaminación del ingrediente crudo, el tipo de procedimiento utilizado, la temperatura de combustión, el contacto directo con los humos de combustión y el contenido de humedad en el orujo, que influye en el tiempo de exposición. El problema que origina la alerta surge como consecuencia del cambio en el procedimiento de extracción continua en el aceite de oliva, que pasa de un sistema de tres fases, en el que se obtiene aceite de oliva, alpechín y orujo sólido (30-40% de humedad), a un sistema de dos fases en el que se obtiene por una parte los aceites y por otra el alpeorujo (mezcla de orujo y alpechín) que contiene un 70-80% de humedad. Para poder extraer el aceite que contienen los orujos (1 a 7% de aceite) es necesario someter a estos orujos a un secado para eliminar la mayor cantidad posible de humedad. Para ello se necesitan temperaturas muy altas, y que por tanto, suelen generar niveles elevados de HAPs. Por otra parte, existía y existe la posibilidad real de reducir los niveles de contaminación del aceite de orujo crudo mediante la incorporación al proceso de obtención de técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbón activo. Mediante esta técnica de filtrado es posible reducir el nivel de benzo (a) pireno a niveles inferiores a 1 microgramo/Kg. Las industrias elaboradoras de este producto conocían esta técnica de filtrado y estaban en condiciones de incorporarla a su proceso industrial tecnológico”.*

Tras el conocimiento de esa situación, así como de los conocimientos científicos existentes en el momento sobre los HAPs, se decide poner en marcha la alerta sanitaria. Dos días después la Comisión de Coordinación y Cooperación en Salud Alimentaria, celebrada el día 5 de julio de 2001, convocada por el Ministerio de Sanidad y Consumo y a la que asistieron todas las Comunidades Autónomas, acordó que se procediera a la inmediata inmovilización del producto, pues se estaba ultimando la normativa que estableciera los controles precisos a los que debía ser sometido.

La citada normativa fue la Orden de 25 de julio de 2001, por la que se establecen los límites de determinados hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAPs) en el aceite de orujo de oliva, publicada en B.O.E. núm. 178, de 26 de noviembre de 2001.

Inmediatamente y a los efectos de ejecutar los criterios aplicables al método analítico, el Instituto Carlos III, dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, elaboró un Plan Normalizado de Trabajo, al que se sometieron voluntariamente las empresas del sector,

y mediante el cual se realizaron los pertinentes análisis para verificar que el producto estaba dentro de los límites establecidos en la Orden de 25 de julio de 2001 y, en caso negativo, someter al producto a un proceso de detoxificación para su posterior reenvasado. Sólo después de la ejecución del Plan Normalizado de Trabajo el producto fue desinmovilizado.

Se trató de una medida acordada a nivel nacional, de carácter temporal –la inmovilización duró sólo unos días, 14 en el caso presente– por el tiempo necesario para someter el producto al proceso de detoxificación en la fase de refinado y envasado, de acuerdo con el citado Plan Normalizado de Trabajo, para la eliminación y/o disminución de los niveles de HAPs, pues transcurridos unos días desde que se produjo la alarma los aceites inmovilizados directamente eran objeto de tratamiento de reprocesado para su autorización a la comercialización, y se trataba finalmente de una medida de carácter preventivo.

Las inmovilizaciones del producto se llevaron a cabo al amparo del artículo 26.1 de la Ley General de Sanidad, a cuyo tenor *“En caso de que exista o se sospeche razonablemente de la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”*.

La problemática que se planteó se proyectó en dos direcciones: por una parte, se discutió la justificación de la alerta sanitaria; por otra, se discutió si, con independencia de lo anterior, era posible llevar a cabo una inmovilización del aceite de orujo sin tramitar un procedimiento contradictorio.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Tribunal Superior de Justicia, en relación con la segunda de las cuestiones, consideró en múltiples sentencias que la alerta sanitaria no permitía la inmovilización del producto sin un procedimiento contradictorio previo. Ello dio lugar a la interposición de un recurso en interés de la ley que provocó el dictado de la STS de 14 de noviembre de 2007 en la que se fijó como doctrina legal que *“el artículo 26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas en él contempladas sin necesidad de instrucción previa de un procedimiento administrativo cuando resulten necesarias para garantizar la protección de la salud de los consumidores”*.

La misma sentencia, sin embargo, realizaba también un pronunciamiento, no incluido en la doctrina legal pero muy importante, acerca de la consecuencia que la adopción de una alerta sanitaria podía generar en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, al establecer que:

*“Sin embargo, la complejidad casuística incita a la adopción de las medidas antedichas veda que pueda realizarse un pronunciamiento general como el pretendido por la*

*Administración autonómica acerca de que los daños derivados por la adopción de las antedichas medidas no son antijurídicos y, por ende, no acarrear derecho a indemnización alguna.*

*Si debe producirse o no una reparación en la situación patrimonial del afectado por la adopción de las medidas que luego se reputan contrarias a derecho será una cuestión a solventar en cada caso valorando las circunstancias concurrentes en las actuaciones de la Administración.*

*Incumbe a la Administración que adopte o ejecute la medida ponderar adecuadamente la existencia o no de riesgos inminentes y extraordinarios para la salud sin que el invocado principio de precaución despliegue aquí causa exoneradora de responsabilidad alguna ya que la esencia de la norma radica en la inminencia y extraordinariedad del riesgo para la salud. En consecuencia, no se acepta la pretensión interpretativa exoneradora de la responsabilidad general”.*

Es decir, que la adopción de una alerta alimentaria, aún cuando pueda adoptarse sin tramitar procedimiento contradictorio alguno, puede generar en los empresarios daños antijurídicos que haya que reparar. Del mismo modo, la anulación jurisdiccional de una alerta alimentaria no es por sí sola reveladora de la existencia de un daño antijurídico.

De hecho, en el caso que la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de julio de 2007, confirmó la Sentencia de 20 de octubre de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que anuló la alerta alimentaria. Esta Sentencia consideró que aun existiendo un riesgo para la salud, éste no podía ser considerado como inminente, ni tampoco extraordinario, por lo que no se reunían los requisitos necesarios para la adopción de las medidas preventivas que, además, causaron graves perjuicios en el sector y generaron “una alarma social desproporcionada a la realidad, científica, del riesgo”.

La Sentencia funda su conclusión en la prueba pericial practicada sobre los Hidrocarburos Policíclicos Aromáticos pues, si bien son sustancias con un posible efecto cancerígeno, los niveles detectados en los distintos ámbitos, incluidos los alimentos, se mantienen por debajo de las dosis nocivas para la salud, dado que su efecto nocivo no se produce por la ingestión ocasional de una dosis alta, sino en la ingesta continuada de una dosis nociva durante meses.

El Tribunal Supremo afirma que la alerta sanitaria constituye una actuación administrativa impugnabile por estar fundada exclusivamente en el artículo 26 de la Ley General de Sanidad y atendido al contenido de dicho precepto, la discutida resolución decide “aconsejar” la inmovilización cautelar y transitoria del producto, añadiendo que “el levantamiento de la medida de carácter cautelar quedará condicionado a la ausencia de detección de estos compuestos por un método analítico adecuadamente validado y con un límite de determinación que en ningún caso sea mayor que 1 ppb”. Y añade el Alto Tribunal que dicha

decisión traslada su ejecución a las Comunidades Autónomas que son las competentes en la organización de los servicios de salud, sin que dicho traslado permita afirmar que nos encontramos ante un simple consejo y no una resolución que adopta una concreta medida. Además, como la alerta advertía del riesgo para la salud, que consideraba inminente y extraordinario, ello ha supuesto la imposición de adoptar la medida.

Tampoco el Tribunal Supremo admitió la invocación tanto de la Reglamentación Técnico-Sanitaria de Aceites Vegetales Comestibles en cuanto ésta exige que dichos aceites deberán estar en perfectas condiciones de consumo, como la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992 relativa a la seguridad general de los productos, y el Real Decreto 44/1996, de transposición de la Directiva citada, porque la medida se adoptó con fundamento en precepto de rango legal, que regula exhaustivamente la materia y por tanto, será dicho precepto legal al que se deba confrontar la decisión para determinar si es o no adecuada a Derecho.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo consideró que el daño derivado de la alerta alimentaria no era antijurídico. Las empresas del sector plantearon diversas reclamaciones de indemnización por los daños derivados de la inmovilización de aceite de orujo por la alerta alimentaria, siendo así que las impugnaciones judiciales de la desestimación de las pretensiones indemnizatorias no han corrido desigual suerte. Mientras que en el ámbito de la Administración del Estado, la Audiencia Nacional ha desestimado los recursos contencioso-administrativos, algunos Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de Andalucía, sí han estimado los recursos contencioso-administrativos.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de enero de 2010, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, en la consideración de que la doctrina correcta es la de las Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional que desestiman los recursos contencioso-administrativos.

El Alto Tribunal admite la contradicción de los pronunciamientos que dan respuesta distinta a supuestos idénticos, pues el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía consideró que nos encontramos ante un caso paradigmático de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas, en tanto que la Audiencia Nacional entendió que la alerta alimentaria en cuanto se limita a aconsejar a las Comunidades Autónomas la inmovilización cautelar del aceite de orujo, se presenta correcta, y que el daño invocado por las recurrentes no deja de ser el resultado de la desconfianza de los consumidores del producto, lo que desvirtúa la relación de causalidad entre estas consecuencias y aquella alerta. Igualmente resalta que el daño no es antijurídico.

Con fundamento en su propia doctrina, contenida en numerosas sentencias que han conocido de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Supremo opta por la solución desestimatoria y deduce la ausencia de antijuricidad de las siguientes circunstancias: 1) cuando se produce la alerta ya existían informes anteriores a nivel internacional que

ponían de manifiesto los posibles riesgos existentes para la salud; 2) la alerta se produce no como una simple actuación de oficio de las autoridades sanitarias españolas, sino provocada por la difusión en medios de comunicación de la República Checa sobre el peligro del consumo de aceite procedente de España al ser susceptible a largo plazo de producir células carcinógenas; 3) los análisis practicados recomendaban la inmovilización del producto, con carácter cautelar y transitorio, condicionándose dicha medida a la ausencia de detección de determinados compuestos por un método analítico adecuadamente validado y con un límite de determinación que en ningún caso sea mayor que 1 ppb.

Y añade a estas circunstancias la inmediatez entre la alerta y la publicación de la Orden que establece el nuevo límite, lo que demuestra la diligencia de la Administración. Igualmente el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, impone a los productores y distribuidores la obligación de comercializar únicamente productos seguros, así como a adoptar medidas para informar a los consumidores de los riesgos que los productos pueden entrañar y, en fin, la obligación de tomar en consideración los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en el sector. Y es que en el caso concreto, la contaminación del aceite de orujo se produce en el proceso industrial de obtención del producto y las empresas del sector disponían de la técnica oportuna para reducir los niveles de contaminación.

A pesar de lo resuelto por el Tribunal Supremo, no obstante y siguiendo el que, a mi juicio, es el análisis más lúcido realizado sobre esta cuestión, obra de Gálvez Ruiz, habría sido interesante que el Tribunal Supremo hubiese confrontado tanto la legalidad de la medida cautelar de inmovilización, como la desestimación de las reclamaciones de indemnización, con el ordenamiento europeo, que ofrece, en esta materia, un marco normativo y jurisprudencial de primer orden.

## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## VIII. CONSUMO, JUEGOS Y ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Por Ana María Medel Godoy

### 1. CONSUMO

#### 1.1. Planteamiento.

La materia de protección de los consumidores y usuarios estaría formalmente en nuestro ordenamiento atribuida a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, siendo así que, sin embargo, al tratarse de una materia compleja y de contornos imprecisos incidirían sobre la misma múltiples títulos competenciales estatales determinando que sea más adecuado hablar así de competencias compartidas.

En este sentido cabría invocar aquí, por ejemplo, y en lo que concierne a Andalucía, el artículo 58.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la Constitución, en materia de:

*4.º “Defensa de los derechos de los consumidores, la regulación de los procedimientos de formación, información y educación en el consumo y la aplicación de reclamaciones”.*

No obstante, tal y como anteriormente se ha reseñado, dicha competencia aún proclamada como exclusiva estaría sometida a una serie de limitaciones que derivan de la incidencia, en relación con el mismo sector material, de múltiples títulos competenciales estatales en atención a los cuales cabría hablar más bien de una materia o competencia compartida.

Se transcribe a continuación, un fragmento de un pronunciamiento jurisprudencial suficientemente ilustrativo de lo expuesto. Así la STC 55/1989 señala lo siguiente (En el mismo sentido STC 133/1992):

*“FJ PRIMERO. Conviene recordar, en este sentido, que, como ya se dijo en la STC 71/1982, de 30 de noviembre, la defensa del consumidor es un «concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias» (FJ 1.º), lo que significa, en otras palabras, que esta materia se caracteriza ante todo por su contenido pluridisciplinar, en el que se concita una amplia variedad de materias que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el artículo 149.1 CE a los efectos de concretar las competencias del Estado. Ello mismo evidencia que, si bien en el artículo 149.1 CE no se ha mencionado expresamente la rúbrica «defensa de los consumidores y usuarios», abriéndose así, en estrictos términos formales, la posibilidad de que algunos Estatutos de Autonomía hayan asumido la competencia «exclusiva» sobre la misma (artículo 149.3 CE), como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre «defensa del consumidor y del usuario» corresponden a determinadas Comunidades Autónomas –entre ellas las ahora impugnantes–, las cuales, en ese caso, también podrán quedar vinculadas a las previsiones estatales. La defensa del consumidor y del usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (artículo 149.1, en sus números 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 CE, principalmente); es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía. En definitiva, tal como reconoce la representación del Gobierno Vasco, estamos ante una materia que dado su carácter pluridisciplinar, resulta en todo caso compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que, por lo demás, fácilmente se comprueba en algunos Estatutos de Autonomía,*

*al reconocerse que la competencia «exclusiva» sobre defensa del consumidor y del usuario se actuará por la correspondiente Comunidad Autónoma «en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución» (artículos 12.1.5 E. A. C. y 30.1.4 E. A. G.), o que dicha competencia «exclusiva» lo será «sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia» (artículo 10.28 E. A. P. V.)”.*

Así de hecho la norma de cabecera en la materia sería estatal: el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, dictado por el Estado en virtud de múltiples títulos competenciales. Legislación mercantil, procesal y civil, condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, sanidad, planificación general de la actividad económica (disposición final primera del TRLCS, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, hemos de destacar que se trataría de un ámbito de la actuación pública en que no existiría una incidencia particularmente destacada del instituto de la responsabilidad patrimonial. Dicho lo cual analizaremos a continuación algunos supuestos de reclamaciones que se habrían producido, bien en relación con el ejercicio de dicho título competencial genérico (Forum-Afinsa), o bien, a resultas de la actuación administrativa prestadora de servicios o de protección de los usuarios en determinados sectores dotados de una regulación específica.

## **1.2. Supuestos frecuentes y jurisprudencia aplicable.**

*A) Perjuicios derivados de la pérdida de la inversión a resultas de la insolvencia de Forum Filatélico y Afinsa.*

Al objeto de exponer la doctrina sentada por los Tribunales en materia de responsabilidad patrimonial al enjuiciar este caso, comenzaremos por el relato de los principales antecedentes del mismo, atendiendo precisamente a lo determinado en tales pronunciamientos jurisdiccionales (Sentencia de la Audiencia Nacional de 09/06/2010, JUR 214498).

Así, como punto de partida, debe recordarse que Forum y Afinsa comenzaron a desarrollar su actividad en el sector de la comercialización de bienes tangibles (sellos) a principios de la década de los años ochenta, incrementando desde entonces en considerable progresión su volumen de negocios. La actividad comercial de Forum y Afinsa se estructuraba, esencialmente, de la siguiente forma:

El inversor suscribía un contrato de “*mandato de compra*” con Forum y Afinsa (la sociedad), para que ésta procediera a comprar un lote de valores filatélicos por un cierto importe; el contrato podía o no precisar qué sellos debían componer tal lote, si bien estipulaba

que la adquisición realizada por la sociedad quedaba subordinada a su aceptación expresa por el mandante. Una vez adquiridos, los valores filatélicos eran puestos a disposición del mandante en un plazo máximo de 15 días; transcurrido dicho plazo sin que la sociedad pudiera materializar en el mercado la compra encomendada, el mandato quedaba resuelto y la sociedad procedía a vender al cliente los correspondientes valores filatélicos de sus propios “stocks”. En la misma fecha el mandante recibía, en concepto de anticipo a cuenta de la cantidad pactada en el mandato de venta a suscribir pocos días después, una serie de pagarés.

En dicho contrato de mandato de venta, la sociedad entregaba al mandante el lote de valores filatélicos adquiridos y éste encargaba a la sociedad la gestión de venta de dicho lote en la fecha que se determinaba en el propio documento y por la cantidad mínima que igualmente se establecía. Se estipulaba a continuación que si la sociedad mandataria no encontraba adquirentes en el mercado en la fecha y por la cantidad antes indicada, se consideraba resuelto el mandato y la sociedad se comprometía a comprar, en su propio nombre, el lote de valores filatélicos por el importe mencionado; en ambos casos, debían descontarse de la cantidad a entregar al mandante, los anticipos a cuenta que el mismo hubiera percibido con anterioridad.

Podía suscribirse, además, un contrato para el depósito en la sociedad de los valores filatélicos adquiridos por el mandante, en cuya virtud, el depositante (mandante y adquirente de los sellos), podía reclamar en cualquier momento de la sociedad depositaria la entrega de los valores filatélicos con un preaviso de siete días.

En el desarrollo de la referida actividad empresarial, Forum y Afinsa fueron objeto de diversas actividades inspectoras llevadas cabo por la Agencia Tributaria durante los años 1980, 1990 y principios de 2000, a partir de las cuales la AEAT acordó con fecha 29 de julio de 2005 poner en conocimiento de la Fiscalía General del Estado la documentación obtenida en las mismas, por si pudiera derivarse de ella la existencia de indicios de delito.

Examinada la documentación remitida por la Agencia Tributaria, con fecha 21 de abril de 2006 la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción, presentó ante la Audiencia Nacional sendas querellas, respectivamente, frente a determinadas personas físicas vinculadas con Forum y Afinsa y frente a las propias empresas, imputando a los querellados la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de delitos de estafa, blanqueo de capitales, insolvencia punible y administración desleal, en el caso de Forum, y delitos contra la hacienda pública, blanqueo de capitales, insolvencia punible, administración desleal y falsedad en documento privado, en el caso de Afinsa.

Las referidas querellas dieron lugar a la apertura de las diligencias previas núm. 148/2006, seguidas ante el Juzgado de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, donde se investigan los hechos imputados a Forum, y las diligencias previas n.º 134/2006, seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional, donde se investigan los hechos imputados a Afinsa.

Finalmente, los Juzgados de lo Mercantil números 7 y 6 de Madrid, en autos de 22/06/2006, procedimiento de concurso ordinario núm. 209/2006, y 14/07/2006, procedimiento de concurso ordinario núm. 208/2006, respectivamente, declararon a Forum y Afinsa en concurso necesario de acreedores dada su situación de insolvencia.

Ante la situación de pérdida de sus inversiones, los clientes de Forum Afinsa formularon múltiples reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a las autoridades de consumo, estatales o autonómicas, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia Tributaria, o incluso los propios órganos jurisdiccionales.

Ante la Audiencia Nacional se suscitan entorno a los 450 recursos sobre la cuestión que son resueltos por dicho Tribunal mediante una fundamentación tipo que trata de dar respuesta a todos los argumentos y reclamaciones suscitados en las diversas demandas en relación con cada una de las instancias u organismos públicos mencionados y que va a incorporar a todas las sentencias que dicta en estos pleitos. Opción que suscitó no pocas controversias procesales (incongruencia, falta de motivación, defectos en la valoración de la prueba etc.) que serán las fundamentalmente abordadas por el Tribunal Supremo en los recursos suscitados frente a los pronunciamientos de aquella. En tal sentido, a modo de ejemplo, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 09/06/2010, JUR 214498 y STS de 31/01/2012.

Interesa especialmente, en cuanto atañe al objeto de este epígrafe, el análisis de la doctrina sentada por la Audiencia Nacional respecto a la supuesta responsabilidad patrimonial en que hubieran podido incurrir las autoridades de consumo en este concreto supuesto.

Expondremos la misma siguiendo la Sentencia de la Audiencia Nacional relativa a una de las reclamaciones formuladas en su día frente a la Junta de Andalucía, en relación con los perjuicios derivados de la pérdida de la inversión (Sentencia de la Audiencia Nacional de 07/07/2011, JUR 256016).

En relación con las autoridades de consumo, los clientes o inversores afectados por la insolvencia de Forum Filatélico y Afinsa aducían, como fundamento de su reclamación en materia de responsabilidad patrimonial, que dichas autoridades no habrían actuado diligentemente en el ejercicio de sus competencias en un doble aspecto, habiendo sido tal omisión o inactividad causa eficiente del perjuicio sufrido por los mismos a resultas de la insolvencia de aquellas entidades. Así se argüía que dichas autoridades no habrían abordado oportunamente el correspondiente desarrollo reglamentario de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectivos, imputándoseles también, de otra parte, la falta de ejercicio de unas supuestas facultades de inspección o control sobre aquellas entidades.

Al objeto de resolver tales reclamaciones, la Audiencia Nacional, comenzaría exponiendo una serie de consideraciones generales extraídas de la jurisprudencia que se habría ido sentando por la misma en múltiples pronunciamientos anteriores, en que se habría abor-

dado la cuestión de la eventual responsabilidad de los organismos supervisores de un determinado sector de la actividad económica o financiera en los supuestos de perjuicios derivados por la pérdida de sus inversiones por los clientes (Caso AVA, S.A. Sentencia de la Audiencia Nacional de 13/03/2003, Gescartera Sentencia de la Audiencia Nacional de 18/10/2005, JUR 2006/11253). En este sentido la Audiencia Nacional recuerda que la intervención o regulación de un determinado sector económico no hace a la Administración garante del buen fin de todos los negocios o inversiones que se hagan en el mismo. Igualmente destaca el riesgo inherente a todo acto de inversión, así como la importancia, como factor que podría incluso, llegar a romper el nexo causal, de la propia decisión del cliente o inversor.

En este sentido señalaría la Audiencia Nacional (Sentencia de 07/07/2011, de la Audiencia Nacional, JUR 256016), reproduciendo otros pronunciamientos anteriores que:

*“Concretamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988 (Caso SOFICO), el Alto Tribunal puso de manifiesto, entre otras, las siguientes conclusiones:*

*«Entre el funcionamiento anormal que se atribuye a la Administración del que se dice que provocó la confianza de los inversores en Sofico y el resultado dañoso sufrido por los actores se interponen dos tipos de actuaciones absolutamente voluntarias: a) en primer término la decisión de los demandantes de invertir en las sociedades del grupo de Sofico, y b) en segundo lugar, la gestión desarrollada por los directivos de aquéllas».*

*«Pretender ligar causalmente la decisión de invertir con la confianza en la existencia de un respaldo administrativo de la legalidad de la actuación de las empresas objeto de la publicidad resulta terminantemente excesivo...»:*

*«B) En esta línea, la actividad de inversión de capitales, en un modo diligente de conducirse, debe ir precedida de un asesoramiento de expertos, los cuales, por cierto, no suelen hacer indicaciones terminantemente favorables pues dejan normalmente a salvo la posibilidad de fracasos. Incluso, pues, la intervención de personas peritas en la materia se traduce en un dejar la decisión, siempre sometida a riesgos, en manos del futuro inversor.*

*Justamente por ello la decisión de invertir capitales tiene un carácter, en el sentido que viene indicándose, eminentemente personal en cuanto que la ha de tomar el interesado que debe saber que en el mundo de los negocios no todo son éxitos o beneficios sino que también existen los fracasos y las pérdidas. Este carácter 'personal' de la decisión implica la asunción también 'personal' de los riesgos, independientemente de las responsabilidades en que pueden incurrir los gestores de las empresas en las que se produce la inversión»”.*

[...]

En análogo sentido, en la más reciente Sentencia de 27/01/2009 (caso Gescartera), el Tribunal Supremo nos advierte lo siguiente:

[...]

*“Como dice la sentencia de instancia, la entidad recurrente concertó de forma voluntaria con Gescartera operaciones de depósito remunerado (imposición a plazo fijo según su propia expresión), que esta no estaba habilitada para efectuar por su propia condición de sociedad gestora de carteras, condición plenamente conocida por la entidad inversora que, no obstante la naturaleza de la operación concertada, suscribe un contrato formalizado de gestión de cartera, de manera que asume no solo los riesgos del contrato sino los que derivan de concertar la operación con una entidad no habilitada al efecto. En estas circunstancias, no puede trasladar a la actuación de la CNMV la responsabilidad por el resultado negativo de la gestión encargada, alegando que si la Administración, apreciando la realización de tales operaciones por la entidad de inversión, hubiera revocado convenientemente su autorización para operar en el mercado de valores, habría evitado el perjuicio al no poder contratar con Gescartera por cese de actividad, pues la falta de habilitación de Gescartera para la concertación de las operaciones de depósito en cuestión existía desde el principio, lo que no impidió que la entidad recurrente, conociendo su naturaleza, acudiera a la misma, voluntariamente, para concertar tal operación propia de las entidades de crédito y no de la entidad a la que acudía, por lo que no puede ampararse en la confianza en la actividad de control de la CNMV, que intervino la entidad gestora cuando comprobó la gravedad de su situación financiera y la ineficacia de las medidas alternativas que se venían adoptando”.*

Se repite con reiteración en el enjuiciamiento de este tipo de supuestos la idea expuesta de que la intervención o regulación en un determinado mercado o actividad económica no puede convertir a la Administración en responsable del buen fin de todas las inversiones. En este sentido, señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 26/09/2010, RJCA 2012/888:

*“Mediante la actividad reguladora, se ordena jurídicamente la actividad económica, mediante el establecimiento de controles para acceder o salir de un sector económico, determinación de condiciones sobre los niveles de producción y calidad de los servicios, relación entre compañías... La regulación es pues una forma de intervención de los poderes públicos en el mercado, si bien no de carácter directo, sino mediante el establecimiento de normas jurídicas generales que han de observar todos los que actúen en él y la intervención administrativa mediante la creación de órganos de vigilancia ad hoc. Los poderes públicos en el sistema de regulación no determinan como ha de realizarse la actividad económica según las circunstancias, sino que dejan a la iniciativa privada tal determinación, si bien estableciendo el marco jurídico de la actividad y creando órganos de control en el cumplimiento de tal regulación jurídica. Pues bien, a la luz de las expuestas normas constitucionales y la naturaleza del sistema de*

*regulación, hemos de afirmar que fuera del ámbito competencial administrativo antes descrito, el riesgo inherente a la actividad económica sometida a la iniciativa privada recae sobre los operadores económicos, pues el sistema de regulación no sustituye la iniciativa privada por la pública, ni supone la actuación económica directa de la Administración en el mercado, sino tan solo la vigilancia del cumplimiento de las normas y la adopción de las medidas legalmente establecidas a tal fin; sin que ello suponga el desplazamiento del riesgo propio de la actividad económica*".

Se apunta aquí ya otra de las ideas o argumentos nucleares conforme a los cuales, los Tribunales estimaron improcedentes las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial dirigidas por los perjudicados frente a la autoridades de consumo en el caso de Forum Filatélico y Afinsa.

Así, la Sentencia indica que *"fuera del ámbito competencial descrito"* los inversores han de soportar el riesgo derivado de su actuación, y consecuentemente, el perjuicio derivado de una inversión fallido.

En efecto en relación con la primera línea de argumentos en que se basaban las reclamaciones dirigidas frente a las autoridades de consumo, la de la omisión o falta de diligencia en el ejercicio de sus supuestas facultades de supervisión o control de las entidades dedicadas a la comercialización de bienes tangibles, la Audiencia Nacional reproduciría aquí argumentos que son comunes en cuanto a otros supuestos de responsabilidad patrimonial por inactividad de los poderes públicos en el sentido, de que, sea desde el punto de vista del necesario nexo causal o bien de la exclusión de la antijuridicidad del daño, el presupuesto para que pueda apreciarse este tipo de responsabilidad estaría en la correspondiente atribución o titularidad de una determinada facultad o competencia o, de modo más concreto, de las correspondientes funciones o facultades de inspección o supervisión.

Así la Audiencia Nacional (Sentencia de 07/07/2011, JUR 256016), señalaría en el pronunciamiento que analizamos que:

*"Ahora bien, la relación de causalidad, presupuesto para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial, «no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquella. ...En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que*

*haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar» (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero, 31 de marzo y 10 de noviembre de 2009, y 16 de mayo de 2008).*

*[...] Ahora bien, debemos reparar que en este caso se estaría reprochando a la Administración una dejación en el ejercicio de determinadas facultades, lo que exige, obviamente, constatar con carácter previo la existencia de tales competencias”.*

En análogo sentido, la Sentencia de 26/09/2012, de la Audiencia Nacional, señala lo siguiente:

*En este punto hemos de resaltar dos elementos:*

*“1) El principio de habilitación administrativa supone que la Administración solo tiene las potestades públicas expresamente otorgadas por el Ordenamiento Jurídico y por norma con rango suficiente en cada caso. En el supuesto que nos ocupa, como ya hemos apuntado, la CNMV no tiene potestades de investigación coercitiva, de suerte que los medios de investigación otorgados por el Ordenamiento, parten de la idea de colaboración de los interesados, cuya obstrucción, falta de información o resistencia a la investigación del órgano de regulación, constituye infracción administrativa prevista en la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781), pero no autoriza a la CNMV, a la utilización de medios compulsivos de investigación.*

*2) Desde este punto de vista, toda circunstancia que escape a su conocimiento tras ejercer todas las facultades de investigación que el ordenamiento jurídico le otorga, se configura como un hecho ajeno a su ámbito competencial y por ello también ajeno a su actividad ya sea positiva, acción, o negativa, omisión. No existe actuación posible fuera de las competencias expresamente otorgadas, y por tanto no puede existir acción u omisión a la que anudar causalmente un resultado. No existe en tales casos el elemento de la acción u omisión que constituye la base de la responsabilidad patrimonial”.*

A partir de tal doctrina general, la Audiencia Nacional analiza la regulación establecida respecto a la actividad de comercialización de bienes tangibles concluyendo que la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, no atribuía a las autoridades de consumo facultades de inspección o control de las empresas comercializadoras de bienes tangibles lo que conduce a la desestimación de la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada en base a esta argumentación.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial de las autoridades de consumo que pudiera derivarse de la falta de desarrollo reglamentario de dicha disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, la Audiencia Nacional traería también aquí a colación la doctrina general sentada por los tribunales en relación con

los requisitos para que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad de omisión de desarrollo reglamentario.

Así, señalaría la Sentencia de la Audiencia Nacional de 07/07/2011, JUR 256016:

*“En este sentido, enlazando con lo anterior y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, conviene recordar que «únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico» (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004). Consecuentemente, la «nulidad por infracción omisiva... es teóricamente posible en dos supuestos señalados ya en Sentencia de 16 de enero de 1998: a) cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el incumplimiento, no de una mera habilitación, sino de una obligación expresamente establecida por la ley que se trata de desarrollar o ejecutar; y b) cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico» (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1998)”.*

Llegando a la conclusión, mediante la aplicación o el contraste de tales requisitos con el supuesto enjuiciado, de que tampoco por esta vía cabría apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades de consumo pues:

*“La única previsión de desarrollo reglamentario a que aludía la disposición adicional en cuestión, se refería a aquellos extremos que por esta vía (reglamentaria) podían introducirse en relación con el contenido de la información precontractual, lo que en modo alguno enervaba la sustancia normativa que, sobre el particular, se recogía en la propia disposición, que, además, no contenía ni siquiera sobre dicho extremo una clara habilitación o mandato de desarrollo reglamentario, sino más bien una previsión eventual sobre el mismo.*

[...]

*La anteriormente descrita doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al supuesto enjuiciado, en cuanto la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2004 no imponía a la Administración Pública el dictado de una determinada norma reglamentaria, conteniendo tan solo la previsión de un eventual desarrollo que, por otra parte, no aparecía como el complemento necesario para la aplicación de la normativa recogida en la expresada disposición adicional, disposición adicional que, insistimos, albergaba una sustancia normativa suficiente para la implementación de las medidas precautorias en ella contempladas”.*

Al concluirse por la Audiencia Nacional en el enjuiciamiento de estas reclamaciones de responsabilidad patrimonial la improcedencia de la misma, no se habría entrado a dilucidar en sus pronunciamientos cual hubiera sido la concreta Administración responsable: el Estado o las Comunidades Autónomas, en atención a la distribución de competencias derivada de la Constitución Española en esta materia.

Las Sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo recaídas en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial efectuadas por los clientes de Forum Filatélico y Afinsa a resultas de la insolvencia de éstas últimas entidades, abordarían también con profusión de argumentos el análisis de la eventual existencia en este supuesto de responsabilidad patrimonial de otras instituciones del Estado, tal y como apuntábamos más arriba, y cuyo análisis no abordaremos por exceder del ámbito material propio de estas líneas, limitándonos a apuntar someramente como los Tribunales habrían desestimado la reclamación formulada frente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España por entender que la actividad de Forum Filatélico y Afinsa era mercantil y no financiera, no tratándose de entidades de crédito ni entidades que intervengan en mercados regulados, razón por la cual no estarían comprendidas en el ámbito de supervisión de aquellas instancias.

#### *B) Perjuicios derivados de retrasos en los aeropuertos.*

Enmarcaríamos en la materia que nos ocupa, protección de los consumidores y usuarios, entendida en un sentido amplio, los supuestos de reclamación efectuadas por los usuarios del transporte aéreo, a través de sus asociaciones, frente a la Administración General del Estado y la entidad Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (en adelante AENA) en razón de los perjuicios derivados del mal funcionamiento de las instalaciones aeroportuarias.

Sobre el particular, cabría señalar como, efectivamente se habría reconocido tal responsabilidad por los Tribunales, constatada la concurrencia de todos los elementos necesarios para la existencia de la misma, y, en particular, la existencia de deficiencias en el mantenimiento o funcionamiento de las instalaciones, generadores de un perjuicio efectivo para los usuarios. Así, siguiendo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28/10/2003:

#### “SÉPTIMO.

*Así las cosas, el conjunto de la probanza y el contenido del expediente y de los autos principales, denotan que en el período considerado se produjeron serias disfunciones en el servicio público aeroportuario, como se refleja en el FJ Quinto de la presente resolución, en particular en sus apartados A), B) (implícitamente), C), D) y E), por el cúmulo de circunstancias a que ya se ha hecho mención, sustancialmente derivadas de problemas técnicos no resueltos satisfactoriamente, de carencias de personal y de modernización de infraestructuras en ejecución, funcionamiento anormal en nexo causal con los perjuicios generados a los usuarios del transporte aéreo (molestias,*

*situación de zozobra,...) circunstancia que respaldaría la estimación del recurso jurisdiccional deducido”.*

Por el contrario, se habría apreciado la improcedencia de la reclamación formulada, en supuestos en que, concurrirían factores ajenos a la propia gestión de AENA (intervención cualificada de un tercero: trabajadores de Iberia en el colapso del Aeropuerto de El Prat), determinantes de los perjuicios causados, Sentencia de la Audiencia Nacional de 18/12/2009, RJCA 2010/156:

*“Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea tiene encomendado, en virtud de Real Decreto 1161/1999 (RCL 1999, 1886, 2524), la adjudicación de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra, así como funciones de seguridad operativa, pero no tiene atribuida funciones de seguridad de orden público. Conforme se ha expuesto más atrás, el mantenimiento de la seguridad y el orden público en los aeropuertos y aeródromos civiles y demás instalaciones de la aviación civil corresponde al Ministerio del Interior; orden público y seguridad que sin duda se vieron afectados por un fenómeno de enormes proporciones como fue el declarado en el Aeropuerto de El Prat. Por otra parte, para que la responsabilidad patrimonial pueda ser declarada es preciso que entre la actuación de la Administración y el daño producido exista una relación directa o indirecta, mediata o inmediata, pero necesariamente adecuada y relevante, quedando excluida la responsabilidad si la intervención de un tercero es de tal entidad que quiebre dicha relación. En el presente caso, los sucesos que originaron el colapso del aeropuerto fueron provocados y producidos por personas ajenas a AENA, sin que haya quedado acreditado que la conducta del Gestor constituya concausa eficiente en la producción del resultado que se predica dañoso”.*

### *C) Perjuicios derivados del retraso en la transposición de una Directiva.*

A continuación aludiremos a un interesante supuesto recaído en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y al hilo del cual cabría exponer aquí los requisitos o condicionamientos generales para que puedan prosperar las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho Comunitario.

En el supuesto a que aludimos la reclamación iba dirigida a la Administración General del Estado al venir atribuida al mismo la competencia para la transposición de la Directiva 94/477 CE sobre Multipropiedad, cuyo retraso habría originado los correspondientes perjuicios a los compradores por no inclusión, en los contratos celebrados desde la conclusión del plazo de transposición concedido a los Países Miembros y la efectiva transposición, de los derechos reconocidos en dicha Directiva.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 07/05/2002, RJCA 634, expondría cuales serían los requisitos que permitirían apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos por incumplimiento del Derecho Comunitario, admitiendo la

procedencia de la misma en el supuesto enjuiciado en los términos que transcribimos a continuación:

*“Así, el principio general de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario, ha sido establecido por el TJCE ya desde la Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (TJCE 1991, 296), Francovich y otros, asuntos acumulados C 6/90 y C 9/90; como ha declarado recientemente el propio Tribunal comunitario en la Sentencia de 4 de julio de 2000 (TJCE 2000, 150), Haim II, asunto C 424/97, «...la responsabilidad por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario imputables a una autoridad pública nacional constituye un principio, inherente al sistema del Tratado, que genera obligaciones a cargo de los Estados miembros (véanse las Sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C 6/90 y C 9/90, Rec. P. I 5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996 [TJCE 1996, 37], Brasserie du pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C 46/93 y C 48/93, Rec. pg. I 1029, apartado 31; de 26 de marzo de 1996 [TJCE 1996, 56], British Telecommunications, C 392/93, Rec. pg. I 1631, apartado 38; de 23 de mayo de 1996 [TJCE 1996, 90], Hedley Lomas, C 5/94, Rec. pg. I 2553, apartado 24; de 8 de octubre de 1996 [TJCE 1996, 178], Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C 178/94, C 179/94 y C 188/94 a C 190/94, Rec. pg. I 4845, apartado 20, y de 2 de abril de 1998 [TJCE 1998, 59], Norbrook Laboratories, C 127/95, Rec. pg. I 1531, apartado 106)».*

*Sentado este principio general, recuerda la Sentencia mencionada los requisitos para que tal responsabilidad sea exigible al afirmar que «...de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que son tres, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados. La apreciación de estos requisitos varía en función de cada tipo de situación (Sentencia Norbrook Laboratories, antes citada, apartado 107)», cuyos requisitos «... se exigen tanto cuando los daños cuya reparación se solicita se derivan de una inactividad del Estado miembro, por ejemplo, en el caso de que éste no haya adaptado el Derecho interno a una Directiva comunitaria, como cuando resultan de la adopción de un acto legislativo o administrativo contrario al Derecho comunitario, con independencia de que haya sido adoptado por el propio Estado miembro o por un organismo de Derecho público jurídicamente independiente del Estado».*

*Comparando los hechos del recurso con los requisitos acabados de mencionar para la exigencia de responsabilidad, resulta, en primer lugar, que existió una infracción, por parte del Estado, de una norma de derecho comunitario que le obligaba a adaptar su derecho interno a la Directiva 94/47/CE, en el plazo de 30 meses en ella previsto, lo que no hizo; en segundo lugar, que de dicha Directiva derivaban derechos a los particulares, como las personas físicas aquí recurrentes, que eran perfectamente identificables por las disposiciones de la propia Directiva y que no pudieron hacer valer, como el*

*derecho de resolución «ad nutum» o posibilidad de desistimiento unilateral sin penalización alguna para el adquirente en el plazo fijado (artículo 5 de la Directiva) o la prohibición de entrega de anticipos o cantidades a cuenta, hasta transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho anterior, siendo precisamente el importe de estas cantidades las que se reclamaron ante la Administración y en las que, en definitiva, los demandantes concretan el perjuicio sufrido; el vínculo causal lo constituye, precisamente, el que la imposibilidad de ejercitar tales derechos es consecuencia directa del incumplimiento por parte del Estado, ya que conforme al derecho interno entonces vigente resultaba válida la entrega de cantidades a cuenta en el momento de suscribir el contrato y no contemplaba una posibilidad como la resolución mencionada, que posteriormente en la Ley 42/1998 se introduce como derecho de desistimiento (artículo 10)”.*

*D) Actuaciones de las entidades supervisoras en ámbitos sectoriales específicos.  
Telecomunicaciones.*

Habrían dado también lugar a pronunciamientos en materia de responsabilidad patrimonial las reclamaciones derivadas de la actuación de sus facultades por parte de las entidades encargadas de supervisar que la actuación de las empresas u operadores del mercado en un determinado sector regulado se acomode a las normas dictadas para proteger a los usuarios en dicho ámbito o sector.

En este sentido, por ejemplo, nos referiremos a continuación a la reclamación efectuada por una empresa prestadora del servicio de tarificación adicional que habría incumplido las exigencias establecida en materia de publicidad en el correspondiente Código de Conducta aprobado para dar adecuada protección a los usuarios de tales servicios. En dicho pronunciamiento se concluye la inexistencia de responsabilidad patrimonial al haber actuado el organismo supervisor, al suspender a la empresa el uso del número correspondiente, con estricta sujeción a la normativa aplicable.

Así, siguiendo la Sentencia de 05/07/2006, del TSJ de Madrid, RJCA 2007/393:

*“Para que pudiera haber responsabilidad administrativa es preciso que el particular no esté obligado a soportar el daño, cosa que en este caso si que está obligado, en la medida en la que la retirada del número de teléfono es una consecuencia ligada a la infracción por la demandante de un deber de publicidad de sus servicios, es una consecuencia directamente vinculada a una infracción de tal normativa y expresamente prevista por la norma jurídica pública.*

*[...]*

*En conclusión, no cabe estimar la reclamación de daños, en primer lugar porque los mismos, si se hubieran producido, son consecuencia directa y normativamente prevista, de la infracción de los deberes del demandante. En segundo lugar, los daños, tal y*

*como se plantea, son meramente hipotéticos o especulativos, basados en conceptos de daño erróneos, y que no están ligados necesaria y causalmente con la decisión administrativa impugnada”.*

## **2. JUEGO**

### **2.1. Planteamiento.**

El juego es una materia no mencionada por el artículo 149 de la Constitución Española en ninguna de sus cláusulas, a partir de lo cual habría sido asumida por las Comunidades Autónomas como una competencia exclusiva, aunque con fórmulas diversas.

Así, siguiendo la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía:

*“Artículo 81. Juego.*

*1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de juegos, apuestas y casinos, incluidas las modalidades por medios informáticos y telemáticos, cuando la actividad se desarrolle exclusivamente en Andalucía.*

*2. La autorización de nuevas modalidades de juego y apuestas de ámbito estatal, o bien la modificación de las existentes, requiere la deliberación en la Comisión Bilateral Junta de Andalucía-Estado prevista en el Título IX y el informe previo de la Junta de Andalucía”.*

Según se inferiría de dicho precepto la competencia de la Comunidad Autónoma vendría delimitada por un criterio territorial, contemplándose, a su vez, una participación de aquella en el ejercicio por parte del Estado de sus competencias respectivas en la materia.

Ello por cuanto, aunque el artículo 149 de la Constitución Española no contuviera referencia alguna al juego, sí que incorporaría otros títulos competenciales en base a cuya interpretación por el Tribunal Constitucional, el Estado resultaría titular de amplias competencias en la materia. En concreto en virtud del título Hacienda General en el que se entendería comprendida, para la jurisprudencia constitucional, la explotación del monopolio de la Lotería.

Dicha doctrina se desprendería con nitidez, por ejemplo, de la STC 163/1994, conforme a la cual:

*“Como monopolio fiscal, cuyo establecimiento constituye una manifestación del poder financiero del Estado reservando el ejercicio exclusivo de un juego de suerte para producir unos ingresos públicos, corresponde a la Administración del Estado la gestión y explotación del juego de la Lotería en todo el territorio nacional. No se trata, por tanto, de que al Estado se atribuya la competencia por razón de las modalidades de organiza-*

*ción del juego de la Lotería, sino porque la atribuida a la Hacienda pública comprende el monopolio fiscal como productor de ingresos públicos, al margen del carácter concreto del juego gestionado; lo determinante es, pues, si al juego organizado y gestionado por el Estado debe atribuirse el carácter de Lotería, y no, por supuesto, a cualquier otra actividad industrial productora de ingresos para el Estado. No se produce, por otra parte, un desplazamiento de los títulos de competencia específicos por el genérico (en este caso, el del artículo 149.1.14.<sup>ª</sup>); en primer término, porque no se trata de una competencia general en orden a la creación por parte del Estado de cualesquiera juegos y apuestas, sino de una especial atribución de la que le corresponde sobre un monopolio fiscal históricamente definido y conservado hasta hoy; pero además, porque la estatutariamente atribuida a las comunidades autónomas tampoco es una competencia sobre el juego en general, sino sobre «casinos, juegos y apuestas», que para permitir una aplicación amplia que incluya todas las modalidades de aquél exige una interpretación genérica pues si descendiese a los caracteres de cada juego o apuesta acaso hubiera de ser restringida según sus características singulares (STC 163/1994, FF.JJ. 5.º y 6.º).*

[...]

*El precepto impugnado no invade, así, la competencia de la Generalidad de Cataluña en materia de casinos, juegos y apuestas por estar reservada a la competencia del Estado, ex artículo 149.1.14 CE, en razón de su naturaleza de fuente de la Hacienda estatal, la gestión del monopolio de la Lotería Nacional, y con él la facultad de organizar loterías de ámbito nacional; y además, en cuanto suponen una derogación de la prohibición monopolística establecida a favor del Estado, el otorgamiento de las concesiones o autorizaciones administrativas para la celebración de sorteos, loterías, rifas, apuestas y combinaciones aleatorias solamente cuando su ámbito se extienda a todo el territorio del Estado y sin perjuicio de la competencia exclusiva de la Generalidad para autorizar o celebrar aquellas actividades dentro de su ámbito territorial".*

En el ejercicio de tales competencias tanto el Estado como las Comunidades Autónomas habrían sido objeto de múltiples reclamaciones por responsabilidad patrimonial a cuyo análisis dedicaremos el siguiente epígrafe de la presente obra.

## **2.2. Supuestos frecuentes y jurisprudencia aplicable.**

A) *Daños derivados de actos legislativos. Declaración de inconstitucionalidad de una ley.*

En virtud de la Ley 5/1990, de 29 de junio, en su artículo 38.2.2, se estableció en su día un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar de aplicación a las Máquinas recreativas tipo B. Dicho gravamen fue efectivamente satisfecho por los empresarios del sector, siendo así que finalmente, el meritado precepto legal fue declarado inconstitucional y anulado en virtud de la STC 173/1996.

La situación de los afectados, con respecto a la aplicación de dicho gravamen era muy variada, desde el punto de vista de su propia reacción, en el sentido de haber agotado o no los recursos contra las correspondientes liquidaciones, de la existencia o no de una sentencia firme que confirmara aquellas en sede contencioso-administrativa etc.

Muchos de los afectados plantearon la devolución de las cantidades ingresadas por la vía de la responsabilidad patrimonial dando lugar a una copiosa jurisprudencia que se mostró favorable a la estimación de tales reclamaciones.

Al hilo de tales reclamaciones, se habría abordado en dichas sentencias la cuestión de la posibilidad y requisitos de la responsabilidad por acto legislativo, ello tanto con anterioridad como a partir de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aunque ésta no se considera finalmente aplicable por razones cronológicas.

Siendo así que la jurisprudencia recaída habría admitido la procedencia de la responsabilidad patrimonial en supuestos de declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango legal.

Así, la STS de 13/06/2000, RJ 5939, señalaría:

*“Antes de la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), hemos admitido la posibilidad de existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la actuación del Estado legislador cuando han existido actuaciones concomitantes de la Administración causantes de un perjuicio singular, aunque éste, de manera mediata, tenga su origen en la Ley. En la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8769), seguida poco después por la de 1 de diciembre del mismo año (RJ 1992, 1069), y más adelante por otras muchas, todas ellas dictadas en relación con la jubilación anticipada de funcionarios públicos establecida por las leyes reguladoras de su respectivo estatuto, se ha considerado que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875); pero tampoco puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley.*

[...]

*Se ha mantenido que si la ley no contiene declaración alguna sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador («ratio legis»)*

para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemnizar. No es necesario que lo hagamos, no sólo porque la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es posterior a los hechos que motivan la reclamación objeto de este proceso, sino también porque, por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido «a priori» en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles. Este mismo principio ha sido defendido desde tiempo relativamente temprano por nuestra jurisprudencia, separando el supuesto general de responsabilidad del Estado legislador por imposición de un sacrificio singular de aquel en que el título de imputación nace de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. La Sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7784), además de remitir la responsabilidad por acto legislativo a los requisitos establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (que la lesión no obedezca a casos de fuerza mayor; que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado; que no exista el deber de soportarlo; y que la pretensión se deduzca dentro del año en que se produjo el hecho que motive la indemnización) y de afirmar que «en el campo del Derecho tributario, es obvio que la responsabilidad del Estado legislador no puede fundarse en el principio de la indemnización expropiatoria», añade que «el primer hito señalado por el Tribunal Constitucional para la responsabilidad del Estado legislador ha de buscarse en los efectos expropiatorios de la norma legal. Pero con ello no queda agotado el tema. Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes– quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la ley vulnera la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la ley». La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional».

Igualmente señalaría la jurisprudencia recaída en relación con este supuesto, que no puede ser obstáculo para la eventual reclamación de responsabilidad patrimonial el límite de la Cosa Juzgada, o las reglas sobre irretroactividad y eficacia de las sentencias constitu-

cionales incorporadas al artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, tal y como se pretendía por la Abogacía del Estado, al tratarse de una cuestión, la de la responsabilidad patrimonial, distinta o ajena a las reseñadas. Así como que no sería dable exigir a los particulares afectados por la ley inconstitucional, a fin de que pudiera prosperar su reclamación por responsabilidad patrimonial la carga de haber agotado todos los recursos pertinentes contra los actos de aplicación de la misma pues ello conduciría a una litigiosidad desproporcionada y absurda, siendo patente que aquellos no tiene legitimación para ejercitar la acción de inconstitucionalidad de una ley que, por otra parte, goza de la presunción de constitucionalidad dotando a su vez, de presunción de legitimidad a la actuación administrativa efectuada a su amparo.

A partir de los razonamientos expuestos la jurisprudencia admitiría una doble vía o posibilidad de actuación a los afectados (STS de 30/03/2007) o bien ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial o bien instar la revisión de oficio de los actos de aplicación y posteriormente intentar dicha reclamación de responsabilidad patrimonial:

*“En nuestro sistema legal, quienes han tenido que satisfacer el gravamen complementario, impuesto por el precepto declarado inconstitucional, después de haber impugnado en vía administrativa y sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo sentencia firme que lo declara conforme a derecho, no tienen otra alternativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979 (RCL 1979, 2383), del Tribunal Constitucional, que ejercitar una acción por responsabilidad patrimonial, derivada del acto del legislador, dentro del plazo fijado por la ley. Si no se hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, el interesado tiene a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, como acontece en el caso enjuiciado, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, está legitimado para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también puede utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución (RCL 1978, 2836) y a las leyes”.*

Sin embargo no sería esta la solución adoptada por la recientemente promulgada Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme a la cual (artículo 32 apartados 3 y 4) podrá surgir responsabilidad del Estado Legislador cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango legal declarada inconstitucional en el supuesto de que, además de los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial, concurra el siguiente: que el particular haya obtenido, en cualquier instan-

cia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

*B) Perjuicios derivados de actos de denegación de autorizaciones posteriormente anulados jurisdiccionalmente.*

En este tipo de supuestos la jurisprudencia reconocería la procedencia de la indemnización de los perjuicios causados por aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en los supuestos en que la denegación de la autorización resultó improcedente por motivos de fondo declarándose así finalmente por los Tribunales y siempre que concurren los restantes requisitos legalmente establecidos para que pueda declararse la existencia de tal responsabilidad.

En este sentido, la STS de 05/12/2014, RJ 6083, señala lo siguiente:

*“Cuando la actora en la instancia solicitó su autorización el 2 de noviembre de 2001, aportó un contrato de arrendamiento suscrito con la propietaria del local, sujeto a doble condición, una, que la solicitante consiguiera la autorización, y otra, que la propietaria obtuviese la disponibilidad del local, arrendado a otra empresa, disponibilidad que se derivó de la resolución de la Audiencia Provincial de Palma, que declaró resuelto ese anterior contrato de arrendamiento, declarándose, el 3 de diciembre de 2002, levantada la suspensión del procedimiento instado para la concesión de la autorización, una vez que según resulta probado, y a la vista de la decisión judicial firme dictada por la Audiencia Provincial de Palma, se resolvió el contrato de arrendamiento entre la propietaria del local, y aquella otra empresa, quedando expedita la posibilidad de arrendamiento del local, donde se iba a realizar el negocio, entre la propietaria y Colón Ciento Diez, S.L. En definitiva, la Sala de instancia, asumiendo lo dicho por ese mismo Tribunal en Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (PROV 2008, 76170), tiene por probado que desde el 3 de diciembre de 2002 existía esa disponibilidad de la actora sobre el local. Y a tal hecho probado debemos ahora circunscribirnos en sede casacional, y por tanto debe rechazarse la argumentación de la Comunidad Autónoma, por cuanto la denegación de la autorización, tal y como se recoge en la Sentencia dictada, no resultaba en modo alguno procedente, pues existiendo disponibilidad sobre el local, la autorización, con todas las consecuencias a ello inherentes, hubiera debido ser otorgado, al no existir razón de ningún tipo, física ni jurídica, que lo impidiera, así lo estableció la referida Sentencia de 20 de noviembre del 2007 (PROV 2008, 76170), en aplicación del artículo 41 del Real Decreto 2110/1998 (RCL 1998, 2502).*

*Consiguientemente, en una causalidad directa y eficaz, la imposibilidad de abrir el negocio, por la denegación de la autorización generó a la actora en la instancia, un daño antijurídico que no tenía obligación de soportar y además real y efectivo, evidenciado en el lucro cesante que se le generó, sin perjuicio de cuanto luego precisaremos sobre*

*su cuantificación al estudiar el segundo motivo, y por tanto concurriendo los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial, y en concreto el referente al daño ocasionado, los motivos primero y tercero han de ser desestimados”.*

En análogo sentido pueden verse la STS de 22/10/1998, RJ 8419, o STSJ de Andalucía de 29/10/2004, JUR 148072.

En otros supuestos, por falta de alguno de los requisitos establecidos para la existencia de la responsabilidad patrimonial, sin embargo, se habrían desestimado tales peticiones en casos de anulación jurisdiccional de la denegación de un permiso.

Así, por falta de acreditación del daño efectivo alegado, analizando un supuesto de denegación del otorgamiento de una guía de circulación de máquina recreativa mediante el canje del permiso de explotación, la STS de 25/01/2000, RJ 2316 (en análogo sentido pueden verse SSTS de 20/12/1995 y 05/10/1999), señala:

*“Basta, para desestimar este motivo, con advertir que las Sentencias citadas como precedentes se refieren por lo general a otros supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, y con recordar de nuevo la jurisprudencia específicamente sentada por esta Sala en relación con este concreto y particular supuesto de anulación de la denegación del canje del permiso de explotación. Así, hemos dicho (además de las ya citadas, en las Sentencias de 3 de febrero de 1989 [RJ 1989, 783], 14 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7409] y 14 de julio de 1995 [RJ 1995, 5641], entre otras) que la anulación del acto administrativo de canje no genera por sí misma responsabilidad, pues el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (RCL 1957, 1058, 1178 y NDL 25852), reiterado ahora por el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), dispone que la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales de las resoluciones administrativas no presupone por sí misma derecho a indemnización y así lo tiene declarado la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 6 de marzo de 1990, 6 de junio de 1990 (RJ 1990, 4842), 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 5697) y 8 febrero de 1991 (RJ 1991, 1214). Además, la existencia de un daño o lesión patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada constituye el núcleo esencial de tal responsabilidad patrimonial; daño que ha de ser real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o simples expectativas y pesa sobre el interesado la carga de la prueba del mismo. Finalmente, no puede presumirse que la máquina en cuestión fue retirada de la explotación y, consiguientemente, supuso pérdidas y perjuicios a su titular, pero tal presunción, como hemos expresado en nuestras Sentencias de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 10050) (Recurso de casación 530/1992) y 12 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1798) (Recurso de casación 240/1992), carece de los requisitos exigidos por el artículo 1.253 del Código Civil para que pueda considerarse válida a los efectos de estimarse acreditada la indicada retirada de la explotación, ya que el hecho probado, cual es la denegación del canje,*

*no guarda un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano a que alude este precepto del Código Civil, con la retirada de la máquina de la explotación, sino que, por el contrario, con independencia de que el hecho pudiera constituir una infracción sancionable, la máquina recreativa en cuestión podría indebidamente haber estado instalada y en funcionamiento como se razonó en las Sentencias de 23 de noviembre de 1993 y 12 de marzo de 1994”.*

C) *Perjuicios derivados de la adopción de medidas cautelares (precinto o depósito de los instrumentos utilizados para el juego) en expedientes sancionadores, siendo finalmente las resoluciones sancionadoras anuladas.*

Se trataría aquí de un supuesto semejante al anterior, en el sentido de que la Administración ejercita sus competencias adoptando resoluciones que finalmente resultan anuladas, tratándose aquí, en concreto, de las medidas cautelares derivadas de un expediente sancionador, afectadas igualmente, como señala el TS por la nulidad de aquel.

Al hilo del enjuiciamiento de este tipo de supuestos, la jurisprudencia establece la doctrina de que habría de estarse a si la actuación administrativa se fundamentó, en su día, en una valoración de las circunstancias e interpretación y aplicación de las normas en función de aquellas que responda a parámetros de razonabilidad. Siendo así que de resultar tal juicio positivo, es decir, si la Administración tuvo una actuación razonable ello excluiría la procedencia de la indemnización, apreciándose, por el contrario, la misma procedente en otro caso.

A título ilustrativo, en cuanto a la meritada doctrina, reproduciremos a continuación fragmentos de uno de los pronunciamientos que habrían incorporado la misma. Así señala la STS de 16/02/2009, RJ 1238 (En análogo sentido puede verse, por ejemplo, STS de 24/05/1994, RJ 4317):

*“Hecha la anterior precisión, se ha de tomar como punto de partida la idea, presente en el artículo 142, apartado 4, de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), heredada del artículo 40, apartado 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 (RCL 1957, 1058, 1178) (BOE de 31 de julio de 1957), de que la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la Administración no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella cuando se cumplan los requisitos precisos. Hay que rechazar, pues, las tesis maximalistas de cualquier signo, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como las que sostienen su existencia en todo caso (véanse las Sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 2000, ya citada, FJ 2.º; 5 de febrero de 1996 [RJ 1996, 98], [casación 2034/1993, FJ 2.º]; y 14 de julio de 2008 [RJ 2008, 3432] [casación para la unificación de doctrina 289/2007, FJ 3.º]). En esta tesitura, como hemos subrayado en la citada Sentencia de 14 de julio de 2008 (FJ 4.º) y en la de 22 de septiembre del mismo año (RJ 2008, 4543) (casación para*

la unificación de doctrina 324/2007, FJ 3.º), para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa. Decíamos entonces que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución (RCL 1978, 2836), que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión (véase nuestra Sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3.º, rememorada en la de 24 de enero de 2006 [casación 536/2002, FJ 3.º]; en igual sentido se manifestaron las Sentencias de 13 de enero de 2000 [RJ 2000, 659] [casación 7837/1995, FJ 2.º], 12 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 6346] [casación 2053/2002, FJ 5.º], 5 de junio de 2007 [RJ 2007, 4991] [casación 9139/2003, FJ 2.º], 31 de enero de 2008 [casación 4065/2003, FJ 3.º] y 5 de febrero de 2008 [RJ 2008, 1351] [Recurso directo 315/2006, FJ 3.º]). Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración Pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos Sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4.º y 3.º, respectivamente).

SEXO. Pues bien, la imposición de medidas cautelares en el seno de un procedimiento sancionador no es discrecional, pese a que las propias empresas recurrentes en-

tiendan lo contrario. Con su aplicación se trata de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, según reza el artículo 136 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), y reproduce con mayor precisión el 15 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RCL 1993, 2402) (BOE de 9 de agosto), donde se puede leer que para su aprobación se han de tener en cuenta también el buen fin del procedimiento, la necesidad de evitar que se mantengan los efectos de la sanción y las exigencias de los intereses generales (apartado 1), debiendo ajustarse a la intensidad, a la proporcionalidad y a las necesidades de los objetivos que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto (apartado 2). Estas previsiones reglamentarias, a cuyo espíritu responde el artículo 8 del Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 77/1993, de 26 de agosto (LCM 1993, 218) (BOE de 21 de octubre), ponen de manifiesto que al aplicar medidas provisionales la Administración no dispone de un margen de apreciación que le permita optar entre distintas opciones, todas igualmente justas y admisibles para el ordenamiento jurídico, sino que debe buscar la solución adecuada para el lance concreto, a la vista de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes. No actúa, pues, una potestad discrecional sino otra reglada, dirigiéndose hacia la única meta pertinente en atención a las singularidades del supuesto, orientándose con las pautas que le proporcionan los principios de proporcionalidad y de equidad, a fin de evitar, tal y como recuerda el artículo 72, apartado 2, de la Ley 30/1992, causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados. Dichos principios no sólo operan al tiempo de optar entre el catálogo de medidas cautelares previsto por el legislador, sino que también han de inspirar la actuación administrativa que se desenvuelva para aplicar la que se elija, de modo que se ponga en marcha sin causar al destinatario más inconvenientes que los estrictamente necesarios para garantizar las finalidades a las que tendencialmente se ordena.

[...]

A juicio de la Sala, que en este punto coincide con el de las empresas recurrentes, las cautelas controvertidas resultaron desmedidas, tanto en su contenido como en su forma de aplicación. Esta apreciación justifica la afirmación de que dichas empresas no se encuentran jurídicamente obligadas a soportar el daño que pueda haberles ocasionado la actuación administrativa, pues la solución adoptada no se ha producido dentro de los márgenes razonables en los que debe transitar una organización llamada a satisfacer los intereses generales con eficacia pero también con objetividad (artículo 103, apartado 1, de la Constitución (RCL 1978, 2836)). En suma, nos encontramos ante una lesión antijurídica, por lo que aquellas entidades no están compelidas a arros-trar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico se derivan de la descrita actuación administrativa.

En ocasiones anteriores y para supuestos semejantes hemos seguido el mismo criterio. Así, en la Sentencia de 10 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1786) (casación

496/1997), declaramos la responsabilidad patrimonial de la Administración por el cierre cautelar de una sala de bingo en el seno de un procedimiento sancionador en el que se impuso una sanción después anulada en sentencia firme. Otro tanto hicimos en la Sentencia de 22 de febrero de 1993 (RJ 1993, 2291), ya referenciada, en relación con la suspensión de los efectos de una licencia municipal de obras revocada en la vía jurisdiccional. La Sentencia de 18 de abril de 2000 (RJ 2000, 3373), también reseñada, avaló una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que decretó la responsabilidad administrativa por la clausura de un local en el que el reclamante ejercía su profesión de estomatólogo, medida administrativa que fue anulada por los tribunales de esta jurisdicción. En fin, en la de 18 de diciembre de 2000, igualmente citada, llegamos a la misma conclusión para el caso del precinto provisional y posterior sanción de cierre temporal de una discoteca”.

Tal y como se ha señalado en el epígrafe anterior del presente trabajo, también en este tipo de supuestos, la jurisprudencia no entiende procedente la indemnización, pese a la anulación de las correspondientes resoluciones, si falta alguno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda existir responsabilidad patrimonial, por ejemplo, la existencia o prueba del daño efectivo (STS de 20/10/2004, RJ 6843).

*D) Perjuicios derivados de la manipulación, extravío u presentación anticipada de boletos.*

En el supuesto de extravío de boletos, habiendo cumplido el apostante todas sus obligaciones, si dicho extravío se produce ya en la fase de tramitación o gestión de dicho boleto por parte del establecimiento receptor, la jurisprudencia habría admitido la procedencia de la indemnización por responsabilidad patrimonial.

En este sentido puede verse la STS de 14/05/1999, RJ 5189 (idéntica doctrina se incorporaría en supuestos similares a las SSTS de 23/12/1998 y 15/12/1999) que, con cita de otra anterior, habría declarado que:

*“La STS de 1 de diciembre de 1994, invocada por el demandante en los autos de instancia y pese a ello no considerada por la sentencia impugnada, al pronunciarse sobre un supuesto análogo apuestas de la Lotería Primitiva al que es objeto de este recurso, sentó, en su FD Cuarto, una doctrina a la que pertenecen las siguientes consideraciones:*

*«En la sentencia de instancia se estudia con todo detalle que la conducta seguida (por la demandante) demuestra una intención evidente de formalizar la apuesta, cumpliendo todas las reglas del juego, presentando el boleto, rellenándolo con la combinación (que determina), pegándole el sello, abonando cincuenta pesetas y entregándolo al depositario nombrado por la Administración. Todo ello presidido por la mejor buena fe que no permite poner en duda su validez. Aquí terminan sus obligaciones para con-*

cretar la apuesta y a partir de este momento es la Administración la que debe cumplir los trámites siguientes de la recogida y conservado de los boletos, su clasificación o escrutinio, la separación de los cuerpos B1 y B2, el microfilmado, y remisión a las Oficinas Centrales bajo la custodia de la Junta Superior de Control, y si durante este camino la apuesta formulada correctamente se pierde o destruye, no será por culpa del apostante sino por culpa o negligencia de la Administración o de las personas o agentes que obran en su nombre y por tanto nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la misma conforme dispone el artículo 40 de la LRJAE, vigente cuando sucedieron los hechos, y conforme establece el artículo 106 de la CE».

Y añade esta Sentencia:

«Al estar acreditado en autos que como consecuencia de un funcionamiento anormal de los servicios de Loterías y Apuestas del Estado se ha causado un daño, valorable económicamente (en la cantidad que precisa) que hubiera percibido si la apuesta se hubiese formalizado por los servicios correspondientes de Loterías y Apuestas del Estado, nos encontramos en presencia de una situación de estricta justicia que debe ser atendida por el Tribunal de instancia, sin necesidad de hacer acudir a la recurrente a la vía de reclamación contra el Estado al amparo del artículo 40 de la LRJAE, sometiéndola de nuevo a otro procedimiento judicial».

Idéntica solución alcanzaría la STS de 28/03/2001, RJ 4538, en un supuesto de manipulación del boleto por el establecimiento receptor.

Supuestos curioso sería el analizado en la STS de 28/12/2001, RJ 873/2002, en el que el apostante habría presentado un boleto indicando en el mismo la intención de participar en su sorteo posterior (Sorteo 27), en la fecha en que los boletos recogidos venían referidos a un Sorteo anterior (Sorteo 26). No se consideró procedente aquí la indemnización de los perjuicios sufridos, en cuanto que la Administración hizo estricta aplicación de la normativa vigente al aplicar el boleto al sorteo correspondiente a su fecha de presentación (Sorteo 26).

Así, siguiendo la Sentencia de 28/12/2001:

“En relación con la normativa aplicable, resulta de trascendental importancia la resolución de 19 de septiembre de 1985 que regula las normas sobre concursos y pronósticos de la Lotería Primitiva. Pues bien, la norma 19 establece que sólo tomarán parte en los concursos de pronósticos aquellos boletos cuyos cuerpos B2 y el microfilme de los cuerpos B1 se encuentren antes del comienzo del sorteo en poder de la Junta Superior de Control para su custodia y archivo y cumplan los requisitos y formalidades establecidos por la citada resolución. Esta norma se complementa con la núm. 40, a cuyo tenor «cualquiera que sea el número del sorteo o la fecha consignada por el concursante en el boleto, se considerará que interviene dicho boleto y las apuestas convalidadas por el sello correspondiente en el concurso en que se haya recibido el microfilme del mismo por la Junta Superior de control».

En atención a la normativa expuesta, fácilmente se colige que la Administración se limitó a cumplir con la normativa vigente al admitir el boleto presentado por el actor en el sorteo núm. 26, ya que en el momento de la celebración del mismo el boleto no sólo había sido presentado sino que, además, se encontraba depositado en el organismo de control.

A mayor abundamiento es de señalar que la resolución de 23 de junio de 1990, obrante en el expediente administrativo, dispone que todos los boletos de la Lotería Primitiva que sean recibidos por la Junta Superior de Control antes del comienzo del sorteo del jueves 28 de junio de 1990 participarán exclusivamente en el que se celebre dicho día, y los que fuesen recibidos por la mencionada Junta con posterioridad al jueves y antes de la celebración del sorteo del sábado 30 de junio de 1990 participarán exclusivamente en este segundo sorteo. Dicha resolución se publicó en el BOE de 26 de junio de 1990, presumiéndose su conocimiento por parte de los apostantes por así decirlo la norma 2.ª de las antes citadas”.

[...]

“Negada la antijuridicidad de la conducta administrativa, que se limitó a cumplir en sus propios términos las normas generales reguladoras de los concursos de pronósticos y las específicas de los sorteos en liza –normas vinculantes para quienes por su participación en dichos concursos a ellas quedaban sometidos y cuyo conocimiento les era exigible–, el motivo debe ser desestimado”.

E) Otros supuestos.

a) Responsabilidad patrimonial derivada de la aprobación de norma reglamentaria.

En ocasiones, a raíz de una modificación de la normativa reguladora del juego, los empresarios de sector, habría pretendido una indemnización de los daños y perjuicios derivados de su aplicación. Tal es lo acaecido a la entrada en vigor del Real Decreto 593/1990, de 27 de abril, que aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar. La jurisprudencia no aprecia la existencia en este caso de responsabilidad patrimonial, exponiendo, al objeto de motivar adecuadamente tal conclusión, cuáles serían los requisitos generales para que pueda existir responsabilidad patrimonial derivada de la entrada en vigor de una norma reglamentaria.

En este sentido de la STS de 10/05/1996, se inferiría lo siguiente:

“La resolución del presente recurso contencioso ha de tener por presupuesto el que las disposiciones reglamentarias únicamente dan lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos en que de las mismas se deriven cargas generadoras de daños individualizados y evaluables, no con carácter general y uniforme a los administrados en cuanto miembros de una colectividad, cual sería el caso de consecuencias desfavorables para los agentes intervinientes en un determinado

sector de actividad al que va dirigida la norma reglamentaria en cuestión de manera general al estar dicho sector sometido a un régimen jurídico especial, sino en aquellos supuestos en que tales cargas se impongan de modo singularizado y especial a determinados agentes, entidades o personas que actúan en el sector de referencia en función de una específica circunstancia que en ellos concurra; ello es así por cuanto sólo en este último caso estaremos ante un supuesto en el que concurra el requisito de la antijuridicidad de la lesión sufrida por el administrado, requisito que como es sabido resulta indispensable para que pueda operar el instituto de la Responsabilidad Patrimonial que nos ocupa. En el caso de autos la reclamación se fundamenta en los perjuicios que se dice derivan de las disposiciones transitorias 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª y 8.ª del Real Decreto 593/1990, de 27 de abril (RCL 1990\1015 y 1231). Las disposiciones de referencia han de ser valoradas con independencia de que las mismas hayan sido declaradas ajustadas a Derecho, por cuanto el Instituto de la Responsabilidad Patrimonial opera tanto en los supuestos de funcionamiento normal como en los de funcionamiento anormal de los servicios públicos, por lo que no es necesario que el actuar de la Administración sea contrario al ordenamiento jurídico, lo que hace que la declaración de que la disposición en cuestión resulta ajustada a Derecho no excluye en absoluto la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y por ende la obligación de indemnizar caso de que concurran los restantes requisitos exigidos para que opere la figura jurídica que nos ocupa, a saber, antijuridicidad de la lesión, daño efectivo evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el daño producido. En el caso que nos ocupa, sin embargo ninguno de los argumentos utilizados por el recurrente puede prosperar ya que las obligaciones que se imponen a las operadoras en las disposiciones transitorias, se imponen con carácter general, ninguna excepción por razones territoriales ni de otro tipo se contienen en la norma, por lo que las cargas derivadas de la modificación normativa alcanzan en términos generales a todos los agentes que intervienen en el sector de referencia, de donde resulta que, conforme a la doctrina expuesta, el carácter general de la carga o gravamen derivado de la disposición en cuestión elimina el requisito de antijuridicidad necesario para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial, sin que pueda alegarse falta de rango de la norma ya que el artículo 31.3 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) que alega el recurrente debe ponerse en relación con el artículo 133 que se refiere a la potestad de establecer tributos, lo que evidentemente no hace el Real Decreto 593/1990, y de otra parte, si bien es cierto que, aun cuando el precepto que comentamos lo que hace es consagrar el principio de legalidad tributaria, puede sostenerse que las prestaciones patrimoniales a que se refiere el precepto no se agotan en los tributos y pueden tener cabida otras prestaciones que, aun cuando no tengan el carácter de tributos en sentido técnico, en la medida que reúnan las características típicas de los mismos deben caer bajo el principio de legalidad, sin embargo en el Real Decreto 593/1990 tampoco se establece prestación alguna de tal naturaleza destinada a sostener los gastos públicos, conforme a lo que previene el número 1 del precepto constitucional en cuestión, y de otra parte la hipotética antijuridicidad de la norma sería irrelevante a los efectos de la responsabilidad patrimonial como ha quedado anteriormente razonado".

b) *Daños derivados de la ineficacia de una denuncia de autoprohibición.*

Haremos referencia finalmente a un supuesto en que un mal funcionamiento de la Administración habría causado perjuicios que, a juicio del Tribunal, efectivamente habrían de indemnizarse por aquella.

El reclamante presentó una denuncia de autoprohibición para entrada en casinos de toda España ante la Brigada de Juego de la Jefatura Superior de Policía de Zaragoza, sin embargo debido a deficiencias de funcionamiento y de comunicación entre las Administraciones actuantes (Ministerio del Interior y Comunidad Autónoma) dicha denuncia no surtió efectos durante determinado periodo de tiempo. Circunstancias ante las cuales el tribunal competente apreció la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

STSJ de Aragón de 4/06/2012, JUR 240824:

*“Así las cosas, la parte demandante expone que ha habido una actuación gravemente perjudicial para él por parte de la Administración. Del expediente administrativo resulta que en efecto hubo relevantes problemas en las comunicaciones de los listados de prohibiciones entre el Ministerio del Interior y la Comunidad Autónoma de Aragón, según resulta del informe redactado en fecha 20 de abril de 2009 por el Jefe de Negociado de Autorizaciones del Juego. De su contenido resulta que en el proceso de informatización del sistema de comunicación de prohibiciones realizado en julio de 2007 se produjeron problemas en las descargas que dieron lugar a ficheros con datos inconsistentes, que contenían errores y falta de datos. En esta situación puede apreciarse que quizá pudo haber también un funcionamiento anormal del Ministerio del Interior, pero lo relevante en este procedimiento es que la Administración demandada fue también consciente de los problemas que se estaban ocasionando con los deficientes intentos de descarga, que resultaron inconsistentes y faltos de datos, y por ello cabe apreciar frente al perjudicado, y conforme al artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el régimen de responsabilidad solidaria en protección del mismo por no ser posible la determinación del grado de responsabilidad exigible a cada una de las Administraciones”.*

### **3. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y ACTIVIDADES RECREATIVAS**

#### **3.1. Planteamiento.**

En materia de Espectáculos Públicos las Comunidades Autónomas ostentarían competencias exclusivas.

En este sentido, de acuerdo con la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía:

*“Artículo 72. Deportes, espectáculos y actividades recreativas.*

- 1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de deportes y de actividades de tiempo libre, que incluye la planificación, la coordinación y el fomento de estas actividades, así como la regulación y declaración de utilidad pública de entidades deportivas.*
- 2. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de espectáculos y actividades recreativas que incluye, en todo caso, la ordenación del sector, el régimen de intervención administrativa y el control de todo tipo de espectáculos en espacios y locales públicos”.*

No obstante se trataría de un ámbito en el que las Entidades Locales, los Ayuntamientos tienen también especial protagonismo sea en sus funciones de autorización y control del desarrollo de este tipo de actividades y los requisitos que han de reunir las instalaciones que los alberguen cuanto como organizadores o promotores de eventos. Funciones que, una y otra, van a ser, por lo que aquí interesa, generadores de una amplia tipología de supuestos de reclamación desde el punto de vista de la institución en torno a la cual se desenvuelve la presente obra, cual es el instituto de la responsabilidad patrimonial.

A fin de precisar cuales sean esas concretas atribuciones, habría de acudirse a la normativa autonómica vigente en cada caso. Así, en Andalucía, la normativa sectorial vendría a delimitar las competencias de la Comunidad Autónoma y las Entidades Locales en materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía), determinando, por lo que aquí interesa que:

*“Artículo 6. Competencias de los municipios.*

*Corresponde a los municipios:*

- 1. La concesión de las licencias urbanísticas y medioambientales de cualquier establecimiento público que haya de destinarse a la celebración de espectáculos o a la práctica de actividades recreativas sometidas a la presente Ley, de conformidad con la normativa aplicable, así como la intervención administrativa de la apertura de los establecimientos públicos.*
- 2. Autorizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2, la instalación de estructuras no permanentes o desmontables destinadas a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas.*
- 3. La concesión de las autorizaciones de instalación de atracciones de feria en espacios abiertos, previa comprobación de que las mismas reúnen las condiciones técnicas de seguridad para las personas, a tenor de la normativa específica aplicable.*
- 4. El establecimiento de limitaciones o restricciones en zonas urbanas respecto de la instalación y apertura de los establecimientos públicos sometidos al ámbito de la presente Ley, de acuerdo con lo establecido en la misma y en el resto del ordenamiento jurídico aplicable.*
- 5. La autorización de la celebración de espectáculos públicos o el desarrollo de actividades recreativas extraordinarias u ocasionales no sujetas a intervención autonómica,*

*en establecimientos no destinados o previstos para albergar dichos eventos o cuando se pretenda su celebración y desarrollo en vías públicas o zonas de dominio público del término municipal.*

*6. La prohibición o suspensión de espectáculos públicos o actividades recreativas, no sujetos a la intervención de la Administración autonómica, en los supuestos previstos en el artículo 3.*

*7. Establecer con carácter excepcional u ocasional horarios especiales de apertura y cierre de establecimientos dedicados a espectáculos públicos o a actividades recreativas dentro del término municipal y de acuerdo con los requisitos y bajo las condiciones que reglamentariamente se determinen.*

*8. Las funciones ordinarias de policía de espectáculos públicos y actividades recreativas que competan a los municipios, sin perjuicio de las que correspondan a la Administración autonómica, así como la inspección y control de los establecimientos públicos destinados a la celebración de espectáculos y actividades recreativas sujetos a los medios de intervención municipal que correspondan. No obstante lo anterior, los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía podrán suplir la actividad inspectora de los municipios cuando estos se inhibiesen.*

*9. Cualquier otra que le otorguen los específicos reglamentos de los espectáculos públicos o de las actividades recreativas, de conformidad con la presente Ley”.*

### **3.2. Supuestos frecuentes y jurisprudencia aplicable.**

*A) Daños derivados de la participación en festejos populares (lesiones en encierros o festejos taurinos, pirotecnia, etc.).*

En España gozan de gran predicamento las Fiestas Populares. Fiestas cuyo desenvolvimiento entraña en muchas ocasiones actividades de riesgo en las que para muchos residiría precisamente su esencia o principal atractivo.

Resulta un hecho que durante la celebración de este tipo de eventos acaecen en muchas ocasiones accidentes que determinan la lesión o muerte de los participantes en los mismos y que, en no pocas ocasiones, dan lugar igualmente a reclamaciones por responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones Públicas en razón a los daños padecidos. Ello con más frecuencia frente a los Ayuntamientos, que organizan, promueven o autorizan el festejo, que frente a las Comunidades Autónomas, pudiendo darse también, en algunos casos, un reparto de la responsabilidad en atención al ejercicio concurrente de las respectivas competencias en relación con una determinada instalación, festejo o evento.

Con respecto a la jurisprudencia aplicable en este tipo de supuestos habríamos de destacar que la misma no es unívoca. Pues existirían pronunciamientos que reconocerían la responsabilidad de la Administración de una forma prácticamente automática, más allá de las circunstancias del caso, a partir del dato de aparecer dicha Administración o Ayunta-

miento como promotor, organizador o haber autorizado el correspondiente festejo (STS de 04/05/1998 y 27/12/1999, RJ 10072).

En este sentido, señalaría la STS de 27/12/1999, RJ 10072:

“QUINTO.

*Como hemos repetido, en la Sentencia recurrida se declara probado que la amputación de la pierna izquierda del demandante fue debida al lanzamiento de una sustancia explosiva por un tercero asistente a un espectáculo musical, incluido en el programa de las fiestas patronales, celebrado en el polideportivo municipal con la autorización expresa del Ayuntamiento demandado.*

*Pues bien, nosotros no compartimos el criterio del Tribunal «a quo» en cuanto éste exonera de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento por lo sucedido al considerar que la culpa del que lanzó el explosivo tiene tal relevancia que debe ser tenida como la única causa determinante de la lesión, ya que el hecho ocurrió en el transcurso de un espectáculo musical programado entre los festejos patronales y autorizada su celebración en el polideportivo municipal por el propio Ayuntamiento, que en el folleto de las fiestas de 1992, editado por él mismo, aparece como coorganizador, aunque su preparación y ejecución materiales, además de la seguridad del interior del recinto, corriesen (según la versión del citado Ayuntamiento) a cargo de otra persona o empresa, pues estas circunstancias no liberan de su responsabilidad objetiva a la Administración Local, al haber programado, organizado y autorizado el mencionado espectáculo musical en un recinto a su cargo, cual es el polideportivo municipal, con el consiguiente deber de procurar un desarrollo de aquél sin riesgos para los asistentes, a pesar de lo cual se introdujeron en ese sitio sustancias explosivas susceptibles de causar gravísimos daños personales como los acaecidos, razón por la que los tres primeros motivos de casación invocados, que ahora examinamos, deben ser estimados, ya que la culpa de quien provocó la explosión y la negligente actuación del realizador o productor del citado espectáculo no eximen de responsabilidad al Ayuntamiento demandado, quien lo programó y organizó entre los festejos patronales y cedió el uso del polideportivo municipal para celebrarlo”.*

En esta misma línea se haría también a la Administración responsable de los daños derivados de accidentes que cabría encuadrar en el denominado “caso fortuito” sin que exista negligencia del perjudicado ni de la Administración (STSJ de Castilla y León de 31/01/2002, JUR 61014).

Más acertada nos parece sin embargo la doctrina de aquellos pronunciamientos jurisdiccionales en que, con recta aplicación de los presupuestos generales que condicionan la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, se analizan las circunstancias de cada caso concreto limitando dicha responsabilidad a aquellos supuestos en que la actuación de la Administración incrementa o determina la actualización de los riesgos inherentes al acto siendo así causa eficiente de un daño que el administrado (participante o asistente al festejo), no tiene el deber de soportar.

En este sentido, por ejemplo, puede verse la STS de 01/02/2006, que analiza como los posibles defectos o irregularidades que pudieran existir en la actuación administrativa, en absoluto habrían sido determinantes del daño sufrido, existiendo sin embargo un factor extraño a aquella cual sería la actuación del propio participante en el festejo, que asume el riesgo inherente a dicha participación en el festejo de forma imprudente y debe, en consecuencia soportar los perjuicios sufridos:

*“Y si bien es cierto que la apreciación del nexo causal, como cuestión jurídica, es planteable en vía de recurso de casación, también lo es que ello ha de hacerse en virtud de los hechos probados según la sentencia recurrida, que en el presente caso no permiten cuestionar la situación en que estaba el recurrente sin haber dormido toda la noche anterior y con una excesiva ingesta de bebidas alcohólicas. Ello impide apreciar la existencia del nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido por el recurrente que sólo a él resulta imputable.*

*Tampoco puede apreciarse la existencia, como hecho determinante del daño, de un funcionamiento anormal de la Administración Local organizadora del encierro, dado que la calificación profesional del Director de Lidia que como el recurrente pone de manifiesto, debía ser un matador de toros o de novillos con picadores y resultó ser un matador de novillos sin picadores carece en absoluto relevancia en la producción del hecho determinante de las lesiones que fue la caída producida por un objeto que no advirtió en el suelo o por la aparición súbita del toro cuando iba corriendo en el último tercio del trayecto cerca de la puerta de la plaza de toros, en cuya circunstancia evidentemente el Director de Lidia, tuviera una u otra cualificación, poco podía hacer para evitar el accidente sin que, por otro lado, haya sido acreditado que en la organización del festejo no se contara con los colaboradores exigidos por el Reglamento Taurino (RCL 1996, 779) cuya ausencia al recurrente le correspondía acreditar toda vez que alegaba funcionamiento anormal del servicio, y por ello la prueba de tal circunstancia era de su incumbencia, sin que se advierta que tal prueba ni siquiera se haya intentado en el procedimiento de instancia.*

*En conclusión, los hechos determinantes de las lesiones sufridas por el recurrente sólo a él le resultan imputables y estaba obligado a soportarlos, sin que las supuestas infracciones que el recurrente denuncia hayan sido acreditadas o tengan suficiente relevancia para determinar una responsabilidad de la Administración, no existiendo, por tanto, la infracción que el recurrente denuncia en el único motivo casacional”.*

Tal planteamiento general, se reflejaría también en la Sentencia 1107/2008, de 23 de mayo, del TSJ de Castilla y León, Valladolid, con prolija cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia:

*“La doctrina de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, valga por todas la Sentencia de 08-11-2000 (RJ 2000, 8499), ha acogido la relevancia de la aceptación del riesgo por el perjudicado y, en concreto y con referencia a los espectáculos taurinos, como acaece*

en el supuesto del recurso, ha señalado que en los supuestos en que el dañado o fallecido como consecuencia de las lesiones participa activamente en el evento, tal conducta exime la responsabilidad del organizador, salvo que se demostrara alguna culpa o negligencia en éste.

Así, las Sentencias de esa Sala de 13 de febrero (RJ 1997, 701) y 18 de junio de 1997 (RJ 1997, 5416), se refieren a este supuesto en el caso de unos espontáneos corneados en un festejo organizado por el Ayuntamiento, estimando para ello que la aplicación de la teoría del riesgo creado no comporta la objetivación de la responsabilidad en términos absolutos y así, cuando no se acredita ningún comportamiento negligente por la empresa organizadora, porque el riesgo inherente en la suelta de vaquillas es insuficiente por sí solo para generar una responsabilidad aquiliana Sentencia de 17 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7269).

Y en esta misma línea jurisprudencial aparece la Sentencia de 3 de abril de 1997 (RJ 1997, 2729), que contempla un supuesto en el que podían participar los espectadores que lo desearon y que para pasar al interior de la plaza había que abonar la entrada, siendo cogido un participante del festejo que, refugiado en un burladero, por no recoger suficientemente la pierna tras los barrotes de protección, desestimándose la pretensión resarcitoria porque el daño nace de la propia negligencia que asumió el peligro, señala ese Tribunal que el accidente no fue debido a ningún defecto estructural o técnico de la plaza de toros portátil, sino a que el demandante, por su libre y exclusiva decisión, tomaba parte activa (en el ruedo) en la «suelta de vaquillas» con los innegables y asumidos riesgos que ello comporta.

Este criterio se mantiene en las recientes Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo civil de 20/03/2007 (RJ 1851), que dice: Porque, sigue diciendo la citada Sentencia de 20/02/2006 (RJ 5783), «En cambio, en sentido contrario a la argumentación del recurrente, cabe invocar numerosas resoluciones de esta Sala, que, en casos idénticos o similares, aplican el criterio de la 'culpa exclusiva' por asunción del propio riesgo creado. En tal sentido Sentencias de 13 de febrero (RJ 1997, 701), de 3 de abril (RJ 1997, 2729) y 18 de junio de 1997 (RJ 1997, 5416) (todas ellas relativas a un participante como corredor), 25 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7070) (situado en una suelta de vaquillas en un lugar no permitido), 8 de noviembre de 2000 (se produjo la cornada en el corrillo de la plaza, no en el callejón, cuando el cogido por la res participaba activamente en el espectáculo) y 14 de abril de 2003 (RJ 2003, 3706) (participante activo en el encierro de vaquillas)». A esta Sentencia y las que cita, debe añadirse la de 7 de junio de 2006.

Lo anterior sería suficiente para rechazar este motivo del recurso, puesto que no se ha infringido la jurisprudencia de esta Sala, como pretende el recurrente; pero a ello hay que añadir, además, que la sentencia recurrida determina claramente que la causa de los daños sufridos por el recurrente se debió a su propia acción, de manera que «no aparece acreditado la relación de causalidad imprescindible para montar la exacción

*de responsabilidad basada en el suceso ocurrido», de manera que D. Daniel asumió el riesgo inherente a la participación en el festejo, consecuencia del cual sufrió las lesiones por las que reclama.*

*Y en la Sentencia del TS de 15 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2227) dice: «C) Existe una numerosa jurisprudencia en el sentido de la aquí recurrida, en la que, partiendo de la ‘voluntaria aceptación del riesgo’ (en los festejos taurinos, en general, para los participantes), o en la ‘culpa exclusiva de la víctima’, más en particular, en los casos en que ésta se dé, se exonera de responsabilidad al patrocinador-organizador que cumpla con las normas precautorias de seguridad, establecidas reglamentariamente, no dándose, pues, su culpa por los daños que se causen: 13 de febrero (RJ 1997, 701), 3 de abril (RJ 1997, 2729), 18 de junio (RJ 1997, 5416) y 17 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7269), y 24 de octubre de 2000 y D) En cuanto a la teoría del ‘riesgo’, sustitutiva de la responsabilidad por culpa, y aplicable a otras actividades humanas, no lo es aquí, en cuanto la actividad es ‘riesgo’ en sí, que eliminaría cualquier culpa. La inversión de la carga probatoria no se da, si quedan probados los hechos en sí».*

En sentido análogo se pronunciaría por ejemplo la STSJ de Valencia de 09/03/2006.

La jurisprudencia recaída en relación con este tipo de supuestos suele analizar si la actuación de la Administración Pública se ha desarrollado o no conforme a los estándares de diligencia exigibles, con frecuencia objetivados en virtud de las exigencias establecidas en la normativa aplicable (Ordenanzas), siendo la existencia de disfunciones o deficiencias en la actuación preventiva de la Administración título de imputación de la correspondiente responsabilidad patrimonial (STSJ de la Comunidad Valenciana de 18/05/2006, JUR 260047, STSJ de Castilla-León de 31/01/2002, JUR 61014).

Igualmente resulta frecuente, que, en atención a la existencia de diversos factores o causas que intervienen en la producción del daño, se aprecie la concurrencia de responsabilidad entre los distintos sujetos graduándose la misma en función de la entidad de la respectiva intervención (participante, asistente al festejo, empresa organizadora, Administración que autoriza, promueve u organiza etc.). En este sentido serían elocuentes las STSJ de Castilla y León de 23/05/2008, JUR 391640 y de 10/05/2002.

*B) Perjuicios derivados de actos administrativos posteriormente anulados jurisdiccionalmente (denegación de autorizaciones, clausura de locales acordada en el curso de expediente sancionador, etc.).*

En los supuestos de denegación de autorizaciones que finalmente son anuladas jurisdiccionalmente al apreciarse su improcedencia por razones de fondo la jurisprudencia vendría a estimar la reclamación de la indemnización a cargo de la Administración Pública en concepto de responsabilidad patrimonial.

Así, siguiendo la STS de 07/03/1989, RJ 1950 (en análogo sentido, pueden verse las STSJ de Cataluña de 11/07/2001, RJCA 1495 y de 16/06/2003):

**“QUINTO.**

*Por lo que se refiere a la petición de daños, y perjuicios, resulta evidente que del cierre de la discoteca se sigue un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado para la entidad titular de la misma, siendo el mismo consecuencia de la actuación de un servicio público concurriendo así los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado fijados en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (RCL 1957\1058, 1178 y NDL 25852), la cual habrá de determinarse en su cuantía en período de ejecución de sentencia, tomando como base las pérdidas netas que se acrediten como consecuencia del tiempo que haya permanecido cerrado el local en cumplimiento de la resolución sancionadora que anulamos”.*

Admitiéndose, por otra parte, la moderación de la responsabilidad en los casos de concurrencia de culpas STS de 30/10/1990, RJ 1983.

**“CUARTO.**

*Habida cuenta de los antecedentes que resultan de los precedentes fundamentos, aparece que, efectivamente, tal como se indica por la parte apelante, ha existido un funcionamiento anormal de la Administración con trascendencia bastante para generar una responsabilidad patrimonial del Municipio artículos 106.2 de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 1975/85, 2875), 121 de la Ley de Expropiación Forzosa [RCL 1954/1848 y NDL 12531 y 5.C).a)] y 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985/799, 1372 y ApNDL 1975/85, 205), reguladora de las Bases del Régimen Local, dado que el cierre de la discoteca en cuestión, anulado en vía judicial, paralizando una actividad lucrativa, hubo de provocar inevitablemente perjuicios al recurrente, titular del expresado negocio. Ahora bien, en el supuesto enjuiciado, y habida cuenta asimismo de los antecedentes que quedaron fijados en anteriores fundamentos, es apreciable una cierta negligencia por parte del interesado. Resulta de lo que ya ha quedado expresado que el Ayuntamiento en cuestión puso en conocimiento del titular de la discoteca que la licencia en su día concedida para la apertura de aquella no había sido tramitada conforme a la normativa aplicable. También hay que indicar que el Gobierno Civil de la Provincia hizo saber al Ayuntamiento que el local en cuestión adolecía de determinados defectos que debían ser subsanados para poder continuar la explotación del negocio de que se trata, lo cual fue también hecho saber al interesado. Pues bien, éste no obstante las anteriores comunicaciones que se le hicieron llegar, no realizó ninguna actividad para subsanar las deficiencias que han quedado referidas. Dato éste que debe ser tenido en cuenta aunque no pueda eliminar totalmente la responsabilidad de la Administración. Como señaló esta Sala en Sentencia de 28 de noviembre de 1988 (RJ 1988\9222), para desencadenar dicha responsabilidad no es necesario que el daño sea debido «exclusivamente» a la actuación de la Administración: cabe perfectamente que haya existido también alguna negligencia por parte del administrado, lo que da lugar a una concurrencia de culpas determinante de una*

*moderación de la responsabilidad administrativa. En conclusión, con un criterio equitativo la indemnización a cargo de la Administración cubrirá un setenta por ciento de los beneficios dejados de percibir por el apelante durante el lapso de tiempo que permaneció cerrada la discoteca, debiendo cuantificarse la cifra en ejecución de sentencia”.*

En cualquier caso habrá de tenerse en cuenta en esta materia, que, tal y como habría declarado con reiteración la jurisprudencia, y hoy señala expresamente la normativa de procedimiento administrativo (artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, llamado a sustituir al artículo primeramente citado desde el momento en que se produzca la entrada en vigor de la Ley citada en segundo lugar, prevista para el 2 de octubre de 2016 en la disposición final decimoctava de la mencionada LRJSP), la anulación de un acto no determina automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, sino que, en cada caso, habrá de quedar suficientemente determinada la concurrencia de todos los elementos o requisitos generales necesarios para que pueda apreciarse su existencia. Así, por ejemplo, la STS de 30/03/1983, RJ 1587, en un supuesto de clausura del local acordada en el marco de un expediente sancionador que finalmente fue anulado jurisdiccionalmente, declararía improcedente la reclamación por responsabilidad patrimonial por no haberse acreditado oportunamente el daño padecido.

*C) Perjuicios derivados de contaminación acústica. Inactividad de la Administración en el ejercicio de sus competencias.*

La jurisprudencia habría apreciado la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en supuestos de ruidos que exceden de los límites autorizados y que son causados por locales destinados a espectáculos públicos o actividades recreativas (discotecas, Casas Regionales etc.), así como de la celebración de determinados eventos que la Administración autoriza o patrocina (concentraciones motos etc.).

En relación con la contaminación acústica los Tribunales apreciarían la existencia de una efectiva lesión sobre la base de los pronunciamientos tanto de la Jurisprudencia comunitaria como del Tribunal Constitucional que vendrían a apreciar que unos niveles excesivos de ruido suponen un atentado contra derechos fundamentales reconocidos por los Tratados o el Texto Constitucional. Siendo así que constatados tales hechos y fundamentos, en aquellos supuestos en que concurre una dejación de las Administraciones competentes en el ejercicio de sus funciones dirigidas a evitar tales situaciones, la jurisprudencia vendría entendiendo procedente la indemnización a los afectados por aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial.

A título de ejemplo, reproduciremos a continuación un fragmento de la Sentencia de 12/03/2012, del TSJ de Castilla-La Mancha, RJCA 557, que reconocería la existencia de

responsabilidad patrimonial ante la dejación por parte del Ayuntamiento de sus competencias en esta materia:

“«CUARTO.

*Se dice en la apelación que el presunto daño no es consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público municipal, pues la discoteca disponía de licencia de actividad previa presentación de proyecto visado, calificación de la misma por la Administración autonómica, etc.*

*Alegato insatisfactorio, porque como es obvio, el ejercicio de competencias propias irrenunciables por parte del Ayuntamiento no acaba con el otorgamiento de la licencia de carácter reglado, como se nos dice porque tiene también la prerrogativa/deber de verificar que el establecimiento funciona con arreglo a las prescripciones de rigor, incluso como es el caso en materia de emisiones acústicas cuando se producen innovaciones normativas que imponen mayores exigencias técnicas o de resultado en el funcionamiento de una actividad calificada de molesta».*

QUINTO.

*El TS en Sentencia de 3 de junio de 2008, pone de manifiesto que:*

*El proceso versa sobre la incidencia de la contaminación acústica en los derechos fundamentales que reconocen el artículo 15 y los apartados 1 y 2 del artículo 18 de la Constitución (RCL 1978, 2836) en la interpretación que de ellos ha hecho el Tribunal Constitucional, en particular en su Sentencia 119/2001 (RTC 2001, 119) y, luego, en la 16/2004 (RTC 2004, 16), conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada del artículo de la Convención Europea de Derechos Humanos a partir de su Sentencia de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994, 3) (caso López Ostra contra el Reino de España), seguida en las posteriores de 19 de febrero de 1998 (TEDJ 1998, 2), (caso Guerra y otros contra Italia) y en la de 8 de julio de 2003 (TEDH 2003, 40) (caso Hatton y otros contra Reino Unido).*

*Interpretación que resume nuestra Sentencia de 26 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8552) (casación 1204/2004), y recogen otras anteriores (Sentencias de 12 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 8394] [casación 255/2004], 12 de marzo de 2007 [casación 340/2003], 29 de mayo de 2003 [casación 7877/1999], 10 de abril de 2003 [RJ 2003, 4920] [casación 1516/1999]. Según ella, la inmisión en el domicilio de ruidos por encima de los niveles establecidos supone una lesión del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario en la medida que impida o dificulte gravemente el libre desarrollo de la personalidad. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que puede suponer la lesión del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución [RCL 1978, 2836] SSTC 16/2004 [RTC 2004, 16] y 191/2003 [RTC 2003, 191]). Vulneraciones que son imputables a los poderes públicos que con su acción u omisión han dado lugar o no han impedido esa contaminación.*

En Sentencia de TS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8394), nos dice:

«SEGUNDO. Tanto en la sentencia recurrida como en los escritos de interposición del recurso de casación y del Ministerio Fiscal se reseñan diversas consideraciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 119/2001, de 8 de junio (RTC 2001, 119), en la que, invocando a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se citan, entre otras, las SSTEDH de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990, 4) (caso Powel y Rayner contra el Reino Unido), 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994, 3) (caso López Ostra contra Reino de España) y 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998, 2) (caso Guerra y otros contra Italia) EDJ viene a advertirse que «...en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aun cuando no ponga en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma (RCL 1979, 2421)» (STC 119/2001 (RTC 2001, 119), FJ 6.º, párrafo primero). Y en otro apartado de su fundamentación la misma Sentencia del Tribunal Constitucional declara que «...una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» (STC 119/2001 (RTC 2001, 119), FJ 6.º último párrafo)».

En análogos términos se manifestaría la Sentencia de 20/10/2005, del TSJ de Madrid, RJCA 2006/534:

“QUINTO.

Es de destacar, en primer lugar, como elemento determinante de la responsabilidad de la Administración demandada, la pasividad municipal de que ha hecho gala el ayuntamiento demandado por cuanto supone una dejación de la competencia y responsabilidad que en materia de medio ambiente es asignada a los Ayuntamientos en la normativa estatal [apartados f) y h) del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372), de Bases del Régimen Local], que atribuye al Municipio el ejercicio de competencias en las materias de protección del medio ambiente y la salubridad pública al permitir que las casas regionales realizaran sus actividades sin contar con la preceptiva licencia vulnerando lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Espectáculos Públicos de la Comunidad de Madrid (RCL 1998, 1050 y LCM 1997, 227), y Reglamento sobre Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RCL 1961, 1736, 1923 y RCL 1962, 418), máxime si tenemos en cuenta que los locales donde las casas regionales realizaban sus actividades eran de titularidad municipal, al pertenecer los mismos a la Sociedad de Fomento de Arganda del Rey, sociedad igualmente de titularidad municipal.

*Dicha pasividad ha sido la causante de los perjuicios ocasionados a los recurrentes del inmueble al permitir, por un lado, la realización de una actividad sin contar con la pertinente licencia (cuya única finalidad es comprobar que la actividad de los administrados se adecua a la normativa municipal aplicable, al planeamiento y a la legislación medioambiental), y por otro, al no reaccionar frente a las continuas quejas realizadas y acreditadas en los autos, que motivó únicamente una comunicación de la Concejala de Comercio, Industria y Medio Ambiente de fecha 9 de diciembre de 1999 prohibiendo las instalaciones musicales, bailes y actuaciones, comunicación ésta que solo cabe calificarla como testimonial al no haber existido una verdadera voluntad de acabar con los ruidos ocasionados como se deduce del resto de reclamaciones existentes que sirven para demostrar que el ruido y molestias consiguientes fue continuado.*

*Por tanto, y como tiene manifestado el Tribunal Constitucional en la Sentencia antes referida, «...podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».*

También se habría apreciado este tipo de responsabilidad por insuficiencia de la normativa aprobada por la Administración competente, el Ayuntamiento, a fin de evitar los perjuicios causados por una eventual contaminación acústica derivada de la celebración de un evento autorizado por el mismo (Motorada de Jerez de la Frontera). Así, siguiendo la STSJ de Andalucía de 06/06/2005:

*“Examinado el Bando impugnado en este litigio comprobamos que establece prohibiciones, limitaciones y fija consecuencias, con la cual invade competencias que no le son propias. Así pues, al haberse dictado por órgano incompetente y fuera del procedimiento legalmente establecido sin que conste su publicación en el Boletín Oficial correspondiente debe ser considerado nulo de pleno derecho. Pero, además, ignora en el fondo y a efectos de una regulación eficaz tanto el fenómeno de la concentración como el de la contaminación acústica generada”.*

D) *Daños derivados del incumplimiento del horario de cierre de los establecimientos. Inactividad de la Administración.*

Finalmente haremos referencia a un último supuesto, semejante al anterior en cuanto que la responsabilidad derivaría igualmente de la omisión o ejercicio inadecuado de sus competencias por parte de la Administración, ahora en lo concerniente al control del cumplimiento por parte de los bares de sus horarios de cierre. En este caso la indemnización no es solicitada por los vecinos sino por un competidor, titular de una discoteca que se ve

perjudicado al prolongar el resto de los establecimientos su horario de apertura más allá de lo permitido por la normativa de aplicación.

Al hilo de dicha reclamación la STSJ de Castilla y León de 08/07/2011, del TSJ de Castilla y León, RJCA 752, incorporaría la doctrina general acuñada por la jurisprudencia acerca de los requisitos necesarios para que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración, para concluir finalmente la procedencia de tal apreciación en el concreto supuesto enjuiciado:

“SEGUNDO.

*En el mismo sentido las Sentencias de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8401) y 20 de junio de 2003, 7 de febrero y 6 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2490), refiriendo estas últimas que no resulta tal responsabilidad de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, por el hecho de que la Administración ejerza competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización. Y en relación con supuestos de inactividad de la Administración, no resulta exigible a la Administración una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con el servicio, como se desprende de la Sentencia de 20 de junio de 2003 (RJ 2003, 6633), lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio y sus infraestructuras se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio. al que alude la propia parte recurrente, reiterando la STS de 30 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 7363), que «el riesgo determinante de dicha responsabilidad ha de reunir el carácter de antijurídico, no siendo, por tanto, suficiente ese carácter objetivo de la responsabilidad regulada en la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), pues apreciar otra cosa convertiría a la Administración en una aseguradora universal de todo riesgo derivado de la utilización de un servicio público, convirtiéndose el régimen de responsabilidad administrativa en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, siendo necesario que el riesgo inherente a la utilización del servicio rebase los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social».*

[...]

*Ahondando aún más respecto de la relación de causalidad, presupuesto para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial, la jurisprudencia viene señalando que «no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquella... En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración;*

pero el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar» (SSTS de 27 de enero (RJ 2009, 3294), 31 de marzo y 10 de noviembre de 2009, y 16 de mayo de 2008 (RJ 2008, 2756)).

[...]

En este punto debemos insistir en que no se trata de exigir a la Administración estándares de conducta irrazonables o exorbitantes, lo que conduciría a recabar de ésta una actuación positiva que evitara toda actuación ilegal de terceros y a entender que la misma ha de convertirse en una especie de aseguradora universal de todos los riesgos, máxime cuando se trata de supuestos de responsabilidad derivados de una inactividad, sino que por el contrario lo que se exige es la prueba de una razonable utilización de los medios disponibles en orden a evitar hechos como los denunciados, lo que en términos de prevención se traduce en una prestación adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio. Y lo que aquí se imputa a la Administración es que no ha probado suficientemente, ni siquiera mínimamente no ha explicado el efecto de las Operación «Joven» y «Marcha» desplegada por la policía a este fin la utilización de un uso razonable de los medios disponibles que se ignoran, no existiendo un plan de actuación en esta materia, ni convenio con la Policía Local que pudiera coadyuvar a una mayor eficacia en el control y vigilancia en relación con el número de locales a inspeccionar según sus respectivas categorías, y ello ante la existencia de una obligación legalmente exigible de actuar en función de comportamientos ilegales de terceros respecto del incumplimiento de horarios de cierre, que, por otro lado, la Administración tampoco niega se esté produciendo, incumplimiento que, de modo mediato, parece indiscutible genera en la actora un daño indemnizable a modo de pérdida de clientela de la discoteca La Farándula, sobre todo respecto de la última hora y media de horario en que es el único establecimiento durante la semana, y uno de los tres en fines de semana, que tienen licencia con mayor horario de apertura”.

## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## IX. MEDIO AMBIENTE

Por Daniel del Castillo Mora

### 1. INTRODUCCIÓN

El funcionamiento ordinario de las Administraciones Públicas impone que las mismas puedan dar lugar a actuaciones, bien por acción, bien por omisión, que encuentren encaje en el instituto de la responsabilidad patrimonial definido en el artículo 106.2 CE, cuyo régimen aparece diseñado en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Como viene fijando la doctrina del Tribunal Supremo, como regla general, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1. Hecho imputable a la Administración
2. Lesión o perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. Relación de causalidad entre hecho y perjuicio.
4. Que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo y directo. Con ello se pretende significar –señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1998– que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad. Y es directa por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido. Con respecto a este requisito la Jurisprudencia ha exigido tradicionalmente que el nexo causal sea directo, inmediato y exclusivo; lo cual supone desestimar sistemáticamente todas las pretensiones de indemnización cuando interfiere en aquél, de alguna manera, la culpa de la víctima o de un tercero. Sin embargo, frente a esta línea tradicional de la Jurisprudencia, también existe otra que no exige la exclusividad del nexo causal, y que, por tanto, no excluya la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene en la producción del daño, además de ella misma, la propia víctima o un tercero, salvo que la conducta de una y de otra sean tan intensas que el daño no se hubiera producido sin ellas.

Desde el prisma de los daños ambientales, la especial naturaleza de éstos añade un plus en lo relativo a su determinación. Y es que la prueba del nexo causal en los mismos constituye por lo general una auténtica prueba diabólica. Así, se ha puesto de manifiesto como esta tarea se ve dificultada por circunstancias tales como la frecuente pluralidad de agentes contaminantes, la eventual lejanía entre la ubicación del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos, la manifestación diferida en el tiempo de los daños o del real alcance de los mismos, entre otros. En este sentido, es posible imaginar múltiples situaciones en las que la Administración puede generar daños medioambientales: actividades industriales, estimación de daños por servicios públicos de recogida de basuras, tratamiento de residuos o la rotura de tuberías de desagües. En todo caso, los supuestos más interesantes, o, al menos, más controvertidos en cuanto a su apreciación, serán aquéllos en los que los daños se asocien al funcionamiento del servicio público o, para ser más exactos, a la función administrativa de protección del medio ambiente. Y es que, por tener esta actuación administrativa una naturaleza tuitiva, no agresiva, necesariamente siempre va a mediar la intervención de un factor ajeno a la Administración en la producción de daños: bien sea el propio perjudicado o un tercero. Estas intervenciones interferirán el establecimiento de un nexo causal con el actuar administrativo, dificultando la puesta en marcha del instituto de la responsabilidad administrativa.

La Constitución Española de 1978 una función administrativa de protección del medio ambiente, al dedicar específicamente el artículo 45, denotando una especial sensibilidad del constituyente. Con carácter general, en el apartado 1 del artículo 45 se enuncia, junto al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, el deber de todos de conservarlo, que se concreta en relación con los poderes públicos en el segundo poniendo el acento en la acción preventiva, frente a la actuación represiva, única contemplada por nuestras leyes hasta aquel entonces:

*“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.*

El objeto, por tanto, de la nueva función administrativa debe ser el control de la “utilización racional”. Los diversos estatutos de los bienes ambientales, que van desde el dominio público hasta la propiedad privada, llevarán a que en unas ocasiones, por vía de concesión, se fijen las condiciones de utilización racional, y en otras la modulación se produzca por vía de la definición de la específica función social de los bienes ambientales en manos privadas. Pero igualmente se integran dentro de la categoría ambiental bienes no susceptibles de apropiación que exigen otras formas de intervención administrativa. Es importante destacar como la acción administrativa en relación con los recursos naturales se liga a los fines de protección y mejora de la calidad de vida y de defensa y restauración de la naturaleza, con lo que parece configurarse una obligación de resultados y no meramente de medios, siquiera abstractamente.

Competencialmente, el artículo 149.1.23.<sup>ª</sup> CE encomienda al Estado la legislación básica en materia de medio ambiente, pudiendo establecer las Comunidades Autónomas cotas superiores de protección, correspondiendo a éstas últimas la gestión según el 148.1.9.<sup>ª</sup>. Son también titulares las Comunidades Autónomas de competencias con fuerte incidencia medioambiental, destacadamente en ordenación del territorio (148.1.3.<sup>ª</sup>), agricultura y ganadería (148.1.7.<sup>ª</sup>), montes y aprovechamientos forestales (148.1.8.<sup>ª</sup>), pesca en aguas interiores, marisqueo, acuicultura, caza (148.1.11.<sup>ª</sup>), así como aguas intracomunitarias (149.1.22). A nivel autonómico, el artículo 28 del Estatuto de Autonomía de Andalucía lo configura como un verdadero derecho.

Orgánicamente, la necesidad de entender el fin del medio ambiente como un objetivo a tener en cuenta en el desarrollo de las más variadas políticas públicas, ha obligado a crear Ministerios o Consejerías específicos, y a nivel local, la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril) atribuye a los Municipios el ejercicio de competencias medioambientales en el marco de las normas estatales y autonómicas en su artículo 25, y en el 26.1.c) establece la obligación de prestar un servicio de protección del medio ambiente para aquéllos de población superior a 50.000 habitantes. El derecho de los vecinos a exigir su prestación y, en su caso, su establecimiento se garantiza en el 18.1.g) de la misma Ley, con lo que la creación, modificación o supresión del servicio de medio ambiente, al menos en los Municipios de las características exigidas por el artículo 26, deja de ser una cuestión discrecional no revisable.

La cuestión sigue siendo, ayer como hoy, el establecimiento de la relación de causalidad, con la diferencia de que la evolución normativa y jurisprudencial en esta materia ha sido muy significativa. En ésta aparece con las notas generales de régimen de responsabilidad directa, cuasi-objetivo e integral, siendo superada, en el ámbito ambiental, por la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Ambiental, la cual ha sido modificada por la Ley 11/2014, de 3 de julio. La misma traspone la Directiva 2004/35/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incorporando a nuestro Ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que “quien contamina paga”, que ya se encuentran en el artículo 191.2 del TFUE.

En todo caso, debemos realizar una primera distinción capital en sede de responsabilidad ambiental, centrada en el ámbito objetivo. Acudiendo al tenor de la Ley debe realizarse una distinción previa que obliga a un estudio diferenciado de los daños producidos en el funcionamiento normal y anormal de las Administraciones Públicas:

- Aquellos daños que tengan la calificación de ambiental conforme al artículo 2.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, que analizaremos a continuación.
- Aquellos daños a particulares que no tengan la calificación de ambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación ex artículo 5.1, que analizaremos en un momento posterior. En esta sede se recogen los daños patrimoniales como tradicionalmente se han venido entendiendo.

Por tanto, siguiendo el orden expuesto, cabría analizar, en primer lugar, el régimen de responsabilidad patrimonial que pudiese derivarse de la Ley 26/2007, de 23 de octubre.

## **2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADO DE LA LEY 26/2007, DE 23 DE OCTUBRE**

### **2.1. Caracteres principales.**

Como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, la responsabilidad medioambiental es una responsabilidad **ilimitada**, pues el contenido de la obligación de reparación (o, en su caso, de prevención) que asume el operador responsable consiste en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras. Al poner el énfasis en la restauración total de los recursos naturales y de los servicios que prestan, se prima el valor medioambiental, el cual no se entiende satisfecho con una mera indemnización dineraria.

Asimismo, la responsabilidad medioambiental es, asimismo, una responsabilidad de carácter **objetivo** en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento, haciendo efectivo el principio de que “quien contamina paga” al trasladar los costes derivados de la reparación de los daños medioambientales desde la sociedad hasta los operadores económicos beneficiarios de la explotación de los recursos naturales.

Finalmente, refuerza la dimensión **reparadora** ya que, no debe, en ningún caso, minusvalorar su dimensión **preventiva**, de manera que justifica la universalización que de las obligaciones en materia de prevención y evitación de daños medioambientales realiza la Ley, haciendo extensiva su adopción para todo tipo de actividades y frente a todo tipo de comportamientos, tanto dolosos o negligentes, como meramente accidentales o imprevisibles. Esta dimensión preventiva, además, resulta reforzada con la modificación operada por la Ley 11/2014, de 3 de julio, al reforzar los aspectos preventivos de la misma, simplificar y mejorar ciertos aspectos de su aplicación y realizar la transposición de lo dispuesto en el artículo 38 de la Directiva 2013/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004.

Sin embargo, este régimen ambicioso de responsabilidad se ve, en realidad, parcialmente limitado y reconducido a un régimen de responsabilidad subjetivo en los términos que a continuación analizaremos.

## 2.2. **Ámbito objetivo.**

Como hemos anticipado, se antoja imprescindible realizar una lectura sistemática de la Ley para determinar su régimen de aplicación, de modo que los artículos 2, 3 y 5 determinan, de manera positiva y negativa, el ámbito objetivo de la norma.

### A) De manera **POSITIVA**.

A.1) Debe tratarse de un **“daño medioambiental”**, definiéndose en el artículo 2 tras la redacción del apartado b) por la Ley 11/2014, de 3 de julio:

*“a) Los daños a las especies silvestres y a los hábitat, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies. El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I.*

*Los daños a las especies y a los hábitat no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado al amparo de lo establecido en las siguientes normas:*

**1.º** *El artículo 6.3 y 4 o el artículo 13 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres.*

**2.º** *La normativa, estatal o autonómica, en materia de montes, de caza y de pesca continental, en el marco de lo establecido por el artículo 28 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.*

**b) Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos:**

**1.º** Tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de aguas superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas. A tales efectos, se estará a las definiciones que establece la legislación de aguas.

No tendrán la consideración de daños a las aguas, los efectos adversos a los que les sea de aplicación el artículo 39 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica.

**2.º** En el estado ecológico de las aguas marinas, tal y como se define en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección de Medio Marino, en la medida en que diversos aspectos del estado ecológico del medio marino no estén ya cubiertos por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

**c) Los daños a la ribera del mar y de las rías, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquélla.**

**d) Los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo”.**

A.2) Tratándose de un “daño medioambiental”, se distingue el **régimen de exigencia** en función de la actividad que se trate:

A.2.1. Régimen de Responsabilidad Objetivo e Ilimitado: Se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. En dicho Anexo se incluyen actividades como las sujetas a autorización ambiental integrada, gestión de residuos, vertidos, actividades en las que las Administraciones Públicas pueden, en su giro o tráfico, desempeñar un papel como operador económico, y, por tanto, quedar sujetas al régimen de aplicación de esta Ley.

Debe dejarse constancia que el ámbito se extiende no solo a los daños, sino a las amenazas inminentes de que el daño ocurra, definiéndose en la Ley esta aplicación del principio de precaución como “una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo” (artículo 2.13 LRA).

Finalmente, en el artículo 3.1 se establece una presunción iuris tantum por la que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el Anexo III se entenderá que ha

causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo.

A.2.2. Régimen de Responsabilidad Objetivo y Limitado: limitación que se centra únicamente en las medidas de prevención y evitación, relativas a daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran respecto de actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III, cuando no medie dolo, culpa o negligencia.

A.2.3. Régimen de Responsabilidad Subjetivo e Ilimitado: las medidas de prevención, evitación y reparación serán exigibles a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III cuando haya mediado dolo, culpa o negligencia.

Por tanto, el régimen de responsabilidad objetivo y universal cuenta con importantes limitaciones, de modo que realmente solo puede hablarse en puridad del mismo para las actividades contaminantes con mayor impacto ambiental, y siempre que se encuentren en el Anexo III.

## B) De manera **NEGATIVA**.

B.1) En un primer bloque, no estarían sujetos a la LRA aquellos daños medioambientales que fuesen consecuencia de conflictos armados, fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitable e irresistible (el concepto de fuerza mayor tradicional), defensa nacional o prevención de catástrofes naturales, así como los daños medioambientales y las amenazas inminentes derivadas de actividades que tengan su origen en alguna de las relacionadas en los Convenios Internacionales definidos en los Anexos IV y V, así como en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, en los términos de los apartados 4 y 5 del artículo 3.

Asimismo, no se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso, cuando no sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos

B.2) En un segundo bloque, desde un punto de vista temporal, de conformidad con el artículo 4, no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó, computándose el plazo desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño.

En este sentido, la Directiva La Directiva no tiene carácter retroactivo, prescinde de los llamados daños históricos y dispone que no se aplicará a los siguientes daños (artículo 17):

- Los causados por una emisión, suceso o incidente realizados antes del 30 de abril de 2007 (fecha en la que terminaba el plazo de transposición de la Directiva).
- Los causados por una emisión, suceso o incidente que se realizasen después del 30 de abril de 2007, cuando se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de la dicha fecha.
- Los causados por una emisión, suceso o incidente realizados hace más de 30 años.

B.3) Finalmente, resulta capital el artículo 5 al excluir de la aplicación de la LRA a lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. En este sentido, conviene distinguir en todo momento los daños causados al ambiente como bien de titularidad colectiva (daños causados a los elementos ambientales, ya sean de dominio privado, público o *res nullius*), de los daños que sufren los particulares en sus personas o en sus bienes causados por la contaminación.

Esta distinción es fundamental, porque los problemas de ambos tipos de responsabilidad no son idénticos y no siempre se ha tenido clara dicha distinción. En cualquier caso, la normativa especial sobre responsabilidad por daños al ambiente, ha incluido, en ocasiones, además del daño ecológico puro, los daños a las personas y los bienes algo de lo que se aleja la Directiva de responsabilidad ambiental, así como la legislación sectorial ambiental.

Si bien se establece una remisión a la normativa sectorial, supletoriamente, ante el vacío normativo, los daños que cause la Administración en el ejercicio de sus funciones, directa o indirectamente, que no tengan naturaleza de daño ambiental en los términos analizados se regirán por los principios generales de los artículos 32 y siguientes Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como por su Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en tanto no se oponga a lo señalado en la Ley meritada.

Por otro lado, se establecen dos reglas complementarias:

- Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta Ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda.
- En ningún caso las reclamaciones de los particulares perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de la aplicación de esta Ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello.

### 2.3. Ámbito subjetivo.

#### A) Sujeto activo.

El régimen público de responsabilidad por daños ambientales se caracteriza porque son las Administraciones Públicas competentes las que pueden determinar y, en su caso necesario, imponer las medidas de prevención y reparación de los daños ambientales, sin perjuicio de que, como hemos advertido, las propias Administraciones Públicas en cuanto posibles operadores económicos pueden quedar bajo el ámbito de la misma.

En estas decisiones que competen a las Administraciones competentes son, de conformidad con el artículo 18 LRA:

- “a) Exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de producción de daño medioambiental cuando existan indicios de que va a producirse.*
- b) Exigir al operador que adopte inmediatamente las medidas encaminadas a prevenir y a evitar tales daños y requerir su cumplimiento.*
- c) Dar al operador instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños que deba adoptar o, en su caso, dejar sin efecto.*
- d) Ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas de prevención o de evitación cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 23 y 47”.*

De este modo, estas potestades para determinar los responsables, evaluar y determinar las medidas preventivas o reparadoras también están previstas, básicamente, en la legislación ambiental española, como correlato lógico de la potestad autorizatoria. De acuerdo con el régimen constitucional de competencias en la materia, tratándose de actuaciones de gestión ambiental la Administración competente como regla general será la autonómica. Sólo será competente la Administración estatal en materia de vertidos a las aguas de cuencas intercomunitarias y en las evaluaciones de impacto ambiental realizadas por dicha Administración estatal. La Administración Local, por su parte, ostentará competencias, generalmente compartidas con la Administración autonómica, en relación con las actividades clasificadas.

#### B) Sujetos responsables.

- a) El causante del daño, titular de la actividad u “operador”.*

El sujeto pasivo o responsable de la prevención o reparación de los daños ambientales es lógicamente el causante del daño.

La legislación ambiental sectorial suele referirse a los responsables de los daños como infractores, dado que el deber de reparación suelo regularse en sede del régimen sancionador. Esto no significa que el deber de reparación quede vinculado al régimen sancio-

nador o que sea una mera consecuencia o apéndice de la responsabilidad administrativa sancionadora, ya que es posible imponer el deber de reparación de forma separada y autónoma de la sanción. Mientras, en la LRA hay una mayor preocupación por la definición del sujeto responsable, al que se le denomina “operador” y se le define como “cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad (artículo 2.6)”.

Empero, desde la óptica de las Administraciones Públicas resulta relevante el segundo párrafo, ya que sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14.1.b), no quedan incluidos en este concepto los órganos de contratación de las Administraciones Públicas cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con cualquier clase de contratista, que será quien tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en esta Ley.

Distintos elementos se contienen en esta definición relacionados todos ellos con el concepto de “actividad profesional”, que también se define en la LRA como “cualquier actividad efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter privado o público y de que tenga o no fines lucrativos” (artículo 2.11).

Como acertadamente señala Alienza García, al que seguimos en éste apartado, “estamos ante una definición muy amplia que incluye los supuestos en que la «profesionalidad» no exige finalidad lucrativa (como ocurre, por ejemplo, con la gestión de residuos que puede darse al margen de actividades desempeñadas con habitualidad o profesionalidad) y para la que es irrelevante el carácter público o privado del responsable de los daños ambientales. En efecto, tanto en la definición de operador, como en la de actividad profesional, se advierte de forma expresa que pueden tener carácter público o privado. Esta regla es habitual en la normativa ambiental comunitaria y los controles establecidos en ella se imponen tanto a sujetos de naturaleza pública, como privada (así ocurre, por citar algunos ejemplos en las normativas sobre evaluación de impacto ambiental, sobre prevención y control integrados de la contaminación o sobre residuos)”<sup>1</sup>.

Desde la óptica de una posible responsabilidad de la Administración Pública, resulta trascendente señalar que de conformidad con el artículo 14:

---

<sup>1</sup> ALIENZA GARCÍA, J. F.: “Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad por Daños Ambientales y su Incidencia en el Ordenamiento Español”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 2005.

- a) La aprobación de proyectos por las Administraciones Públicas, cuando así lo exija la normativa aplicable, no tendrá la consideración de orden o instrucción. En particular, los proyectos aprobados por la Administración contratante no podrán considerarse como orden o instrucción obligatoria a los efectos de este apartado respecto de daños medioambientales no previstos expresamente en la declaración de impacto ambiental o instrumento equivalente.
- b) Cuando los daños medioambientales sean consecuencia de vicios en un proyecto elaborado por la Administración en un contrato de obras o de suministro de fabricación, el operador no vendrá obligado a sufragar el coste de las medidas que se adopten.

*b) Pluralidad de responsables.*

En el caso de que existan varios responsables de los daños, la LRA establece dos reglas concretas.

En primer lugar, experiencias nefastas como los desastres de Aznalcóllar o el caso del buque Prestige, ponen de manifiesto la imperiosa necesidad de aplicar la teoría del levantamiento del velo, puesto que sociedades interpuestas dificultan una exigencia de la responsabilidad ambiental en términos de eficacia, llevando en no pocas ocasiones a la socialización de los costes del daño.

Así, el artículo 10 señala que en el supuesto de que el operador sea una sociedad mercantil que forme parte de un grupo de sociedades, según lo previsto en el artículo 42.1 del Código de Comercio, la responsabilidad medioambiental regulada en esta Ley podrá extenderse igualmente a la sociedad dominante cuando la autoridad competente aprecie utilización abusiva de la persona jurídica o fraude de ley.

En segundo lugar, ahondando en la evitación de ese fraude de ley, se regula la responsabilidad solidaria y subsidiaria de todas aquellas personas que, de modo directo e indirecto, pudieran “colaborar” en la ausencia final de responsabilidad ambiental (quienes oculten información, gestores y administradores cuando no sea posible su exigencia a las personas jurídicas, sucesores del patrimonio empresarial o, incluso, los integrantes de administraciones concursales y los liquidadores de personas jurídicas que no hubieran realizado lo necesario para el cumplimiento de los deberes y las obligaciones devengados con anterioridad a tales situaciones.

#### **2.4. El régimen de garantías financieras.**

El Capítulo IV de la LRA ha quedado bastante diluido tras la modificación operada por la Ley 11/2014, de 3 de julio. De este modo, si bien la LRA se configura un régimen absoluto de constitución de garantías financieras para todas las actividades señaladas en el Anexo III,

con la Ley 11/2014, de 3 de julio, se pasa a un régimen de matizaciones y excepciones, que, desafortunadamente desde la óptica del Derecho ambiental (amparándose en la manida balanza entre medio ambiente y economía derivada del estado de crisis económica de los últimos años) desapodera un régimen preventivo exigido por la propia norma.

La razón de dicho desapoderamiento viene dado porque si antes solo era exigible, en todo caso, para las actividades contempladas en el Anexo III, ahora quedarán asimismo exceptuadas parte de éstas. En efecto, de conformidad con el artículo 28, no resultan obligadas, dentro del Anexo III:

- a) Los operadores de aquellas actividades susceptibles de ocasionar daños cuya reparación se evalúe por una cantidad inferior a 300.000 euros.
- b) Los operadores de actividades susceptibles de ocasionar daños cuya reparación se evalúe por una cantidad comprendida entre 300.000 y 2.000.000 de euros que acrediten mediante la presentación de certificados expedidos por organismos independientes, que están adheridos con carácter permanente y continuado, bien al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), bien al sistema de gestión medioambiental UNE-EN ISO 14001 vigente.
- c) La utilización de los productos fitosanitarios y biocidas a los que se refiere el apartado 8.c) y d) del Anexo III, con fines agropecuarios y forestales, quedando por tanto exentos de efectuar la comunicación prevista en el artículo 24.3.
- d) Los operadores de las actividades que se establezcan reglamentariamente atendiendo a su escaso potencial de generar daños medioambientales y bajo nivel de accidentalidad, quedando igualmente exentos de efectuar la comunicación prevista en el artículo 24.3.

Si a estas exenciones, se añade que el límite máximo fijado con carácter básico es de 20.000.000 euros (artículo 30), el régimen de responsabilidad ilimitada queda en entredicho.

### **3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE**

#### **3.1. La antijuridicidad del daño y la concurrencia de culpas.**

La jurisprudencia es unánime en exigir responsabilidad más allá del cumplimiento de la legalidad considerando irrelevante dicho cumplimiento, de modo que cuando se efectúa la actividad al amparo de autorizaciones y normas administrativas, y posteriormente se produce un daño, se pone de manifiesto la insuficiencia de dichas medidas y la falta de diligencia. La antijuridicidad o ilicitud de la conducta dañosa se enjuicia en función del principio *alterum non laedere*, que prima sobre el cumplimiento de los requisitos legales y del amparo de las autorizaciones administrativas. Así lo han establecido tanto la jurisprudencia como diversas normas de derecho positivo.

En cambio, se han reconocido como causas que eximen o disminuyen la responsabilidad la concurrencia de actuaciones de otros sujetos, los supuestos de fuerza mayor, las circunstancias locales, y el llamado riesgo del desarrollo, como veremos con posterioridad. Esta causa de exención consiste, básicamente, en haber cumplido con todas las exigencias científicas y tecnológicas del momento para evitar el daño, que en muchas ocasiones no eliminan la antijuridicidad de la conducta, pero permiten excluir la responsabilidad objetiva. Como los daños se siguen considerando antijurídicos a pesar de la licitud de la conducta, la responsabilidad no se elimina si se prueba la culpa o negligencia del operador.

La postura tradicional de nuestra jurisprudencia ha sido, hasta fechas recientes, negar la relación de causalidad entre un daño y el funcionamiento del servicio si ésta no se presentaba de forma “directa, inmediata y exclusiva”. La presencia de cualquier elemento extraño en el proceso causal impedía reconocer un vínculo entre el resultado dañoso y la Administración. Aún más, el requisito de la exclusividad de la causa, si “puede exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento normal” (STS de 12 de mayo de 1998 [Ar. 4640]), se atempera cuando el funcionamiento es anormal, especialmente cuando éste consiste en un comportamiento pasivo o en inactividad. En palabras de la Sentencia de 9 de junio de 1998 (Ar. 5177):

*“En los casos de inactividad o pasividad de la Administración, la existencia de responsabilidad patrimonial está vinculada normalmente, como aquí se pretende, al funcionamiento anormal del servicio o actividad administrativa, cifrado en la inactividad, pasividad o insuficiente eficacia en relación con los estándares normales y exigibles de rendimiento. No es obstáculo a este principio el carácter de exclusividad con que la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo la concurrencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y la producción del resultado dañoso, pues en estos casos de inactividad se ofrece con particular intensidad la necesidad de matizar dicho requisito por razón de la posible concurrencia de diversos factores en la producción del daño, cuya respectiva influencia debe ser analizada para inferir la existencia o no de dicho nexo de causalidad y la procedencia, en el caso de que se estime concurrente, de moderar el alcance de la responsabilidad administrativa”.*

### **3.2. Daños permanentes y daños continuados.**

Tradicionalmente, nos encontramos la clásica distinción entre daños permanentes y daños continuados entendiéndose por los primeros aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aún cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos, los daños continuados, son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad (vgr. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1997).

Resulta interesante destacar, a modo de ejemplo, la Sentencia del Alto Tribunal de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012/9929), que desestima la reclamación de responsabilidad

patrimonial presentada por la propietaria de dos lagunas afectadas por la Ley andaluza 2/1987, de 2 de abril (LAN 1987, 1002), de declaración de doce lagunas como reservas integrales de interés zoológico en la provincia de Cádiz, solicitando una indemnización como consecuencia de las rentas dejadas de obtener por los aprovechamientos agrícola, cinegético, piscícola y turístico de las fincas de su propiedad durante los ejercicios 2005/2006 y 2006/2007. Esa Ley declaró una serie de lagunas –y en concreto las de “Salada de Zorrilla” y “Dulce de Zorrilla”, ubicadas en terrenos de titularidad de la recurrente– como “reservas integrales de interés zoológico” (artículo 1.1) y prohibió en los terrenos afectados por la declaración “toda actividad que pueda alterar artificialmente los elementos y la dinámica de los ecosistemas” de esos espacios (artículo 3.1), incluyendo, lógicamente, las actividades de caza y pesca (artículo 3.2). También dispuso, con la misma finalidad protectora, que esos terrenos “quedan clasificados a todos los efectos como suelo no urbanizable de protección especial, prohibiéndose en ellos todo tipo de construcción” (artículo 3.4). Pero la Ley previó al mismo tiempo el resarcimiento de tales privaciones o limitaciones. Dispuso con tal fin en el artículo 6 que: “1. La declaración de las Reservas Integrales lleva aneja la de utilidad pública para todos los terrenos que las constituyen a efectos de expropiación de bienes y derechos afectados. Esta facultad sólo podrá ejercitarse en el caso de que los propietarios u otros titulares de aquellos bienes y derechos no convengan con la Administración de la Comunidad Autónoma otra forma de indemnización o compensación de los daños y perjuicios derivados de la reglamentación especial que sea de aplicación. 2. Serán indemnizables las limitaciones a la propiedad que se establezcan en relación con los usos permitidos en suelo no urbanizable”.

Como consecuencia de esta Ley y de su expresa previsión acerca del carácter resarcible de las limitaciones a la propiedad impuestas por ella (artículo 6.2) se presentaron reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los propietarios de los terrenos afectados, solicitando la correspondiente indemnización. La particularidad del caso radica en que estas reclamaciones no se presentaron una sola vez, cuantificando la totalidad de los daños causados, sino de manera sucesiva, liquidando los perjuicios que se entendían ocasionados por anualidades o campañas agrícolas, señalando a tal efecto el Alto Tribunal que:

*“en el caso que examinamos resulta claro que los perjuicios derivados de esa privación legal podían haberse calculado ya desde un primer momento, de la misma manera que se cuantifica de una sola vez la privación definitiva del derecho de propiedad (o de cualquier otro) en los expedientes de expropiación forzosa, a pesar de que el propietario se ha visto privado de la finca de manera definitiva. La prueba de que este cálculo era posible es que desde aquella declaración legal no ha ocurrido nada que haya modificado un ápice la situación del propietario, o que haya condicionado de un modo u otro los parámetros o criterios que podrían haberse utilizado ya en aquel momento para calcular los perjuicios causados (salvo el transcurso del tiempo, claro, pero esto es inevitable y previsible y, además, consustancial a los daños «permanentes» y a los «continuados», según ha quedado ya suficientemente explicado)”.*

### 3.3. Régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivado de la inactividad de la Administración.

Uno de los ámbitos donde resulta más relevante la inactividad de la Administración viene determinado por la falta de exigencia del cumplimiento de la normativa de ruidos. A título de ejemplo podemos citar la Sentencia 99/2015, de 6 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (JUR 2015\48644) o la Sentencia 824/2014, de 23 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, cuyos pronunciamientos entroncan específicamente en el ámbito de la materia con la inviolabilidad del domicilio (artículo 18 CE y 8 CEDH) tras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994, por la que se condenaba a España (Ayuntamiento de Lorca) como responsable de la vulneración de los derechos fundamentales de la Sra. López Ostra dada su inactividad a lo largo del tiempo. La doctrina emanada de este pronunciamiento, sería incorporada posteriormente a la jurisprudencia constitucional mediante la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001.

La interpretación que viene haciendo el TEDH del artículo invocado del Convenio (Sentencias Asunto Guerra y otros contra Italia de 19 de febrero de 1998, Asunto Hatton y otros contra Reino Unido de 2 de octubre de 2001), se traduce en que el individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, entendido no sólo como un espacio físico sino también como el derecho a disfrutar de tranquilidad en ese espacio, por tanto las vulneraciones de este derecho no son solamente de índole material o corporal sino también aquellas inmateriales o incorpóreas, tales como ruidos, emisiones, olores u otras injerencias<sup>16</sup>, e implica para el Estado tanto una obligación negativa de no injerencia como una obligación positiva de adoptar medidas adecuadas para proteger este derecho.

La Sala del TSJ analiza la actuación llevada a cabo por el apelante y recurrente, y la consecuente respuesta de la Administración demandada, para concluir que, en efecto, no puede entenderse que haya existido una actividad de la Administración acorde con las potestades públicas que el Ordenamiento Jurídico le ha otorgado, y pasa a afirmar:

*“El análisis de las actuaciones expuestas permite hacer varias consideraciones que tendrán relevancia en la resolución de la cuestión litigiosa: en primer lugar, que el recurrente/denunciante ha enviado al Ayuntamiento numerosos escritos, denunciando, pidiendo información sobre el estado del procedimiento, solicitando la incoación de procedimiento sancionador y de reposición de legalidad, e incluso incorporando informe de mediciones acústicas; en respuesta a ello, la Administración municipal se limitó a hacer requerimientos a la entidad mercantil de carácter formal o aparente (en algún caso no se estableció un plazo para su cumplimiento y en otros no se actuó ante el incumplimiento del plazo marcado) y, desde luego, no realizó actividades de investigación o inspección ni incoó procedimiento alguno. Al menos, no se deriva del expediente ni una sola actividad de control o inspección municipal en la zona, que hubiera sido el mínimo indispensable esperado de una buena administración.*”

*No podemos coincidir, en esta cuestión, con la valoración hecha por la Juzgadora de instancia de que «aunque es cierto que por la Administración no se incoó procedimiento alguno, ni sancionador ni de reposición de legalidad, no puede decirse que el Concello de Sanxenxo hubiese permanecido inactivo ante las comunicaciones que le efectuaba el demandante... no se puede considerar la existencia de inactividad por parte del Concello de Sanxenxo» (FD Cuarto). Podríamos afirmar que el Ayuntamiento llevó a cabo ciertas actividades, pero insuficientes o ineficaces y, desde luego, ajenas al ejercicio de la potestad de investigación o inspección y de la potestad sancionadora o de disciplina ambiental y urbanística que le confiere el ordenamiento jurídico. Coincidimos en este punto con la jurisprudencia que equipara la actividad ineficaz con inactividad o, dicho de otro modo, que no restringe la inactividad administrativa a un estricto «no hacer», sino que considera igualmente inactividad la apariencia de actividad que encubre una verdadera inactividad por comprender un conjunto de actividades que por ineficaces, vagas o indeterminadas son completamente insuficientes para lograr el fin perseguido por las potestades atribuidas a la Administración.*

*En el caso presente, las diversas actividades realizadas por el Ayuntamiento suponen una inactividad real bajo una apariencia de actividad meramente formal. En otra ocasión y respecto a la ausencia de actividad de reposición de la legalidad urbanística, esta Sala afirmó que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en la CE no se satisface con sólo papeles, sino que requiere la modificación del mundo real de las situaciones de que se trate.*

*Existe, pues, inactividad respecto al ejercicio de las potestades de inspección, de reposición de la legalidad y sancionadora, atribuidas de modo claro por el ordenamiento jurídico a la Administración municipal, como se verá en el FD siguiente”.*

Asimismo, resulta muy ilustrativa la STSJ de Navarra 691/2009, de 27 de noviembre:

*“Así las cosas, resulta estéril el esfuerzo que se realiza para pretender hacernos ver lo contrario, o al menos algo diferente, a lo que aprecia la sentencia de instancia. Efectivamente, ante una emisión-inmisión de ruidos por encima del límite formativo admitido, que viene ya de largo, cuando en 2004 los afectados deciden instar la actuación administrativa, inerte e inerme ante ello y sin actuar de oficio como es su grave deber, el Ayuntamiento demandado y hoy conforme con lo resuelto, sólo tuvo a bien dictar tres resoluciones prácticamente inocuas en la materia en 2005, 2007 y 2008, e imponiendo dos exiguas sanciones; todo ello sin viso alguno de una acción global y determinante del fin del tema; sólo parches”.*

Incluso en términos más contundentes se pronuncian, tanto la STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso Administrativo 892/2013, de 18 de octubre: “La inactividad administrativa implica, no en moverse o dar trámites inútiles e ineficaces, sino en resolver en tiempo y forma el conflicto planteado [...]”, así como la STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2013 (Recurso 402/2013), que señala: “En cuanto a si existió o no inactividad municipal,

de nuevo debemos compartir el parecer de la Magistrada de instancia cuando indica que «la actividad ineficaz equivale a inactividad». En efecto, constan en el expediente administrativo, y aparece perfectamente reseñado por el Ministerio Fiscal al formular oposición al recurso de apelación diversas actuaciones administrativas presididas en todo momento por la ineficacia en orden a solucionar un problema que según el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede conllevar afectaciones a diversos derechos fundamentales. [...] A la vista de lo expuesto, lo que se advierte es que, en ocasiones, la propia Administración se convierte en un elemento coadyuvante más de la generación de altos niveles de contaminación acústica, y ello no ha de ser tratado como una cuestión baladí, pues el ruido representa en la actualidad uno de los principales problemas a los que se enfrenta la sociedad española, como indicaba la propia Organización Mundial de la Salud en año 2010, cuando decía que España se situaba –y sitúa– a la cabeza mundial de los países más ruidosos, sólo precedida por Japón”.

Si bien sólo se trata de ejemplos de Jurisprudencia menor, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de julio de 1988 (JUR 1988/6716), ya se hacía eco de la necesidad de una posición diligente y proactiva de la Administración exigiendo medidas correctoras efectivas. Y es que, con ocasión de la materia de inundaciones, el Alto Tribunal (Sentencia de 7 de octubre de 1997), ha señalado que “Cuando el daño se imputa a una omisión pura de la Administración –no relacionada con la creación anterior de una situación de riesgo– es menester para integrar este elemento causal determinar si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye la actuación necesaria para evitar el menoscabo. Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento objetivamente exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actuación administrativa”.

Si el daño no constituye la realización de un riesgo típico del servicio, entonces la Administración sólo responde si el servicio ha funcionado anormalmente. Por ejemplo; los incendios forestales no son riesgos creados por el servicio de extinción de incendios, pero la Administración responderá si el mal funcionamiento del servicio propició que el incendio se propagase (cfr. STS 1.ª de 22 de noviembre de 1996, RA 8363). Aunque en principio la culpa o negligencia en la prestación del servicio (es decir, el funcionamiento anormal del mismo) es el único criterio de imputación de responsabilidad a la Administración de aquellos daños que tienen su origen en actividades de terceros sujetas a la competencia administrativa de vigilancia y control, también, en estos casos, la inactividad administrativa ante las denuncias de los afectados ha sido siempre una prueba suficiente del mal funcionamiento del servicio (cfr. SSTS 1.ª de 11 de octubre de 1975, RA 4572; 6 de octubre de 1989, RA 7325; 17 de marzo de 1993, RA 2037; 7 de octubre de 1997, RA 7393; civ. de 20 de febrero de 1997, RA 1008; SAP de Murcia de 27 de mayo de 1997, La Ley de 2 de julio de 1997).

En definitiva, todas estas Sentencias son reflejo de la tendencia de la Jurisprudencia que considera que la inactividad administrativa se ha de identificar no solo con un “no hacer”

en sentido estricto, sino también, con aquellas ocasiones en que la Administración, aún realizando diferentes actuaciones, estas se reputan como insuficientes para cumplir con la legalidad vigente y salvaguardar los legítimos intereses de los administrados.

### **3.4. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en los distintos sectores ambientales.**

#### *A) Caracteres introductorios.*

En primer lugar, como señalan Cordero Lobato<sup>2</sup> y García Bernaldo de Quirós<sup>3</sup> según el artículo 121 del Código Penal (CP), la Administración responde subsidiaria (y objetivamente) de los daños causados por “delitos dolosos o culposos” cometidos por autoridades, agentes, contratados y funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados. Por ejemplo, los daños causados por actividades contaminantes amparadas en licencias informadas favorablemente a sabiendas de su ilegalidad (artículo 329 CP), los daños originados por las agresiones medioambientales del artículo 325 del CP, que han sido agravados con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando hayan sido realizadas por personal al servicio de la Administración, etc.

Además sean o no, consecuencia de una actividad delictiva, los particulares deben ser indemnizados por las lesiones que sufran en sus bienes y derechos, salvo las producidas por fuerza mayor, que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículos 106.2 CE, 32 Ley 40/2015, de 1 de octubre, 2.1 Real Decreto 429/1993), esto es –y en los términos que veremos–, por los daños causados en actividades públicas de titularidad administrativas (incluidas las entidades de Derecho público, por ejemplo, las Confederaciones Hidrográficas, STS 1.ª de 2 de febrero de 1997, RA 1008), sujetas al Derecho administrativo (cfr SSTS 3.º de 7 de junio de 1967, RA 3117; 2 de febrero de 1968, RA 762).

Solo son resarcibles los daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados (artículo 32.2 Ley 30/1992). En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2014, no admite la indemnización pretendida por la parte recurrente y ello por no haberse justificado su procedencia en relación a cada una de las partidas reclamadas y por no haberse justificado la relación de causalidad existente entre la actividad de la Administración y los daños cuya indemnización se solicita (JUR 2015\38754).

---

<sup>2</sup> CORDERO LOBATO, E.: “Derecho de daños y medio ambiente” en *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, obra colectiva, Lex Nova, Valladolid, 2000.

<sup>3</sup> GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J.: “Protección Jurídica del Medio Ambiente y Tribunales de Justicia”, en *Derecho Ambiental de Andalucía*, obra colectiva, Tecnos, Madrid, 2005.

La responsabilidad de la Administración es directa y objetiva, sin que se requiera culpa del funcionario (que ni siquiera tiene que ser identificado por el perjudicado), aunque su concurrencia generará, además, su propia responsabilidad civil frente a aquél (cfr. 36.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre). Si varias Administraciones concurren en la presentación del servicio, las mismas responden solidariamente, salvo que el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta determine la distribución entre las Administraciones implicadas (artículo 33 Ley 40/2015, de 1 de octubre). Si el daño en el que concurren varias Administraciones Públicas se produce al margen de cualquier fórmula de actuación conjunta, entonces la responsabilidad sólo será solidaria si no es posible determinar la responsabilidad de cada Administración implicada en función de los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención (artículo 33.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre). La cuantía de la indemnización se calcula con referencia al día en que se produjo la lesión, actualizada 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 más los intereses de demora (artículo 34.3 Ley 40/2015, de 1 de octubre). La acción de responsabilidad prescribe al año desde la producción o manifestación del efecto lesivo y, en daños a persona, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 Ley 30/1992).

Por otra parte, la LJCA ha atribuido exclusivamente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la competencia para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de la que derive (reformado artículo 9.4 LOPJ, artículo 2.e) LJCA de 1998). Además, si en la producción del daño concurren sujetos privados, éstos pueden ser demandados también ante los Tribunales de lo contencioso (artículo 9.4 LOPJ). Desaparece con ello la posibilidad de que los Tribunales civiles, fundándose en la vis atractiva de esta Jurisdicción, puedan declararse competentes para conocer de la responsabilidad de la Administración, aunque actúe en relaciones de Derecho privado o aunque junto a aquella se demande a un particular, de que los Tribunales civiles habían venido entendiendo incluso bajo la vigencia del artículo 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (vid. STS civ. de 6 de junio de 1997, RA 4610: SAP de Cádiz de 4 de junio de 1996, AC 1209).

Por último la Administración responde también directamente de los daños causados en relaciones de Derecho privado, lo que sustanciará de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes Ley 30/1992 (artículo 144 Ley 30/1992), remisión que alcanza tanto al procedimiento como al régimen sustantivo aplicable, que es el de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y no el del Código Civil.

#### *B) Criterios de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de servicios públicos medioambientales.*

El mandato constitucional del artículo 106.2 de la CE supone que la Administración responde en condiciones más rigurosas que los particulares, pues lo hace aunque el servicio público haya funcionado correctamente. La razón se halla en el principio de igualdad ante las

cargas públicas: la Administración responde por la existencia de un sacrificio especial del particular (distinto del soportado por la colectividad) con ruptura, pues, de aquel principio.

Ahora bien, pese a la amplitud de competencias medioambientales puesta a cargo de la Administración, ello no significa que la Administración sea responsable de todo daño derivado de actividades con incidencia medioambiental. Para ello se requiere que la responsabilidad sea imputable a la Administración. A los efectos de este tema, podemos distinguir las siguientes situaciones:

- 1) La titularidad de una competencia abstracta de promoción y protección de un bien ambiental no constituye un criterio de imputación de responsabilidad. Por ello no existe responsabilidad por no realización de fines medioambientales (cfr. STS 3.º de 17 de marzo de 1993, RA 2037).
- 2) La Administración responde de los daños causados por fuentes de riesgo que manipula directamente, siempre que aquellos sean realización del riesgo típico creado por el servicio público, con independencia de que éste haya funcionado correctamente. Por ejemplo: la Administración responde de los daños causados por roturas de redes de alcantarillado y canales (SSTS 3.ª de 13 de marzo de 1974, RA 1282; 11 de diciembre de 1974, RA 5132; 12 de febrero de 1996, RA 1063; IS de julio de 1998, RA 6444), vertederos (SSTS 3.º de 1 de diciembre de 1986, RA 8086; 25 de mayo de 1988, RA 3962), desalinizadoras municipales (STS, 3.º de 12 de febrero de 1996, RA 1063), caídas de árboles en parques nacionales (STS 3.º de 28 de marzo de 1994, RA 5426), obras públicas (STS 1.º de 3 de marzo de 1998, RA 926; SAP de Murcia de 28 de noviembre de 1997), etc.

De forma similar, la Administración responde de los daños que sean realización del riesgo típico creado por la no prestación de un servicio cuando la ley le atribuya el deber jurídico de hacerlo (vid por ejemplo, artículo 25.2.1) LBRL.

Respecto la responsabilidad de las compañías eléctricas por incendios forestales provocados por el funcionamiento de las instalaciones de éstas, se entiende la recta aplicación de los artículos 1.902 y 1.908 del Código Civil (ver, en este sentido la SAP de Tarragona 20-04-2006, la cual en base a diversas resoluciones del Tribunal Supremo, como las SSTS de 11-11-2004 o la 20-01-1992, señala que para la aplicación del artículo 1.908 del Código Civil no es necesario stricto sensu una explosión, bastando para ello un cortocircuito), ya que la compañía eléctrica puede ser considerada responsable del inicio del incendio y, por lo tanto, debe costear en última instancia los gastos de las aseguradoras. En este sentido, debe recordarse que el artículo 19 del Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión, señala que *“los titulares de las instalaciones deberán mantener en buen estado de funcionamiento sus instalaciones”*. Pero incluso, aun en el hipotético caso de un correcto mantenimiento, debe recordarse que, en cuanto al requisito adicional de la negligencia, el Tribunal Supremo ha ido modelando la interpretación el artículo

1.908 del Código Civil desde una posición más subjetiva, cercana al artículo 1.902 del Código Civil, a una más tendente a la objetivización (SSTS de 16-01-2002, 28-01-2004, 14-03-2005 y 31-05-2007), más cuando se trata de daños de naturaleza ambiental, considerando que la mera tenencia o explotación de una fuente de riesgo (de incendio, por ejemplo), es suficiente para ser hallado responsable de los daños causados. En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia 249/2012, de 14 de febrero, de la Audiencia Provincial de Tarragona (JUR 2012\394825), en el que se declara responsable a ENDESA, ya que:

“en cuanto al cumplimiento de la normativa administrativa y de revisiones, ha quedado ya claro por parte del Tribunal Supremo que ello no obsta para una posible responsabilidad civil si se cumplen los requisitos. Valgan por todas la STS de 31-05-2007 que señala que: «Avanzando en la misma línea, la Sentencia de 16 de enero de 1989 (RJ 1989, 101)», sobre un caso de contaminación de una industria siderúrgica que afectaba a las fincas y viviendas de los demandantes, así como al ganado vacuno de la zona, declaró rotundamente que «el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquellos contemplan intereses públicos sociales, ésta resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin». En idéntico sentido se pronunciaron las Sentencias de 24 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3727) (Recurso 3096/1990 [RJ 1993, 3727]), 7 de abril de 1997 (Recurso 1184/1993 [RJ 1997, 2743]) y 16 de enero de 2002 (Recurso 2355/1997 [RJ 2002, 8]): la primera de ellas, sobre un caso de emanaciones tóxicas de una fábrica de aluminio, declaró que no bastaba haber cumplido los reglamentos para exonerarse de responsabilidad civil, añadiéndose a este argumento que el artículo 1.908 del Código Civil (LEG 1889, 27) configura una responsabilidad de claro matiz objetivo; la segunda, sobre un caso de emanaciones tóxicas de una fábrica de productos químicos, reiteró los dos argumentos de la anterior; y la tercera, en fin, sobre un caso de mortandad de truchas en una piscifactoría por elevación de la temperatura del agua a causa de la utilización del caudal del río para la refrigeración de una central nuclear, examinándose al respecto el conflicto entre las concesiones administrativas de las dos empresas litigantes, resolvió que «por el solo hecho de resultar concesionaria preexistente» nada autorizaba a la titular de la central nuclear «a hacer un uso dañoso de la concesión». Y, en cuanto a torres y líneas eléctricas, su relación con el viento y la irrelevancia del cumplimiento de la normativa administrativa a efectos de evitar la responsabilidad civil cuando se cumplen los requisitos civiles para ésta, ya se había pronunciado, además, esta Audiencia en SSAP de Tarragona de 28-02-2008 y 29-02-2008”.

- 3) No existe exoneración por fuerza mayor cuando un río se desborda a consecuencia de lluvias imprevisibles, y las consecuencias derivadas de dichas lluvias obedecen a decisiones anteriores que no obedecen a criterios técnicos o éstos son manifiesta-

mente incorrectos (v.gr. Sentencia de la Audiencia Nacional –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª–, de 21 diciembre de 2005 sobre la tragedia del Camping de Biescas, al ubicarse el camping en el cono de deyección).

- 4) En cuanto a la circulación por senderos naturales, se impone a la Administración la colocación de signos visuales que contengan mensajes que hagan comprender a los viandantes, que no transitan por un lugar “de paseo”, siendo necesario considerar el tipo de personas que transitan por el lugar (STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 9 octubre 2001). Debe matizarse lo anteriormente señalado por lo dispuesto en el FD cuarto de la Sentencia 1393/2014, de 19 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada (JUR 2014\204867), al señalar que *“no puede entenderse que exista actividad o servicio de la Administración creadora del riesgo inherente al mismo o derivado de su funcionamiento normal o anormal, ni siquiera deber de señalización y protección en todas las zonas de posible acceso humano dentro del Parque, hasta el punto de impedir la caída de piedras por causa natural o acción de animales salvajes, pues aún no siendo la causa del daño la existencia de fuerza mayor, se estima que no existe el necesario nexos causal determinante de la obligación de indemnizar entre actividad o servicio de la Administración y el daño causado que por ende no le es imputable”*.
- 5) El otorgamiento de licencias, como servicio público de intervención en actividades con incidencia medioambiental, no es de por sí un criterio de imputación de responsabilidad, salvo que se haya incumplido la competencia de vigilancia y control sobre la actividad sujeta a licencia (STS 3.ª de 28 de junio de 1983, 3667). Aún más, la Administración no responde de los daños causados por actividades realizadas contra la misma (de los que responderá el infractor), sino que, además en principio tampoco responde de los daños que se hayan producido en una actividad realizada conforme a la autorización. La admisión de una responsabilidad general estos casos convertiría a la Administración en garante de los daños asociados a los riesgos de desarrollo.

Otra cuestión a destacar es el tracto sucesivo de las licencias ya que se trata pues de licencias condicionadas a su permanente adecuación al estado normativo de cada momento y su revocación, en caso de incumplimiento, no depara derecho a indemnización pues existe el deber jurídico de soportar las inversiones que exijan las nuevas medidas normativas o bien dicha revocación.

Por otra parte, el Texto Refundido de la Ley de Aguas también prevé la revisión de las autorizaciones de vertido cuando sobrevengan circunstancias que, de haber existido anteriormente, habrían justificado su denegación u otorgamiento en términos distintos [artículo 104.1.a)], cuando se produzca una mejora en las características del vertido y así lo solicite el interesado [artículo 104.1.b)] y, por último, para adecuar el vertido a las normas y objetivos de calidad de las aguas que sean aplicables en cada momento y, en particular, a las que para cada río, cada tramo de río, acuífero o masa de agua dispongan los planes hidrológicos de cuenca [artículo 104.1.c)]. Los tres primeros su-

puestos vinculan la posibilidad de revocación a la modificación de las circunstancias de hecho que motivaron la licencia en las condiciones en que se otorgó. El último supuesto se refiere a la mutación normativa o al cambio en la apreciación del interés público por otras circunstancias objetivas como la modificación o aparición de planificación, guardando silencio al respecto.

Respecto los diferentes instrumentos de prevención ambiental, su regulación contempla supuestos de modificación por circunstancias sobrevenidas, incluidas las que surjan de la incorrecta tramitación del procedimiento. En este sentido, deben citarse los artículos 28 (evaluación ambiental estratégica) y 44 (evaluación de impacto ambiental) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, así como el artículo 26 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación (autorización ambiental integrada).

- 6) Algo similar se puede decir de los servicios públicos prestados en régimen de concesión administrativa y, en general, si es un tercero quien ejercita privadamente funciones públicas (por ejemplo, un contratista de obra pública): la Administración sólo responderá si es quien dirige la actividad del tercero (vid. SAP de Asturias de 2 de marzo de 1995, AC 532) o si el daño está casualizado en el cumplimiento de una orden o condición impuesta por la Administración o en los defectos de un proyecto realizado por ella (artículos 121.2 LEF; 1.3 Real Decreto 429/1993; 98 Ley 13/1995, STS 3.<sup>a</sup> de 20 de octubre de 1998, RA 8842) o, finalmente, si la autorización administrativa resulta contraria a estándares normativos medioambientales.

Ahora bien, una cosa es que no se adquieran derechos sobre el dominio público y otra muy distinta es que, en caso de revocación de licencias que habilitan su uso, no comporten derecho a indemnización.

- 7) Otro de los supuestos típicos de responsabilidad patrimonial de la Administración deriva de los daños producidos por animales, principal o subsidiaria. En este sentido el artículo 33.1 de la Ley estatal de Caza 1/1970, de 4 de abril (los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6 de esta Ley, *serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos*), y el artículo 34 de la Ley andaluza 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y la Fauna Silvestres (*los titulares de los aprovechamientos serán responsables de los daños causados en las personas, bienes y en las explotaciones agrarias por los ejemplares de especies cinegéticas y piscícolas, incluidas en el plan técnico y que procedan de los citados aprovechamientos. Subsidiariamente serán responsables los propietarios de los terrenos*).
- 8) La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2015 (JUR 2015/68337), excluye de la indemnización por daño emergente el precio de los terrenos adquiridos para la ejecución del proyecto en razón de que siguen siendo de su propiedad, y, ciertamente es así, luego no existe deterioro patrimonial en este particular por la inejecución del

proyecto, pues, en contra de lo que afirma y siguiendo el Informe Pericial aportado con la reclamación de responsabilidad patrimonial, el suelo adquirido estaba clasificado como rústico de protección agropecuaria, y, como tal, fue fijado el precio, clasificación que no ha variado, luego no existe –o al menos no ha quedado acreditada– la pérdida de valor de ese suelo de su propiedad. Así, señala el Alto Tribunal que *“en el presente caso, estamos en presencia de meras expectativas de resultados de una actividad económica que nunca llegó a iniciarse y que, dados los términos del Plan Gallego de Acuicultura de 2008 (que sustituyó al Plan Sectorial que daba cobertura habilitante al Proyecto de la recurrente, precisamente por haber omitido un trámite esencial como era la DIA previa a su aprobación en la medida que algunos de los 21 Parques que definía afectaban a terrenos integrados en la Red Natura 2000), nunca tampoco se podría haber iniciado en los términos pretendidos por la recurrente y en los que, incorrectamente, fue inicialmente aprobado. Se trata, pues, de meras expectativas o ganancias hipotéticas, como dice la precitada Sentencia, excluidas de la obligación de indemnización en la medida que no constituyen un daño real y efectivo, por lo que no se infringe el principio de reparación integral, debiendo ser también desestimado este tercer motivo”*, para concluir señalando que sin perjuicio de reconocer la críptica motivación de la Sentencia, lo que cabe fácilmente inferir es que el rechazo de dicha pretensión se fundamenta en que, *“al no haberse iniciado actividad económica de clase alguna como consecuencia de la suspensión de la eficacia del Proyecto, su posterior revisión por la aprobación del Plan de 2008, unido a que tanto la DIA, como el Acuerdo de aprobación definitiva del Proyecto, se habían anulado en Sentencias de septiembre y octubre de 2009 (un año posteriores a la aprobación del expresado Plan de 2008, y, a la presentación de la reclamación de daños y perjuicios ante la Administración), dicho Proyecto, en su versión original, carecía de viabilidad por haber desaparecido su título habilitante, luego nunca existirían ganancias dejadas de percibir (único supuesto en el que cabría hablar de lucro cesante), porque la actividad empresarial pretendida era inviable legalmente”*.

- 9) Finalmente, debe destacarse, sin perjuicio de su análisis en otras partes de la obra, que la disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha regulado, por primera vez, la responsabilidad por incumplimiento de la normativa comunitaria.

## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## X. CULTURA Y PATRIMONIO HISTÓRICO

Por Mónica Ortiz Sánchez

### 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La figura de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito del patrimonio histórico goza, al igual que en otros ámbitos sectoriales que también se analizan en esta obra, de ciertas particularidades fundamentalmente debido a las propias

---

<sup>1</sup> Como bibliografía básica en materia de patrimonio histórico resultan de necesaria mención: ALEGRE ÁVILA, J. M.: "Observaciones para una revisión de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 13, pp. 11-18, 2009; ALEGRE ÁVILA, J. M.: "El Patrimonio Arqueológico: aspectos de su régimen jurídico", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 1, pp. 121-130, 1997; ALEGRE ÁVILA, J. M.: *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico: la configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica (Colección Análisis y Documentos; 5). Madrid, 1994; ALONSO IBÁÑEZ, M. R.: *El Patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad, Civitas, p. 454 (Monografías Civitas), Madrid, 1992; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: *Estudios Jurídicos sobre el patrimonio cultural en España*, Barcelona, Marcial Pons, Madrid, 2004; ANGUITA VILLANUEVA, L. A.: *Código del patrimonio cultural*, Thomson Civitas, p. 2.313, Madrid, 2007; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: "Las innovaciones de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, en la ordenación urbanística de los conjuntos históricos", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 68, pp. 73-111, 2007; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, lustel, p. 344 (Biblioteca de derecho municipal; 15). Madrid, 2006.

características del patrimonio histórico, y dentro del mismo, en especial, del patrimonio arqueológico.

A título de mera introducción puede adelantarse que las principales reclamaciones patrimoniales que se han suscitado en la Administración autonómica y que posteriormente han dado lugar a las Sentencias que comentaremos, se centran en varios supuestos concretos según el tipo de daño y el origen del mismo. Dichos supuestos son básicamente: daños ocasionados a terceros en edificios de titularidad de la Administración autonómica pertenecientes al patrimonio histórico y limitaciones al derecho de propiedad como consecuencia de la protección del patrimonio arqueológico. Dichas limitaciones pueden ser consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el planeamiento urbanístico en el que expresamente que se hayan introducido cautelas arqueológicas, o por el contrario como consecuencia de hallazgos casuales, pudiendo consistir en ambos casos dicha limitación bien en una reducción de aprovechamiento urbanístico o por el contrario en una total ablación de las facultades inherentes al derecho de propiedad como consecuencia de la incompatibilidad entre la protección del patrimonio arqueológico y el desarrollo urbanístico.

Como punto de partida debe recordarse sucintamente que de conformidad con lo establecido en el artículo 106.2 de la Constitución española, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecía 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. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.

Actualmente hay que estar al régimen establecido en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuanto al régimen sustantivo de la responsabilidad patrimonial, considerando igualmente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo que respecta a las cuestiones procedimentales. El impacto de la nueva normativa en la jurisprudencia requerirá esperar aún algún tiempo, dado que ambas normas entran en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Así pues, la responsabilidad patrimonial de la Administración, hasta la fecha, ha supuesto, según se desprende de la normativa vigente y de la jurisprudencia emanada sobre esta materia (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997 y 10 de febrero de 1998), la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- El daño ha de ser antijurídico.

- La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a que pertenece o la titularidad pública del servicio en cuyo ámbito se produce el daño.
- La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexos causales que implican la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- Ausencia de fuerza mayor.

En consecuencia, los particulares acreditan derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, entendido como tal cualquier hecho o acto enmarcado dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, deviniendo necesario para declarar tal responsabilidad la cumplida acreditación por parte del reclamante de la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, cuya imputación individual no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración.

De los requisitos anteriormente expuestos podemos adelantar que los pronunciamientos judiciales se han centrado sobre todo en la antijuridicidad del daño y en la existencia o no de del nexo causal. También son importantes los pronunciamientos sobre la valoración del daño en el que se analizan con detalle los informes periciales que lo cuantifican, así como los supuestos de responsabilidad solidaria, cada vez más frecuentes, por apreciar los tribunales la existencia de dos Administraciones con competencias concurrentes en la materia de patrimonio histórico.

La aplicación de esta institución al patrimonio histórico y a la Comunidad Autónoma de Andalucía requiere exponer ciertas cuestiones básicas como son las competencias que ostenta la comunidad en materia de patrimonio histórico debiendo ser completado dicho régimen competencial con el estudio de los sujetos imputables a efectos de responsabilidad en la organización administrativa.

Ya en la segunda parte de este capítulo se analizará desde un punto de vista práctico la casuística relacionada con los casos anteriormente señalados, si bien centrándonos en la doctrina sentada por los tribunales relativa a supuestos originados en Andalucía y de competencia de la Administración autonómica andaluza, pero trayendo a colación por su especial interés los pronunciamientos de otros tribunales en relación a otras Administraciones.

## 2. COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO

Desde el punto de vista formal, resulta preciso determinar el título competencial autonómico para la tramitación y resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en materia patrimonio histórico. Junto a ello conviene recordar el marco jurídico del patrimonio histórico cuyas disposiciones son de permanente aplicación en los litigios que se van a analizar. Si bien adelantamos la competencia exclusiva que sobre el patrimonio histórico ostenta la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.28 CE (artículo 68 Estatuto de Autonomía para Andalucía)<sup>2</sup>.

La Constitución Española de 1978 recoge como normas básicas en materia de patrimonio histórico el artículo 46<sup>3</sup> en relación con los artículos 44 y 45. También los artículos 148.1 (apartados 15, 16 y 17) y 149.1.28 y 149.2 establecen el régimen de competencias estatales y de las Comunidades Autónomas.

Junto a las anteriores la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, que supone una importante ruptura con la tradición representada por la Ley de 1933, debe ser citada en sus aspectos más esenciales y ello por cuanto que aunque en Andalucía sea de aplicación la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía, que aspira a llevar a cabo una regulación unitaria de la materia, no debe olvidarse el poco esclarecido panorama acerca del carácter básico o no de la normativa estatal sobre patrimonio histórico (lo que determina el necesario conocimiento de los preceptos estatales) y el principio de supletoriedad de la Ley estatal (artículo 149.3 CE).

---

<sup>2</sup> Por su interés se cita a continuación la bibliografía básica en materia de patrimonio histórico en Andalucía: AA.VV., FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *El Derecho de Andalucía del Patrimonio Histórico e Instituciones Culturales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2013; ABAD LICERAS, J. M.: "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico: soluciones doctrinales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 55, pp. 133-185, 1999; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: "Patrimonio Cultural y Derecho. La Legislación Española y Andaluza", en *Protección Jurídica del Patrimonio Cultural*, Instituto Andaluz de Administración Pública, vol. 1, pp. 57-82, Sevilla, 2009; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: "Las innovaciones de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, en la ordenación urbanística de los conjuntos históricos", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 68, pp. 73-111, 2007; BECERRA GARCÍA, J. M.: "La Protección del Patrimonio Histórico en Andalucía", en *Protección Jurídica del Patrimonio Cultural*, Instituto Andaluz de Administración Pública, vol. 1, pp. 163-179, Sevilla, 2009. PH: *Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, Año n.º 12, n.º 48, (Ejemplar dedicado a: El patrimonio histórico en la España de las autonomías), abril de 2004.

<sup>3</sup> "Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio".

La Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Andalucía<sup>4</sup> constituye el fundamento normativo de la primera norma autonómica en la materia, la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, que se estaba tramitando simultáneamente a la deliberación del recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 17/1991, de 31 de enero, dictada pocos meses antes de la aprobación de la Ley. Por lo tanto las disposiciones de la misma deben ser leídas teniendo en cuenta la vocación con la que nació la ley de complementar, adicionar y ampliar la regulación estatal, lo que determinaba la aplicación simultánea de ambas normas, de forma complementaria.

La vigente Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía surge en el marco del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. Una de las innovaciones del nuevo Estatuto de Autonomía radica en la previsión de un título completo, el Título II, a las competencias de la Comunidad Autónoma. Esta estructura no es casual sino que obedece a la denominada técnica de *blindaje de competencias*, tan criticada por el Tribunal Constitucional, que tiene por objeto clarificar y dotar de mayor seguridad jurídica al marco de distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma de suerte que la lectura de los artículos que regulan las competencias en cada materia debe realizarse bajo la perspectiva del artículo 42 que es el que determina las facultades concretas en función de que las competencias sean exclusivas, compartidas o ejecutivas<sup>5</sup>.

Desde el punto de vista del patrimonio histórico ha de acudir al artículo 68 que dispone lo siguiente:

*“Artículo 68. Cultura y Patrimonio.*

*1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de cultura, que comprende las actividades artísticas y culturales que se lleven a cabo en Andalucía, así como el fomento de la cultura, en relación con el cual se incluye el fomento y la difusión de la creación y la producción teatrales, musicales, de la industria cinematográfica y audiovisual, literarias, de danza, y de artes combinadas llevadas a cabo en Andalucía; la promoción y la difusión del patrimonio cultural, artístico y monumental y de los centros de depósito cultural de Andalucía, y la proyección internacional de la cultura andaluza.*

---

<sup>4</sup> En el artículo 13 bajo la rúbrica “Competencias exclusivas”, se venía a reconocer la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de: “26. Promoción y fomento de la cultura en todas sus manifestaciones y expresiones, sin perjuicio del artículo 149.2 de la Constitución”, de “27. Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que dispone el número 28 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución”, de “28. Archivos, museos, bibliotecas y demás colecciones de naturaleza análoga que no sean de titularidad estatal. Conservatorios y Centros de Bellas Artes de interés para la Comunidad Autónoma”. En el artículo 17 se reconocía la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de “4. Museos, archivos, Bibliotecas y otras colecciones de naturaleza análoga de titularidad estatal”.

<sup>5</sup> ORTIZ SÁNCHEZ, M. y CARRASCO LÓPEZ, I. (coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012.

*Corresponde asimismo a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de conocimiento, conservación, investigación, formación, promoción y difusión del flamenco como elemento singular del patrimonio cultural andaluz.*

*2. La Comunidad Autónoma asume competencias ejecutivas sobre los museos, bibliotecas, archivos y otras colecciones de naturaleza análoga de titularidad estatal situados en su territorio cuya gestión no se reserve el Estado, lo que comprende, en todo caso, la regulación del funcionamiento, la organización y el régimen de su personal.*

*3. Corresponde a la Comunidad Autónoma, salvo lo dispuesto en el apartado 2, la competencia exclusiva sobre:*

*1.º Protección del patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.28.ª de la Constitución.*

*2.º Archivos, museos, bibliotecas y demás colecciones de naturaleza análoga que no sean de titularidad estatal. Conservatorios de música y danza y centros dramáticos y de bellas artes de interés para la Comunidad Autónoma.*

*4. La Junta de Andalucía colaborará con el Estado a través de los cauces que se establezcan de mutuo acuerdo para la gestión eficaz de los fondos del Archivo de Indias y de la Real Chancillería.*

*5. La Comunidad Autónoma participará en las decisiones sobre inversiones en bienes y equipamientos culturales de titularidad estatal en Andalucía.*

*6. Las actuaciones estatales relacionadas con la proyección internacional de la cultura andaluza se desarrollarán en el marco de los instrumentos de colaboración y cooperación”.*

En el ejercicio de las competencias exclusivas previstas en el artículo 68.2.1.º del Estatuto se aprobó la vigente Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía.

Esta Ley en cierta manera continuista del régimen general de la anterior Ley sin embargo mejora y regula de forma más detallada las cuestiones que ya abordaba la anterior Ley, e introduce una serie de novedades que serán objeto de análisis con posterioridad<sup>6</sup>.

### **3. COMPETENCIA PARA LA TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO ANDALUZ**

En este apartado conviene en primer término recordar el contenido del artículo 149.1.18.ª de la CE, que 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*”.

<sup>6</sup> Para entender mejor la Ley se recomienda la lectura de “El nuevo marco legal de patrimonio histórico andaluz”, IAAP, 2010, en la que los autores de la misma explican las novedades más relevantes.

En segundo lugar, procede la cita del artículo 47.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que dispone que: *“Corresponde 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”*.

El ejercicio de las competencias en materia de patrimonio histórico en Andalucía corresponde actualmente a la Consejería Cultura (artículo 1 del Decreto 213/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Cultura).

En cuanto a la distribución interna de competencias para la tramitación y resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en la materia a la que nos referimos, hemos de partir del artículo 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones, según el cual:

*“En el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga.*

*En el ámbito autonómico y local, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local.*

*En el caso de las Entidades de Derecho Público, las normas que determinen su régimen jurídico podrán establecer los órganos a quien corresponde la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. En su defecto, se aplicarán las normas previstas en este artículo”*.

En el ámbito autonómico andaluz, el artículo 26.2.k) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, atribuye con carácter general a los titulares de las Consejerías la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, salvo que corresponda al Consejo de Gobierno.

No obstante la anterior previsión legal habrá que estar, en su caso, a las órdenes de delegación de competencias de las Consejerías, en las que normalmente se prevé la delegación en la persona titular de la Viceconsejería de cuantas facultades correspondan a la persona titular de la Consejería que no hayan sido delegadas en otros órganos, y en concreto la competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

En cuanto a la tramitación, el Decreto 213/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Cultura, guarda silencio en cuanto al centro directivo competente para la tramitación de estos procedimientos si bien, en el Decreto anterior

se le atribuía a la Secretaría General Técnica de la indicada Consejería la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial [artículo 9.1.h) Decreto 128/2013, de 24 de septiembre].

Por otra parte, la Consejería de Cultura tiene adscritos diversos entes instrumentales y servicios administrativos de gestión diferenciada (artículo 2.4 y 5 del Decreto 213/2015, de 14 de julio).

Nos referiremos a continuación a la competencia para la tramitación y resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial producidas en los ámbitos materiales en los que desarrollan su actividad dichas entidades instrumentales, refiriéndonos exclusivamente a los que ostentan competencias en materia de cultura.

En concreto, en materia de cultura y patrimonio histórico encontramos los siguientes entes instrumentales:

1. Dos agencias públicas administrativas<sup>7</sup>: la Alhambra de Granada y el Centro Andaluz de Arte Contemporáneo.
2. Dos agencias públicas empresariales: Agencia Andalucía de Instituciones Culturales<sup>8</sup> y el Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico<sup>9</sup>.

En relación a las dos agencias administrativas ha de destacarse que la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial ha de corresponderle a las mismas dada su personificación jurídica, siendo el órgano competente para su resolución el titular de la Viceconsejería atendiendo a la delegación de competencias anteriormente expuesta. Los estatutos de ambas agencias no contienen ninguna previsión que permita separarnos de régimen general anteriormente expuesto.

---

<sup>7</sup> Creados ambos como organismos autónomos con personalidad jurídica propia son en la actualidad agencias administrativas en virtud del Decreto 216/2011, de 28 de junio, de adecuación de diversos organismos autónomos a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de noviembre, de Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>8</sup> La Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, mediante la que se ha venido a modificar el Título III de la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía, dedicado a las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía la transforma en Agencia Pública Empresarial del artículo 68.1.b). Finalmente se ha aprobado el Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales.

<sup>9</sup> Ley 5/2007, de 26 de junio, de creación del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, como entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, adscrito a la Consejería competente en materia de cultura. La Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, la incardina en el artículo 68.1.b) de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía como Agencia Pública Empresarial. También el Decreto 75/2008, de 4 de marzo, por el que se aprueban sus estatutos.

Respecto de las dos agencias públicas empresariales, mientras que el artículo 34 de los estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales dispone que el procedimiento de responsabilidad patrimonial será resuelto por la Presidencia a propuesta de la Dirección, los estatutos del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico no le atribuyen competencia para la resolución de procedimientos de responsabilidad patrimonial que puedan plantearse en el ámbito de su gestión lo que hace necesario aplicar el régimen general anteriormente expuesto.

Finalmente, como servicios administrativos de gestión diferenciada aparecen la Biblioteca de Andalucía, el Conjunto Arqueológico de Madinat Al-Zahra, el Conjunto Arqueológico Dólmene de Antequera, el Archivo General de Andalucía, el Centro de Documentación Musical de Andalucía y el Museo de Bellas Artes no existiendo ninguna previsión normativa que los aparte de la reglas generales en materia de tramitación y resolución de reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

#### 4. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El estudio de los principales supuestos de responsabilidad patrimonial en materia de patrimonio histórico exige delimitar, siquiera someramente, el ámbito material en el que esa responsabilidad puede generarse.

También ha de recordarse en esta materia, atendiendo al importe de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que pueden ser competentes bien los Juzgados de lo contencioso-administrativo o bien la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Como señalamos al principio la escasa casuística existente hasta la fecha puede agruparse de la siguiente forma: 1) daños ocasionados a terceros en edificios de titularidad de la Administración autonómica pertenecientes al patrimonio histórico y 2) limitaciones al derecho de propiedad como consecuencia de la protección del patrimonio arqueológico.

Dentro de cada grupo se analizarán además cuestión de interés como la relativa a la *antijuridicidad del daño* o la existencia de supuestos *responsabilidad solidaria* como consecuencia de las competencias compartidas de varias Administraciones en la materia de patrimonio histórico<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> En este punto se recomienda la lectura de las siguientes obras: FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, J.: "Patrimonio histórico, urbanismo y responsabilidad patrimonial, *CefLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 91, p. 115, 2008; LAMANA PALACIOS, J.: "Responsabilidad patrimonial del Estado por la conservación de los bienes del Patrimonio Histórico Español, *Anales de la Abogacía General del Estado*, n.º 2007, pp. 305-317, 2009; PH: *Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, n.º 82 (Ejemplar dedicado a: Patrimonio histórico y Tribunales de Justicia), mayo de 2012. El capítulo cuarto del Boletín está dedicado expresamente a "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el marco

#### 4.1. Daños ocasionados a terceros en edificios o bienes de titularidad de la Administración autonómica pertenecientes al patrimonio histórico.

A continuación analizaremos los principales supuestos que se producen en la práctica, en los que los órganos judiciales acuden al estudio de la concurrencia o no de la ya referida *culpa in vigilando*, como elemento determinante de la existencia del necesario nexo de causalidad. También abordaremos el análisis de la ya anunciada responsabilidad solidaria.

Esta tipología de reclamaciones, existente también en otros ámbitos sectoriales, tiene la peculiaridad en el caso del patrimonio histórico de que los edificios o instalaciones en las que se produce no son meras sedes administrativas o edificios públicos de oficinas funcionales y adaptados a las necesidades modernas, sino que se trata de inmuebles cuyos valores históricos y artísticos requieren que se module especialmente dicha responsabilidad por la especial naturaleza de los mismos que afecta a sus condiciones de conservación y por la particular diligencia que han de desplegar los visitantes de los mismos<sup>11</sup>.

Exponemos a continuación algunos supuestos.

- La Sentencia de 17 de octubre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, resulta interesante por contener varios pronunciamientos de interés<sup>12</sup> en un supuesto de responsabilidad patrimonial por accidente acaecido en un yacimiento arqueológico. En este caso el recurso se interpuso contra la desestimación, por silencio administrativo, del recurso de reposición deducido frente a la resolución del Consejero de Cultura de 15 de abril de 2011 que desestimaba la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la recurrente el 22 de octubre de 2010, por las lesiones sufridas como consecuencia de la caída en agosto de ese año en el Conjunto Arqueológico de Baelo Claudia, en Cádiz, cuando acudió a presenciar una obra de teatro organizada por la Consejería de Cultura dentro de la programación de las VI Noches de Baelo. El recurrente solicitó que se declarara

---

de patrimonio histórico”. Dentro de dicho capítulo hay dos aportaciones de Pedro Luís Roas Martín, Magistrado de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con los siguientes títulos: “Marco general y tipología: la protección del patrimonio histórico como integrante del estatuto normal de la propiedad, su función social” y “El Jardín de Calixto y Melibea o ¿quién paga al ciudadano?”. También incluye este capítulo otra interesante aportación de Jaime Hernández, Letrado de la Junta de Andalucía, con el título “Las salazones de San Fernando o cómo la incoación de un BIC obliga a indemnizar al promotor. Importancia pericial de la valoración de los daños”.

<sup>11</sup> Téngase en cuenta que la Comunidad Autónoma gestiona un vasto patrimonio histórico, objeto de constante visita, no siendo extraño que puedan producirse accidentes en los bienes que lo integran. Como ejemplo han de citarse los conjuntos arqueológicos (Carmona, Itálica, Baelo, Dólmenes de Antequera, MADinat Al-Zahra, Cástulo), los conjuntos monumentales (Alhambra de Granada y la Alcazaba de Almería), los Museos, Bibliotecas y Archivos Provinciales, entre otros.

<sup>12</sup> Ver el artículo de GARCÍA RODRÍGUEZ, H. y ORTIZ SÁNCHEZ, M.: “Responsabilidad patrimonial por accidente acaecido en un yacimiento arqueológico”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 89, pp. 189-199, 2013.

su derecho a ser indemnizado por la Administración demandada en la cantidad de 60.003,57 euros como consecuencia de los daños sufridos en la caída.

La Sentencia estima parcialmente el recurso interpuesto por la recurrente anulando la resolución recurrida por ser contraria al ordenamiento jurídico, declarando el derecho de la recurrente a ser indemnizada por la Administración demandada pero en la cantidad de 20.000 euros por considerar que la caída se había producido no sólo por la actuación de la Administración que debería haber señalado e indicado mejor el conjunto, sino por la del propio recurrente que debería haber sido más cauteloso, apreciando aquí concurrencia de culpas. En este caso sin embargo la Administración alegó que el reclamante no había seguido las instrucciones y la señalización del conjunto, debiendo haber mostrado más diligencia al tratarse de una visita nocturna a un yacimiento arqueológico.

En el FJ Cuarto el Tribunal señala que *“CUARTO. Se invoca en la contestación a la demanda la Sentencia del Tribunal Supremo que declara no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de 26 de enero de 2004 de esta Sala, que resolvió, desestimándolo, el recurso interpuesto por una reclamante contra acuerdo del Ayuntamiento de Córdoba que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada como consecuencia de daños sufridos por una caída en un peldaño en la escalera del Alcázar de los Reyes Cristianos de Córdoba el día 26 de diciembre de 1999. La recurrente afirmaba allí «que el accidente se produjo al caer en un peldaño de la escalera que conduce hacia los Reales Baños del Alcázar por razón de la mala conservación del mismo por ser muy resbaladizo y tener el vértice redondeado y no existir ningún tipo de barandilla», concluyendo la Sentencia «que las especiales y singulares circunstancias arquitectónica de dicho edificio catalogado como Monumento Patrimonio de la Humanidad, exige que por parte de los visitantes se adopten las debidas medidas de precaución, cuando se estén realizando las visitas de este tipo de monumentos históricos», con lo que se podía haber evitado el resbalón y posterior caída, que le causó los mencionados daños y perjuicios, y por tanto, «que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos municipales y el accidente sufrido por la recurrente» y «que el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configure como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, no implica que todo daño que se produzca ha de ser indemnizado, sino, únicamente, cuando sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio público y que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, supuestos que no concurren en el caso de autos».*

Ahora bien, en el caso que nos ocupa el riesgo o peligro que se derivaba de caminar por el lugar donde ocurrió el siniestro era valorado por la Administración de tanta intensidad que se afirma que no «era de acceso permitido» al público. Tal extremo lo acredita el informe del Director del Conjunto Arqueológico, que goza de presunción de veracidad, así como las manifestaciones del empleado que atendió a la reclamante, obrantes en el expediente. En el informe del primero se dice que *«pude comprobar cómo la caída de la Sra. X se produjo dentro de un sector que se encontraba cerrado al público mediante el*

*sistema habitual de cierre de espacios, en el Conjunto Arqueológico de Baelo Claudia, es decir, mediante postes de madera con cuerdas», afirmándose en la resolución recurrente que eso es debido a «que en el mismo se conserva parcialmente el pavimento de época romana», en donde precisamente tropezó la recurrente».*

En contra de lo afirmado por el tribunal, la fundamentación de la Sentencia citada resulta plenamente trasladable al caso enjuiciado. En síntesis, tal doctrina viene a atemperar el “deber de advertencia” que compete a la Administración responsable del servicio público al que se anuda el daño cuando se trata de siniestros acaecidos en el interior de recintos de “especiales y singulares circunstancias arquitectónicas” como era el caso del Alcázar de los Reyes Cristianos de Córdoba y es también el Conjunto Arqueológico Baelo Claudia de Bolonia, por lo que ese plus de diligencia que se impone al visitante excluye que pueda apreciarse la relación causa-efecto por la sola falta de indicación del peligro concreto ya que se desplaza al visitante del enclave protegido el “deber de adoptar las precauciones necesarias para evitar el percance”, de modo que, en el caso que analizamos, el hecho de que la Administración colocase cuerda de seguridad para impedir el paso al lugar de la caída no enerva en modo alguno ese deber de especial diligencia que pesaba sobre el reclamante y que, según se motiva al valorar la concurrencia de culpas, se incumplió.

Pero es que, a mayor abundamiento, el razonamiento expuesto resulta nuevamente incongruente pues primero se dice que el “el riesgo o peligro que se derivaba de caminar por el lugar donde ocurrió el siniestro era valorado por la Administración de tanta intensidad que se afirma que no «era de acceso permitido» al público”. Sin embargo, al final del mismo razonamiento se dice que la propia resolución administrativa afirma que el cierre con postes de madera y cuerdas es debido a “que en el mismo se conserva parcialmente el pavimento de época romana” por lo que la Sentencia no acierta en el motivo que ofrece para no aplicar la doctrina invocada ya que la razón del cierre de esa zona no obedece a una especial peligrosidad sino a la mejor conservación del pavimento original romano.

Como ya hemos adelantado la Sentencia aprecia concurrencia de culpas con una motivación que más que justificar que se han producido concausas en el accidente, lo que acredita es que la falta de diligencia de la actora ha sido de tal intensidad que debería excluir cualquier relación causal que pueda buscarse con el funcionamiento defectuoso del servicio público. En este sentido expone que “No obstante, cabe apreciar la concurrencia con gran incidencia de una concausa a la producción del siniestro, cual es la propia conducta desatenta de la recurrente. Si era objetivamente inadecuado para la Administración el camino que tomaron para acceder a las gradas pues su único acceso era la mentada escalera, y no se advirtió convenientemente ni con carteles ni con expresas instrucciones del empleado, ello no obstaba a que se tomaran las debidas precauciones por la recurrente para no tropezar con lo que su marido calificó, en su reclamación del día siguiente, de «piedra grande que estaba sin señalar en un pasillo», pues también se revela de manera objetiva que dicho camino o trayecto presentaba obstáculos totalmente visibles como es «el muro de cierre de una tienda romana» que la recurrente, completamente percatada de él, llama «escalón natural». Hay que concluir con la Administración que la iluminación

*«era suficiente, pues si no lo fuera hubieran tropezado con esas piedras primero» y, en definitiva, «hubiera sido imposible que los espectadores deambularan» por las gradas «y se ubicaran en ellas», demostrando el reportaje fotográfico «la proximidad» con la zona donde se produjo el accidente de un foco en la parte alta de las gradas».*

Los datos empleados para aplicar este principio de moderación de la responsabilidad, como la suficiencia de la iluminación y el hecho de que la propia sentencia afirme que el obstáculo con el que se produjo el siniestro era “de manera objetiva” “totalmente visible”, hacen que resulte incomprensible que se estime parcialmente la reclamación y que, en otro caso, la ponderación de la responsabilidad se haya realizado finalmente al 50%, ya que es la propia Sentencia la que pone de relieve la mayor relevancia que ha tenido en el accidente la conducta desatenta de la reclamante.

- También por hechos acaecidos en el Conjunto Arqueológico de Baelo Claudia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Sevilla, desestimó en su Sentencia de 28 de mayo de 2013, la reclamación presentada por el padre de un niño menor de edad por las lesiones y secuelas sufridas a consecuencia del accidente producido mientras se encontraba visitando el conjunto arqueológico en el que se cayó una piedra, en concreto una cornisa, solicitando una indemnización de 14.870,78 euros. En este caso el reclamante aducía que el sillar no se encontraba bien colocado, siendo inseguro para el visitante y sin tener argamasa u otro elemento que impidiera el desprendimiento.

Por parte del conjunto arqueológico se presentó un informe pericial muy detallado que acreditó la adecuada conservación del conjunto, la existencia de revisiones periódicas y de instrucciones suficientes al visitante. En la Sentencia el juzgado considera que si bien resulta acreditado el daño al menor, hay dudas sobre la caída causal de la cornisa, siendo este extremo el determinante a efectos de acreditar el nexo causal. Finalmente desestima la reclamación por varias razones: por no tratarse la cornisa de un elemento indebidamente colocado pues es un conjunto arqueológico, porque no se ha acreditado en ningún momento el mal estado de conservación, porque en la reclamación que presentó el padre en el libro de reclamaciones del conjunto reconoció que la cornisa se cayó al tocarla su hijo, y porque medidas como las señaladas por la reclamante de empleo de argamasa u otro material para fijar la cornisa no pueden aplicarse en este caso al ser un bien de interés cultural sujeto a especiales medidas de conservación.

- La adecuada conservación de estos bienes del patrimonio histórico, así como la señalización, suele constituir el fundamento de numerosas reclamaciones patrimoniales. A título ya ilustrativo y sin descender a mayor detalle pueden citarse los siguientes pronunciamientos. La Sentencia de 4 de julio de 2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla n.º 6 estimó una reclamación por la caída en el Museo de Artes y Costumbres Populares al resultar acreditada la existencia de restos de agua alrededor de la fuente y la falta de señalización. La Sentencia de 17 de julio de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla n.º 8 sin embargo, condenó a la Administración a indemnizar al reclamante por los daños sufridos al caerse en el Centro Andaluz

de Arte Contemporáneo como consecuencia de la rotura repentina e imprevista de una losa de granito cuadrado del pavimento del Claustro del Monasterio de la Cartuja de Santa María de las Cuevas. En este caso el juzgado reconociendo el carácter totalmente fortuito e imprevisible de los hechos, la rotura de la losa, acude al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial para estimar la demanda.

- Como adelantábamos anteriormente, empieza a surgir una jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial que cada vez con mayor frecuencia fija la *responsabilidad solidaria* de varias Administraciones por ostentar competencias concurrentes. De especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre del año 2010, que estima una reclamación de responsabilidad patrimonial solidaria formulada por el fallecimiento de una persona como consecuencia del impacto de una piedra que procedía del castillo de Calatañazor. La reclamación de responsabilidad patrimonial se dirigía contra tres Administraciones indistintamente. En primer lugar frente al Estado, por ser titular del castillo al pertenecer el mismo al Patrimonio del Estado; en segundo lugar frente a la comunidad autónoma, por sus competencias en materia de tutela de patrimonio histórico; y finalmente, frente al Ayuntamiento, titular del camino en el que se produjo el accidente por considerar que su deber de vigilancia y conservación alcanzaría no sólo a la vía municipal, sino también a los elementos adyacentes a la misma. El Tribunal Supremo considerando los datos anteriormente expuestos estima la reclamación de responsabilidad patrimonial respecto del Estado y la Comunidad Autónoma y la desestima en el caso de los Ayuntamientos por no ser equiparable. Esta Sentencia desde el punto de vista de las competencias de tutela autonómicas resulta ciertamente peligrosa pues parte de un concepto de culpa in vigilando muy amplio y cuestionable.
- Recientemente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2012 condena a las tres Administraciones (Estado, Comunidad Autónoma de Castilla y León, y Ayuntamiento de León) a indemnizar los daños ocasionados a un estudiante como consecuencia del derrumbamiento de un tramo de cuatro metros de la muralla de León. *“En este caso, sin embargo, consideramos que queda también acreditada la responsabilidad del Ayuntamiento de León (y, en su caso, de la entidad aseguradora codemandada). De hecho, y como destaca en este caso el Abogado del Estado al contestar a la demanda, el propio demandante parece reconocerlo cuando, con invocación del artículo 3.2 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León, afirma que la conservación de la muralla correspondía al Ayuntamiento de León. En efecto, dicho precepto dispone «Las entidades locales tienen la obligación de proteger y promover la conservación y el conocimiento de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Castilla y León que se ubiquen en su ámbito territorial. Los Ayuntamientos comunicarán inmediatamente a las Consejerías de la Junta de Castilla y León competente en materia de cultura cualquier hecho o situación que ponga o pueda poner en peligro la integridad de tales bienes o perturbar su función social y adoptarán, en caso de emergencia y dentro de su propio ámbito de actuación, las medidas cautelares necesarias para defender y salvaguardar los bienes de dicho patrimonio que se encuentren». Es inevitable reconocer aquí la responsabilidad municipal para advertir de la situación y deterioro de la Muralla y adoptar, al menos, medidas precautorias que evitaren el desprendimiento*

*producido o, en todo caso, adoptara medidas de policía para la señalización de la zona de peligro de desprendimiento”.*

- Respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2010 anteriormente mencionada, la Audiencia Nacional se pronuncia en este caso añadiendo que: *“Allí se excluyó la responsabilidad municipal al no apreciarse el título de imputación del Ayuntamiento de Calatañazor por ser el titular de la calzada, pero no significa que no pueda apreciarse otro título de imputación como es el deber de proteger y promover su conservación, con el adecuado mantenimiento en condiciones de seguridad del bien en cuestión y, por ende, con la advertencia y señalización de los riesgos existentes por su estado de conservación”.*

En este sentido de reconocimiento de la responsabilidad solidaria se recomienda también la lectura de varias Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2003, 2004 y 2005 y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 6 de septiembre de 2006, en el que se analiza la responsabilidad del Estado y del Ayuntamiento de Salamanca por los daños ocasionados a particulares al haberse producido el derrumbamiento de una parte de la muralla de Salamanca, en la zona colindante con el jardín de Calixto y Melibea y todo ello en base a que parte de la muralla es propiedad del Estado y el jardín del Ayuntamiento, habiéndose acreditado la falta de adopción de medidas por ambas administraciones de conservación, siendo la principal razón de la caída de la muralla el riego excesivo en el jardín de propiedad del Ayuntamiento sin que el Estado concedor del deterioro progresivo hubiese requerido al Ayuntamiento a adaptar las debidas medidas.

## **4.2. Limitaciones al derecho de propiedad como consecuencia de la protección del patrimonio arqueológico<sup>13</sup>.**

4.2.1. En el ámbito del patrimonio arqueológico resultan no poco frecuentes las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración Autonómica y la

---

<sup>13</sup> Como bibliografía básica de patrimonio arqueológico se recomienda: ALEGRE ÁVILA, J. M.: “El Patrimonio Arqueológico: aspectos de su régimen jurídico”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 1, pp. 121-130, 1997; BARCELONA LLOP, J.: “Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 21, diciembre 2002; BARCELONA LLOP, J.: “Notas sobre el régimen internacional de las intervenciones arqueológicas submarinas”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 6, pp. 47-72, 2002; BARCELONA LLOP, J.: “El dominio público arqueológico”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, pp. 133-166, 2000; BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J.: “Intervenciones arqueológicas en actuaciones urbanísticas: supuestos difíciles”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 247, pp. 67-86, 2009; ORTIZ SÁNCHEZ, M.: “El patrimonio arqueológico”, en *El Derecho de Andalucía del Patrimonio Histórico e Instituciones Culturales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2013; MOREU BALLONGA, J. L.: “Régimen jurídico de los hallazgos de interés artístico, histórico y arqueológico”, *Revista de Administración Pública*, n.º 90, pp. 79-96, 1979; MOREU BALLONGA, J. L.: “La protección legal del patrimonio arqueológico terrestre en la Ley Estatal de 1985”, *La protección del Patrimonio Arqueológico*, 2002; RODRÍGUEZ TEMIÑO, I.: “Teoría y práctica de los hallazgos arqueológicos”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 14, pp. 171-189, 2010.

Local como consecuencia de las fricciones que se producen entre este patrimonio y el derecho de propiedad en relación al urbanismo. Diversos son los supuestos en que se producen estas reclamaciones: suspensión de obras como consecuencia de la realización de intervenciones arqueológicas exigidas por el planeamiento por tiempo superior al legalmente exigible por la normativa como carga del propietario, limitación de la edificabilidad inicialmente prevista en el planeamiento como consecuencia de la aparición de restos arqueológicos o incluso imposibilidad total de construir debido a la aparición de restos de extraordinario valor que determinan la incoación de un expediente de bien de interés cultural.

Conviene pues brevemente recordar que el **patrimonio arqueológico tiene una serie de características desde el punto de vista jurídico que lo diferencia del resto de los bienes del patrimonio histórico que deben ser resaltadas en este momento**. En *primer lugar* el ya tradicional choque entre el derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 de la Constitución Española y el patrimonio histórico se acentúa en el caso del patrimonio arqueológico de forma destacada debido al importantísimo papel que desempeña el mismo en la configuración de la función social del derecho de propiedad modulando el haz de facultades de los propietarios de forma acorde con la necesaria protección de bienes tan delicados como los arqueológicos. En *segundo lugar* tratándose de un patrimonio que puede estar en la superficie o en el subsuelo, y que por lo tanto puede ser conocido o desconocido, los aprovechamientos urbanísticos van a estar supeditados a la existencia o no de restos arqueológicos con la interinidad que ello supone (artículos 46 y 49 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y 59.4 LPHA), siendo ello especialmente delicado en el caso de construcción de grandes infraestructuras pues se plantea el dilema entre la protección del patrimonio arqueológico y el desarrollo urbano y territorial, prevaleciendo en la mayoría de los casos éste último. En *tercer lugar* la demanialidad del patrimonio arqueológico lo caracteriza de forma peculiar frente al resto de los bienes del patrimonio histórico. Y en *cuarto lugar* la propia definición del patrimonio arqueológico en base a la metodología que se emplea en su estudio, y no en base a los valores, también debe ser destacada.

También conviene destacar las principales novedades de la Ley de Patrimonio Histórico de 2007 en este punto, novedades que necesariamente pueden tener relevancia en la tramitación de expedientes de responsabilidad patrimonial.

Así, siguiendo en este punto el propio preámbulo de la norma, se mantiene el concepto de Patrimonio Arqueológico basado en la utilización de la metodología arqueológica, estableciendo, en los mismos términos que la legislación estatal, la naturaleza demanial de los objetos y restos materiales que sean descubiertos, si bien con la importantísima aportación de la disposición transitoria tercera que presume el carácter de bienes de dominio público también de los elementos hallados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, una vez transcurrido el plazo previsto en la misma sin que se haya notificado a la Administración su existencia.

En la línea continuista la Ley mantienen la figura cautelar de la Zona de Servidumbre Arqueológica y los elementos sustanciales del sistema de autorización de las actividades arqueológicas. Especial importancia tienen también las actividades arqueológicas previas a la intervención sobre inmuebles protegidos, sobre las que se ha tratado de establecer una regulación equilibrada que, al mismo tiempo, se adecue a lo establecido por la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Así se concretan y especifican las obligaciones del promotor de las obras conforme al aprovechamiento urbanístico atribuido, si bien la Administración cultural podrá ampliar a su costa la extensión de la actividad arqueológica por razones de protección o interés científico.

La mejora en la coordinación del urbanismo y el patrimonio arqueológico se plasman a su vez por una parte en el artículo 29 que exige que los planes urbanísticos cuenten con un análisis arqueológico en los suelos urbanos no consolidados, los suelos urbanizables y los sistemas generales previstos en determinados casos; en los artículos 30 y 31 en lo que respecta al mayor detalle en el contenido de los Planes de protección y finalmente el artículo 32 relativo el Informe en los procedimientos de prevención y control ambiental.

Con la importante modificación que ha supuesto la introducción en la Ley 14/2007 de la necesidad del informe de la Administración cultural en la elaboración de los instrumentos del planeamiento prevista en el artículo 29 puede razonablemente pensarse que la necesaria inclusión de los estudios arqueológicos en el momento de elaboración de los planes permitirá calificar y clasificar los suelos de forma más acorde a su potencial contenido oculto atribuyendo unas facultades a los propietarios condicionadas por ese contenido, y evitando con ello futuras reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

Finalmente como recordatorio, la protección del patrimonio arqueológico en sentido amplio puede realizarse de muy diferentes maneras, a través de declaraciones expresas mediante su inclusión en el Catálogo General del Patrimonio Histórico, del planeamiento urbanístico, de la figura del hallazgo, de las técnicas autorizatorias de actividades arqueológicas, de expropiaciones o del tanteo y retracto<sup>14</sup>.

Vamos a exponer a continuación diversos supuestos.

---

<sup>14</sup> Debe citarse en este punto la STSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2009, ratificada por el STS, que resolvió el recurso interpuesto contra la Resolución Consejería de 25 de septiembre de 2008 por la que se acuerda ejercer el retracto sobre la parcela sobre la que se encuentra el yacimiento arqueológico de Saltés, que forma parte de la Zona Arqueológica de Huelva con una superficie de 235.825,99 metros cuadrados y pago de 245.259,03 euros. El demandante alegó que la finca tenía 700 hectáreas, que se había ejercido el retracto sólo por una parte y se había fijado la indemnización a prorrata, valoración injusta y pidiendo el retracto sobre la totalidad. La Sala desestima la demanda y lleva a cabo una interpretación restrictiva del retracto por ser una limitación a la propiedad. En esta interpretación finalista de la norma entiende que sólo se puede ejercer el retracto sobre los bienes que estén en el CGPHA y no sobre otros pues en caso contrario la Administración cultural se estaría excediendo. En el mismo sentido, sobre un retracto parcial, la STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2002, en relación a la Torre de Guimarey y un pazo.

4.2.2. En primer lugar aquellas **reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que el daño consiste en la pérdida absoluta de aprovechamiento urbanístico ya patrimonializado por el recurrente (ya ha obtenido la correspondiente licencia urbanística) como consecuencia de la aparición de restos que motivan la incoación de un bien de interés cultural**. Aunque pueden presentarse infinidad de supuestos, según la jurisprudencia, los requisitos para que nazca el derecho a exigir una indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial, son los siguientes: que se produzca el hallazgo de un resto arqueológico y la incoación de un BIC; que el planeamiento no contenga previsiones que condicionen la construcción en una zona protegida y que se limite o suprima el aprovechamiento urbanístico ya adquirido por el propietario con la licencia para edificar. Todo el debate en estos casos se reconduce a la antijuridicidad del daño.

- Un interesante ejemplo en estos casos es el de las dos Factorías Romanas de Salazones de Algeciras (Cádiz), ubicadas en el sector denominado Villa Vieja, que el Decreto 231/2003, de 18 de noviembre, del Consejo de Gobierno, declaró BIC con la categoría de “zona arqueológica”. El expediente se inició el 27 de mayo de 2002, como consecuencia de una serie de intervenciones de urgencia, encontrándose ocho piletas de maceración de garum, vestigio de la colonia romana fundada en el último tercio del siglo I a.c., proveniente de efectivos del Norte de África. Estas Factorías, que presentan un estado de conservación excepcional, tenían como finalidad la limpieza y el procesado de pescado para la elaboración de salsas, y sufrieron diversas reformas, ampliaciones y cambios de uso durante sus quinientos años de funcionamiento. La zona arqueológica quedó delimitada a un área poligonal, llevando aparejada la adecuación del planeamiento a la protección de la misma, conservándose la totalidad de los restos *in situ*.

Como consecuencia de lo anterior se impidió a una empresa promotora la ejecución de un proyecto para la construcción de 28 viviendas, instando una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, que fue denegada por la Consejería de Cultura. Si bien el Tribunal Superior de Justicia con Sede en Sevilla desestimó el Recurso en Sentencia de fecha 29 de diciembre de 2008, sin embargo, posteriormente en casación, el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de diciembre de 2010, reconoció la procedencia de dicha responsabilidad patrimonial, al entender que la declaración de bien de interés cultural impedía al propietario hacer suyo el aprovechamiento urbanístico. Recordemos que este concepto, ligado al derecho de propiedad, se define como el derecho potencial a construir según las condiciones impuestas por el planeamiento. O lo que es lo mismo, la facultad de edificar en un terreno.

El interés de esta Sentencia radica en que viene a hacer depender el nacimiento de la responsabilidad patrimonial con el derecho a “materializar” el aprovechamiento urbanístico, si éste ya existía con anterioridad a la declaración del BIC. Es decir, la mera expectativa urbanística se transforma en un auténtico derecho adquirido cuando al titular del terreno, dentro del proceso urbanizador, le es concedida la correspondiente licencia municipal para edificar. El valor del suelo ya no estaría integrado únicamente por el

del solar, sino además, por el derecho a construir, debiendo indemnizarse cuando por aplicación de las normas en materia de Patrimonio Histórico se restringe ese derecho<sup>15</sup>.

En el anterior sentido, el FJ Séptimo expone lo siguiente:

*“La jurisprudencia de este Tribunal Supremo en esta materia de la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico, enjuiciando supuestos en que una norma posterior, ya sea de rango legal o fruto de la revisión o modificación del planeamiento, o en que la protección debida de determinados bienes, u otras causas, impiden el desarrollo urbanizador antes previsto, descansa en una idea de partida que en síntesis puede ser expresada de este modo: El contenido económico del derecho de propiedad del suelo es el que corresponde a su valor inicial, es decir, al de un terreno no urbanizable, que sólo tiene el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal propio de su naturaleza. Por ende, las facultades o contenidos urbanísticos artificiales, que no son inherentes a esa naturaleza, sino producto de la concreta ordenación urbanística, como adiciones o añadidos que derivan de la clasificación y calificación prevista en una norma o plan de ordenación, no pasan de ser meras expectativas, que sólo se adquieren, consolidan e ingresan en el patrimonio del propietario mediante la participación de éste en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida. Es entonces cuando nace el derecho a su indemnización y a la de los gastos ocasionados para ese cumplimiento que hayan devenido inútiles.*

*Es esa una jurisprudencia que en esos o similares términos y con una mayor o menor extensión argumental, puede verse en las Sentencias de 17 de febrero y 6 de marzo de 1998, 9 de febrero y 26 de noviembre de 1999, 6 de abril de 2005, 17 de junio de 2009, 24 de febrero y 11 de mayo de 2010, etc., dictadas en el Recurso de apelación 327/1993, y en los de casación 109/1992, 340/1993, 9375/1995, 7944/2000, 944/2005, 1863/2008 y 3083/2008. Jurisprudencia que resalta, en fin, que la indemnización por la privación de derechos de carácter urbanístico debe estar en congruencia con el grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva a su propietario, recordando a tal efecto lo que ponían de manifiesto, casi con plasticidad, los artículos 23 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, al describir la gradual incorporación de los derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del*

---

<sup>15</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo revoca en este punto la del TSJ que consideraba la licencia nula. Para el TSJA la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico se pone en duda cuando la licencia es nula por contradecir las normas sobre Patrimonio Histórico. En el caso que nos ocupa, el Ayuntamiento de Algeciras otorgó la licencia de obras, pero a diferencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sala de Sevilla consideró que dicha licencia habría devenido nula, por cuanto el inicio del expediente de BIC suspendía la tramitación de licencias municipales y los efectos de las ya otorgadas.

*propietario –derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación–”.*

También el FJ Décimo analiza la antijuridicidad del daño señalando que *“Por ende, la privación de ese derecho, aunque amparada por la aplicación de las normas sobre protección del Patrimonio Histórico, no deja de constituir una lesión antijurídica y como tal indemnizable, pues el propietario de dicho suelo no tiene el deber jurídico de soportar el daño que a él en concreto le produce esa protección en interés y beneficio de la colectividad. La evidencia de esto que afirmamos nos excusa de extendernos con mayores razonamientos sobre la concurrencia de ese elemento de la antijuridicidad del daño, pese o no obstante la extensión con que la Administración demandada se refiere a él”.*

Y añade el Tribunal que afecta a este criterio la circunstancia de que el suelo, como conocía la actora al adquirirlo, estuviera incluido en el Plan Especial de Protección y Reforma Interior “Plaza del Coral” y ello porque *“sencillamente, porque era éste el que asignaba la edificabilidad luego frustrada; también, porque todo indica que los restos arqueológicos fueron descubiertos con ocasión o a raíz de las obras de demolición de los edificios antes existentes en el solar; y, en fin, porque ese Plan Especial no es uno de aquellos a los que alude el artículo 20 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, ya que estos son los que han de ser redactados tras la declaración del Bien de Interés Cultural y para su protección”.*

Por último en este caso hemos de hacer una reflexión sobre la responsabilidad solidaria en este caso, y ello porque la responsabilidad del Ayuntamiento en este caso podría haber sido planteada ante los órganos jurisdiccionales, y ello porque podía haber incurrido en responsabilidad el Ayuntamiento de Algeciras al continuar con los trámites y conceder la licencia para las 28 viviendas pues desde octubre de 2001 el Ayuntamiento tenía conocimiento, a través de la Consejería de Cultura, de la importancia del hallazgo y de las prospecciones que se estaban realizando. Por ello hemos de recordar que en este tipo de asuntos relativos al Patrimonio Histórico, pueden coexistir responsabilidades de distintas Administraciones Públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, y no sólo de la Autonómica, elemento éste que ha de ser adecuadamente valorado en vía administrativa en la tramitación del expediente.

- Un supuesto similar es analizado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 8 de noviembre del año 2004, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, en la que se analiza la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios derivados de la declaración de bien de interés cultural, con la categoría de zona arqueológica, puesto que la protección cultural impediría la actividad de extracción de mármol que se desarrollaba en los terrenos. Resultó acreditado en el procedimiento a través de la prueba practicada la imposibilidad de extraer material de la cantera sin afectar directamente al perímetro señalado como zona arqueológica.

Al igual que en los anteriores supuestos, en este caso el tribunal se cuestiona acerca del deber del propietario de soportar exclusivamente la imposición de tales limitaciones, que se traduciría en una limitación real de sus facultades dominicales, haciendo recaer el coste de la protección a los propietarios, por lo que el mismo debiera ser indemnizable.

**4.2.3. Por otra parte se encuentran las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que el daño consiste en la limitación o pérdida absoluta del aprovechamiento urbanístico previsto en el planteamiento como consecuencia de la aparición de restos cuya presencia en el lugar era previsible y así lo recogía la normativa urbanística.**

- De especial interés también resulta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, de 27 de febrero de 2014, por la que se estima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el propietario de los terrenos al producirse una limitación singular de su derecho de propiedad por parte de la Administración como consecuencia de las medidas adoptadas tras la intervención arqueológica realizada en el Cerro de el Carambolo. En el presente caso el planeamiento exigía la realización de intervenciones arqueológicas en la zona, pero no había supeditado el aprovechamiento urbanístico a la misma, sino que la Administración, ante el resultado de las intervenciones optó por limitar absolutamente la edificabilidad. El reclamante invocó en la demanda que la Administración había establecido una limitación singular a su derecho de propiedad y que dicha limitación suponía una restricción a la edificabilidad y uso contrario el principio de equidistribución de cargas.

En este sentido el FD Tercero señala:

*“TERCERO. Bajo tales consideraciones, resulta obligado apreciar en este caso el supuesto indemnizatorio descrito, pues concurren plenamente los requisitos anteriormente expuestos. Por una parte, la restricción del aprovechamiento de los terrenos adquiridos por parte de la recurrente; extremo material que ni siquiera resulta objeto de controversia, pues con independencia de que, ante la falta de aprobación definitiva del plan parcial, el terreno adquirido careciese de una edificabilidad consolidada, la prueba practicada permite concluir que el nivel de intervención arqueológica resultante de la resolución adoptada por parte la Administración demandada concretó el alcance de las limitaciones previstas en el planeamiento, restringiendo considerablemente las posibilidades de uso de tales terrenos. Así, lo admite el propio perito de la demandada que llevó a cabo una valoración del terreno vinculada con la explotación económica en él pretendida, y que condicionó el resultado de su dictamen, a la inexistencia de restos o yacimientos arqueológico en la zona.*

*En segundo término, la restricción de estos aprovechamientos se constituye en un supuesto de vinculación singular, que, a su vez, se traduce en un beneficio para*

*el resto de los usuarios y para el propio interés general, pues las determinaciones urbanísticas de las que deriva se amparan y justifican en la necesidad de conservar y proteger el patrimonio histórico”.*

La Sentencia realiza una didáctica exposición de la responsabilidad patrimonial que se deriva de la normativa urbanística y patrimonial, distinguiéndola de la responsabilidad patrimonial general.

La Sentencia estima parcialmente la demanda. Por una parte se estima la misma por quedar acreditada la existencia de un daño en el que concurren los requisitos anteriormente expuestos. En el presente caso si bien el planeamiento advertía de la posible existencia de restos arqueológicos que requerirían la realización de intervenciones arqueológicas, al no condicionar el plan la edificabilidad al resultado de las excavaciones, una vez realizadas las mismas se produjo una restricción de éstas por resolución de la Administración. Restricción que constituye el fundamento del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial.

En estos casos resultaría más prudente para la Administración, cuando se presuma de forma bastante cierta la posible existencia de restos arqueológicos en zonas determinadas, condicionar *a priori* la edificabilidad del planteamiento al resultado de las excavaciones, y no limitar *a posteriori* la edificabilidad ya reconocida al resultado de las mismas. En el primer caso no existiría una edificabilidad reconocida por el planeamiento de forma definitiva, sino que ésta estaría sujeta a una suerte de condición suspensiva, a saber el resultado de las excavaciones que permitan dilucidar la compatibilidad entre la conservación de los restos con la edificabilidad prometida, y en el segundo caso sin embargo reconocida ésta incondicionadamente en el planeamiento, su limitación o supresión ulterior a resultados de las excavaciones generará una reclamación de responsabilidad.

La Sentencia, como adelantamos, estima parcialmente la demanda, porque no acepta el quantum indemnizatorio planteado en la demanda por la recurrente que se basaba en tres parámetros (la edificabilidad perdida, los costes de las intervenciones arqueológicas y redacción de proyectos, y subsidiariamente el coste de adquisición de los terrenos). Respecto de la primera pretensión, relativa a la edificabilidad perdida, y planteándose en la litis que el posible lucro que se hubiese obtenido se basaba en la explotación de una eventual edificación como uso hotelero la prueba pericial aportada por la demandante fue desvirtuada por la aportada por la Administración suponiendo ello una importante minoración de la cantidad reclamada en dicho concepto.

Se desestima además la reclamación en relación a los otros dos conceptos señalados, indicando la Sentencia que respecto a los costes por la realización de intervenciones arqueológicas éstas son por cuenta del promotor ya que se trata de una obligación que deriva del planeamiento vigente teniendo naturaleza urbanística (recordando aquí la Sala que éste mismo es el criterio que mantuvo en la Sentencia de 21 de junio de 2012)

y respecto del coste de adquisición de los terrenos lo desestima porque no podía ser reconocido puesto que la propiedad seguía siendo de la recurrente.

Esta Sentencia constituye un buen exponente de la importancia que tienen los informes periciales, tanto de parte como de la Administración, en la determinación de la cuantía indemnizatoria. Es importante tener en cuenta que las alegaciones que presenten los reclamantes en vía administrativa, y la cuantificación que de los daños realicen en sede administrativa, ha de ser rebatida por la Administración recurrida, bien en sede administrativa, bien en sede judicial, aportando dictámenes periciales que aborden con detalle todos los conceptos indemnizatorios reclamados, y no con la única finalidad de negar la existencia del daño, en su caso, sino con la finalidad de que la indemnización que finalmente se reconozca, en su caso, sea la que verdaderamente le corresponde al reclamante.

**4.2.4. Cuestión distinta es que la limitación del derecho de propiedad proveniga del propio planeamiento, habiendo sido establecida con carácter general no generando en estos casos derecho a indemnización, pues existe una cautela arqueológica que condicionaba cualquier aprovechamiento.**

- Hemos de citar en primer lugar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, de 21 de junio de 2012, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por una mercantil como consecuencia de la disminución del aprovechamiento urbanístico sobre una parcela como consecuencia del resultado de la intervención arqueológica llevada a cabo y que venía impuesta por el Plan General de Ordenación Urbana de Córdoba.

Dicho planeamiento urbanístico determina una serie de medidas que debían desarrollarse con carácter previo al inicio de los movimientos de tierra necesarios para la ejecución del proyecto de obras, siendo las mismas plenamente conocidas por la mercantil. Por tanto, es el planeamiento municipal el que establece una serie de normas para la protección del patrimonio histórico (Capítulo II del Título VIII del PGOU), imponiendo a los propietarios una serie de obligaciones e intervenciones en orden a investigar y conservar el patrimonio arqueológico existente en los terrenos como condición de edificación, siendo el resultado de la intervención arqueológica el que determinará el concreto contenido del derecho a edificar.

El citado instrumento de planeamiento tiene el carácter de norma jurídica, vinculante para todos los ciudadanos y poderes públicos. En este sentido, el artículo 19.1 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones (vigente en el momento en que se aprueba el PGOU de Córdoba), establece que *“Los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán destinarlos a usos que no resulten incompatibles con el planeamiento urbanístico y mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. Quedarán sujetos igualmente al cumplimiento de las normas sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos y*

sobre *rehabilitación urbana*". En el mismo sentido el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, dispone en su "artículo 7. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo" lo siguiente:

*"1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.*

*2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística".*

Cabe citar igualmente el artículo 49.3 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que dispone que *"El uso urbanístico del subsuelo se acomodará a las previsiones del Plan General, quedando en todo caso su aprovechamiento subordinado a las exigencias del interés público y de la implantación de instalaciones, equipamientos y servicios de todo tipo. La necesidad de preservar el patrimonio arqueológico soterrado, como elemento intrínseco al subsuelo, supondrá la delimitación de su contenido urbanístico, y condicionará la adquisición y materialización del aprovechamiento urbanístico atribuido al mismo por el instrumento de planeamiento"*.

Es decir, es la propia legislación urbanística la que subordina el contenido del derecho de propiedad a la protección del patrimonio arqueológico. Todo ello resulta además coherente con el carácter no absoluto que tiene en nuestro ordenamiento jurídico el referido derecho de propiedad y que ha de ponerse en relación con al antijuridicidad del daño. En el FJ Sexto señala la Sentencia lo siguiente: *"debe ser rechazada al no apreciarse el presupuesto de la antijuridicidad del daño producido, de concurrencia obligada en orden a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración... esta intervención arqueológica, en sus sucesivas fases de sondeo y excavación en extensión acometidas por la actora, está prevista expresamente para el ámbito en el que se localizan los terrenos de su titularidad en el PGOU, disposición general de naturaleza normativa reglamentaria, vigente y eficaz... la procedencia de esta regulación está amparada por la legislación sectorial en materia de patrimonio histórico y ordenación urbanística antes enunciada, no siendo óbice a la misma que los terrenos, o su ámbito, no estén clasificados como BIC, ZA, ZSA según la legislación sobre patrimonio histórico. Y estas determinaciones contenidas en el documento de planeamiento son anteriores a la adquisición por la recurrente de la parcela de su titularidad en virtud del proyecto de reparcelación del plan parcial, siendo aquélla conectora de las circunstancias que a la misma afectaban, y de que por tanto el proyecto edificatorio que pretendía acometer sobre su parcela (que implicaba el vaciado del terrenos para la ejecución de sótanos y*

cimentaciones) comportaba una afección máxima sobre el patrimonio arqueológico, y por ende la aplicación de las cautelas arqueológicas”.

Acaba citando la Sentencia otros pronunciamientos judiciales de interés como las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998, de 17 de septiembre de 2010, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de julio de 2008<sup>16</sup>.

Nos encontramos pues ante así ante una norma jurídica vinculante (PGOU), que establece a los propietarios una serie de obligaciones dirigidas a la indagación y protección del patrimonio arqueológico, las cuales, además, se ajustan a lo ordenado por la legislación urbanística, determinando ello que el daño no es antijurídico<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> También, por su interés la STS de 13 de octubre de 1998, sostiene que “se debe comenzar señalando que hace tiempo que ha entrado en crisis la concepción clásica de la propiedad que consideraba a ésta como un derecho unitario. La propiedad se configura hoy, sobre todo, por obra de la legislación especial y en razón de su función social, como un derecho «elástico» dotado de diverso contenido e, incluso, de diferente estatuto. Este pluralismo, consecuencia de la multiplicidad de normas especiales, contempla según las clases de propiedad diversas formas de intervención administrativa en función de las características y de la trascendencia social de los bienes sobre los que se proyecta el derecho. Ello supone una tensión dialéctica entre el interés individual del titular y el interés de la colectividad presente en el propio reconocimiento constitucional de la propiedad que realiza el artículo 33 CE, al consagrar a un tiempo el derecho y la función social que delimita su contenido de acuerdo con las leyes. La referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada, o como factor determinante de la configuración legal de su contenido, pone de manifiesto que la CE no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señoría sobre el bien objeto del dominio reservado al titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o el interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre los bienes objeto del mismo, pero también, al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y cargas establecidos de acuerdo con las leyes en atención a valores o intereses de la colectividad, o, dicho en términos utilizados por la TC S 37/1987 de 26 Mar., en atención «a la finalidad o interés social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir».

Por otra parte, deben hacerse dos precisiones adicionales. En primer lugar, la fijación del «contenido social» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. Esta incorporación de las exigencias sociales al contenido de la propiedad privada se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas, no meramente ablatorias, en las facultades del propietario”.

<sup>17</sup> En relación a este tipo de reclamaciones el Consejo Consultivo de Andalucía ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones. Así en el Dictamen 9/2001, de 24 de enero: “Ante todo, descrito someramente el objeto de la reclamación, procede realizar dos consideraciones previas. La primera, de carácter general, sobre el marco jurídico en que se desenvuelve la actividad a la que se atribuye el daño. La segunda, relativa a las medidas destinadas a impedir la destrucción del patrimonio arqueológico. 1. Desde la perspectiva que aquí se contempla, la Constitución establece dos claros mandatos dirigidos a los poderes públicos. Por un lado, su artículo 46 impone el deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Junto a él, el artículo 44.1 les impone la obligación de promover y tutelar el acceso a la cultura, al que todos tienen derecho. De acuerdo con el artículo 53.3 del propio Texto Constitucional, «el

- En supuesto similar la Sentencia Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013, con ocasión de un supuesto vinculado con la desestimación presunta de una petición indemnizatoria de los perjuicios derivados de la pérdida de aprovechamiento urbanístico y limitaciones constructivas en determinadas parcelas situadas en la localidad de Castro del Río (Córdoba) en cuyo planeamiento se habían introducido las debidas cautelas arqueológicas ante la presencia de un yacimiento arqueológico (Villa Boronato). Esta Sentencia confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de junio de 2010, que desestimaba la reclamación.

#### 4.2.5. Un supuesto interesante en relación a la protección otorgada por la ley a las cuevas y abrigos lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2013, que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencio-

---

*reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III –en el cual se insertan los dos precitados artículos– informará la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».*

*De los preceptos citados, se extrae la necesidad de un conjunto normativo de desarrollo que instrumente los mecanismos precisos para el cumplimiento del mandato constitucional. En este contexto se inscriben la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, que la desarrolla parcialmente.*

*En lo que respecta a nuestra Comunidad Autónoma, el artículo 13.27 del Estatuto de Autonomía para Andalucía le atribuye competencia exclusiva en materia de patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio de la competencia que el artículo 149.1.28.<sup>a</sup> de la Constitución reserva al Estado en relación con la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación. Por otra parte, por Real Decreto 864/1984, de 29 de febrero, se transfirieron a la Comunidad Autónoma de Andalucía, entre otras, las funciones y servicios del Estado en materia de patrimonio arqueológico, competencias cuyo ejercicio corresponde a la Consejería de Cultura. Con posterioridad, en desarrollo del precepto estatutario citado fue aprobada la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, y más recientemente, el Decreto 4/1993, de 26 de enero, por el que se regula el Reglamento de Organización Administrativa del Patrimonio Histórico de Andalucía.*

*2. El conjunto normativo antes indicado, pone a disposición de las Administraciones Públicas competentes una gama de instrumentos de muy diferente intensidad que, con el fin de proteger el Patrimonio Histórico, pueden utilizarse en función de las circunstancias. Entre ellos se encuentran la emisión de informes vinculantes, el sometimiento a autorización o licencia de las actividades materiales susceptibles de producir daños a dicho patrimonio y el condicionamiento de éstas al cumplimiento de ciertas prescripciones, la suspensión temporal del otorgamiento de licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas, y la paralización de obras u otro tipo de intervenciones; todos los cuales tienden a evitar la pérdida o destrucción irreparable de dicho patrimonio.*

*A este respecto hay que recordar que la propiedad no es un derecho ilimitado (artículo 33 de la Constitución), y que su función social delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Entre éstas se encuentran las citadas Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, y la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía. En concreto, la Ley autonómica tiene por objeto «el enriquecimiento, salvaguarda, tutela y difusión del Patrimonio Histórico Andaluz», según su artículo 1, precepto que incluye dentro de ese patrimonio, entre otros bienes, a los inmuebles de interés histórico y arqueológico. Por su parte, la Ley estatal reitera en su artículo 40.1 que «forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos, y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo...». Por último, debe destacarse el dato de que son «bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u otras obras de cualquier índole o por azar» (artículo 44.1)".*

so-Administrativo de Málaga, de 21 de octubre de 2010, en la que se desestima una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por un promotor que había obtenido una licencia para construir en el Rincón de la Victoria, en Málaga, y que fue objeto de suspensión como consecuencia de la incoación de un procedimiento de bien de interés cultural.

Como señala la Sala lo esencial, la *ratio decidendi*, descansa fundamentalmente en que la protección cultural ya existía por ministerio de la ley al prever el artículo 40.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, la protección de cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre y que hasta la fecha de incoación del BIC no existiera delimitación no significa que carecieran de protección los terrenos en que se hallan las cuevas. En este caso además la licencia obtenida por el promotor fue anulada por los tribunales, y pudo constatarse en el procedimiento que el Plan General del Rincón de la Victoria se realizó sin informe previo y favorable de la Administración autonómica en el ámbito cultura, y que incluso el estudio de detalle fue informado desfavorablemente por la Delegación Provincial de Cultura.

4.2.6. Otro supuesto común viene constituido por **la suspensión temporal de licencia de obras por hallazgo arqueológico, que en función de las circunstancias, puede determinar el derecho a indemnización**. De especial interés en este punto es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, de 30 de abril de 2014, que desestima la reclamación de una promotora que tuvo que paralizar las obras que estaba llevando a cabo en un solar situado en la céntrica calle Argote de Molina de Sevilla, como consecuencia del hallazgo de un epígrafe de la época romana, al entender la Sala que las dilaciones indebidas en la retirada del hallazgo (4 años aproximadamente) no fueron imputables a la Administración sino que hubo actuaciones de la reclamante que provocaron dicha situación intencionadamente obstruyendo el cumplimiento de la retirada. En este caso además el hallazgo se produjo en un sótano no autorizado por la licencia lo que motivó igualmente la imposición de una sanción a la recurrente.



## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## XI. IGUALDAD Y POLÍTICAS SOCIALES

Por M.<sup>a</sup> Luisa Wic Galván

### 1. PLANTEAMIENTO

Expone el anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía<sup>1</sup>, en su Exposición de Motivos (considerando II) que “[...] *El Estatuto de Autonomía para Andalucía reconoce, por otra parte, un importante número de derechos íntimamente relacionados con las políticas sociales, como es el caso del derecho a la igualdad de género (artículo 15) a la protección contra la violencia de género (artículo 16), a la protección de la familia (artículo 17) de personas menores (artículo 18), de personas mayores (artículo 19), al acceso de todas las personas –en condiciones de igualdad– a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales (artículo 23.1) y a una renta básica que garantice unas condiciones de vida dignas (artículo 23.2)*”. Para hacer efectivo tales derechos, la Comunidad Autónoma Andaluza se ha dotado de una serie de competencias con carácter exclusivo, y otras de carácter compartido que comprenden desde los servicios sociales, (artículo 61.1<sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup> Resolución de 5 de agosto de 2014, de la Secretaría General Técnica, por la que se acuerda someter a información pública el anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía (BOJA núm. 156, de 12 de agosto).

<sup>2</sup> “a) *La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.*”

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOJA núm. 56, de 20 de marzo y BOE núm. 68, de 20 de marzo), –en adelante LO 2/2007–, materia de infancia y familia (artículo 61.3 y 4<sup>3</sup> LO 2/2007), juventud (artículo 74<sup>4</sup> LO 2/2007), políticas activa de promoción de la igualdad (artículo 73<sup>5</sup> LO 2/2007), políticas activas en materia de personas mayores, integración social de personas con discapacidad, desarrollo de la red de servicios sociales comunitarios y políticas activas en materias de prevención, asistencia y reinserción social de personas en situación de drogodependencias y adicciones, promoción de voluntariado social en Andalucía (artículo 61.2<sup>6</sup>

b) *La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.*

c) *Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación”, (artículo 61.1).*

<sup>3</sup> “a) *La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal.*  
b) *La participación en la elaboración y reforma de la legislación penal y procesal que incida en la competencia de menores a través de los órganos y procedimientos multilaterales a que se refiere el apartado 1 del artículo 221 de este Estatuto.*

4. *Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que, en todo caso, incluye las medidas de protección social y su ejecución”, [artículo 61.3.a) y b) y 61.4].*

<sup>4</sup> “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de juventud, que incluye, en todo caso: a) *La promoción del desarrollo personal y social de los jóvenes así como las actividades de fomento o normativas dirigidas a conseguir el acceso de éstos al trabajo, la vivienda y la formación profesional.*

b) *El diseño, la aplicación y evaluación de políticas y planes destinados a la juventud.*

c) *La promoción del asociacionismo juvenil, de la participación de los jóvenes, de la movilidad internacional y del turismo juvenil.*

d) *La regulación y gestión de actividades e instalaciones destinadas a la juventud”, (artículo 74 LO 2/2007).*

<sup>5</sup> “1. *Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de políticas de género que, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.1.ª de la Constitución, incluye, en todo caso:*

a) *La promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos.*

*Se atribuye, expresamente a la Comunidad Autónoma la facultad de dictar normativas propias o de desarrollo en esta materia.*

b) *La planificación y ejecución de normas y planes en materia de políticas para la mujer, así como el establecimiento de acciones positivas para erradicar la discriminación por razón de sexo.*

c) *La promoción del asociacionismo de mujeres.*

2. *Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración central. La Comunidad Autónoma podrá establecer medidas e instrumentos para la sensibilización sobre la violencia de género y para su detección y prevención, así como regular servicios y destinar recursos propios para conseguir una protección integral de las mujeres que han sufrido o sufren este tipo de violencia”, (artículo 73 LO 2/2007).*

<sup>6</sup> “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de voluntariado, que incluye, en todo caso, la definición de la actividad y la regulación y la promoción de las actuaciones destinadas a la solidaridad y a la acción voluntaria que se ejecuten individualmente o a través de instituciones públicas o privadas”, (artículo 61.2 LO 2/2007).

LO 2/2007), inmigración (artículo 62<sup>7</sup> LO 2/2007). Competencias que se caracterizan por su transversalidad y en cuyo ejercicio el Gobierno autonómico andaluz tiene previsto un gasto de 9.982 millones de euros, que supone un gasto del 45,5% respecto del total de las Consejerías<sup>8</sup>.

Esta extensa actividad se desarrolla en el marco de un profuso marco legal y reglamentario, mediante la actual Consejería de Igualdad, y Políticas Sociales, y sus organismos adscritos. En este sentido, ya el artículo 4 del Decreto de la Presidenta 4/2013, de 9 de septiembre, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías (BOJA núm. 177, de 10 de septiembre), reestructuró las materias que venía atribuidas a la Consejería de la Presidencia e Igualdad, atribuyendo a la actual Consejería las competencias en “*materia de impulso y coordinación de las políticas de igualdad entre hombres y mujeres, y el desarrollo, coordinación y programación de políticas de juventud*” y adscribiendo a la meritada Consejería “*el Instituto Andaluz de la Mujer, el Instituto Andaluz de la Juventud y la Empresa Pública Andaluza de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. (INTURJOVEN), entes hasta ahora dependientes de la Consejería de la Presidencia e Igualdad*”. En la actualidad el artículo 1 del Decreto 209/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, y Políticas Sociales (BOJA núm. 136, de 15 de julio), le atribuye, además de las competencias previstas en el artículo 26 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, las siguientes:

- a) La coordinación de las políticas de igualdad de la Junta de Andalucía y la determinación, coordinación y vertebración de las políticas de igualdad entre hombres y mujeres.*
- b) El desarrollo, coordinación, promoción de iniciativas e impulso de las actuaciones que se realicen en materia de violencia de género, de acuerdo con lo previsto en la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género.*
- c) El desarrollo, coordinación y programación de políticas de juventud.*

---

<sup>7</sup> “1. Corresponden a la Comunidad Autónoma:

a) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias.

b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

2. La Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX”, (artículo 62 LO 2/2007).

<sup>8</sup> Ley 7/2013, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014 (BOJA núm. 254, de 31 de diciembre).

- d) *La propuesta y ejecución de las directrices generales del Consejo de Gobierno sobre promoción de las políticas sociales. En particular, corresponden a la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales las competencias en materia de:*
- 1.º *Planificación, coordinación, seguimiento, inspección y evaluación de los Servicios Sociales de Andalucía.*
  - 2.º *Desarrollo, coordinación y proposición de iniciativas en relación con las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de infancia y familias.*
  - 3.º *Desarrollo, coordinación y promoción de las políticas activas en materia de personas mayores, así como la integración social de personas con discapacidad.*
  - 4.º *Establecimiento de las directrices, impulso, control y coordinación para el desarrollo de las políticas para la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.*
  - 5.º *Desarrollo de la red de Servicios Sociales Comunitarios.*
  - 6.º *Desarrollo y coordinación de las políticas activas en materia de prevención, asistencia y reinserción social de las personas en situación de drogodependencias y adicciones.*
  - 7.º *Ordenación de las Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma de Andalucía.*
- e) *La propuesta, desarrollo, ejecución y coordinación de las directrices generales del Consejo de Gobierno en relación con las competencias asignadas en materia de participación ciudadana y voluntariado.*
- f) *La gestión de las ayudas y coordinación de la cooperación internacional para el desarrollo, a través de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, creada por Ley 2/2006, de 16 de mayo.*
- g) *Todas aquellas políticas de la Junta de Andalucía que, en materia de igualdad, políticas sociales, participación ciudadana, voluntariado y cooperación internacional para el desarrollo, tengan carácter transversal”.*

En este ámbito competencial, y ciñéndonos al objeto de estudio en liza, esto es la responsabilidad patrimonial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, 123 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y 45 de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía, la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial viene atribuida a las personas titulares de las Consejerías, salvo que corresponda al Consejo de Gobierno [artículo 26.2.k) Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 215, de 31 de octubre y BOE núm. 276, de 17 de noviembre)]. Sin embargo, mediante el artículo 3.5.a) de la Orden de 28 de junio de 2013<sup>9</sup>, por la que se delegan competencias en diversos órganos de la Consejería y se publicitan delegaciones de competencias de otros órganos (BOJA núm. 133, de 10 de julio), se ha delegado en la persona titular de la Secretaría General Técnica, “[...] En

---

<sup>9</sup> Vigente según disposición transitoria cuarta del Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 193, de 2 de octubre).

*materia de gestión administrativa, con respecto a los órganos directivos centrales de la Consejería, se delegan las siguientes competencias: a) La incoación y la designación de persona instructora y, en su caso, de persona que ejerza la secretaría, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial regulados en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que traigan causa en el funcionamiento normal o anormal de los servicios adscritos a la Consejería de la Presidencia e Igualdad”.*

Adicionalmente, la Consejería se ha dotado de entes instrumentales que soportan la gestión especialidad de parcelas incluidas en el vasto competencial, y en lo concerniente a los que se proyectan sobre las materias objeto del presente estudio, merece reseñar lo siguiente:

El Instituto Andaluz de la Mujer, es un organismo autónomo de carácter administrativo con personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 30 de la Ley 10/1988, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1989 (BOJA de 30 de diciembre y artículo 1 del Decreto 1/1989, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Andaluz de la Mujer, BOJA de 17 de enero). Según el artículo 8.2.a) de la Orden de 28 de junio de 2013, por la que se delegan competencias en diversos órganos de la Consejería y se publicitan delegaciones de competencias de otros órganos (BOJA núm. 133, de 10 de julio), se delegan en la Dirección del Instituto *“la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial regulados en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que traigan causa en el funcionamiento normal o anormal de los servicios del Instituto”.*

El Instituto Andaluz de la Juventud participa de la misma naturaleza que el Instituto Andaluz de la Mujer y fue creado mediante disposición adicional primera de la Ley 9/1996, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales en materia de Hacienda Pública, Contratación Administrativa, Patrimonio, Función Pública y Asistencia Jurídica a Entidades de Derecho Público (BOJA de 31 de diciembre de 1996 y BOE de 20 de febrero de 1997), desarrollado por el Decreto 118/1997, de 22 de abril, por el que se aprueba el régimen de organización y funcionamiento del Instituto Andaluz de la Juventud (BOJA de 26 de abril). De forma análoga al anterior, el artículo 9.3.a) de la Orden de 28 de junio de 2013, delega en la persona titular de la Dirección General la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

Finalmente, la Agencia Andaluza de Servicios Sociales y Dependencia, con el carácter de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, viene a prever su régimen de responsabilidad patrimonial en el artículo 45 de sus Estatutos<sup>10</sup>, de la siguiente forma: *“1. El régimen de responsabilidad patrimonial de la Agencia y de las autoridades y el personal a su servicio es el establecido en la*

---

<sup>10</sup> Aprobados por el Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (BOJA núm. 83, de 29 de abril).

*Ley 30/1992, de 26 de noviembre. 2. Corresponde a la persona titular de la Consejería a la que se adscribe la Agencia resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los supuestos a los que se refiere el apartado anterior”.*

Este complejo de entes instrumentales, así como materias sobre las que proyecta su actuación la Administración vaticina la enorme casuística que en el instituto de la responsabilidad patrimonial acontece.

## **2. SUPUESTOS FRECUENTES CON LA JURISPRUDENCIA APLICABLE: ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE LAS RESOLUCIONES EXTEMPORÁNEAS EN MATERIA DE DEPENDENCIA**

La protección de menores y de la infancia viene atribuida a la Administración autonómica que ministerio legis viene a erigirse en tutor legal de los menores en situación de desamparo [artículo 39 de la Constitución Española, 172 del Código Civil, 23 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y Atención al Menor, 61.3.a) del Estatuto de Autonomía para Andalucía, entre otros]. La Administración interviene en situaciones de hecho de riesgo que culminan en declaraciones de desamparo que se instrumentan mediante acogimientos residenciales, o familiares, acogimientos preadoptivos y/o en adopciones. Sin embargo, no son escasos los supuestos en los que el instituto de la responsabilidad patrimonial ha tomado protagonismos en estos casos en los que los progenitores, –principalmente–, han solicitado el resarcimiento de una situación declarada nula o no judicialmente por considerarla gravemente causante de daños morales.

En este sentido, cuando la revocación de la declaración de desamparo se ha debido a la modificación de las circunstancias, por mejoría precisamente derivada de la intervención respecto de la situación concurrente al momento de la declaración de desamparo, los Tribunales han venido descartando la responsabilidad patrimonial, pues la Administración no tiene en derecho, sino el deber de actuar ante la situación de riesgo grave, incluso con riesgo de agravio a los padres, siendo el interés prevalente el del menor, así, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 220/2013, de 04/06/2013, Recurso 325/2011 (Ponente: Moreno-Luque Casariego, Juan Ignacio), concluye en su FJ 4.º que *“la Sentencia que revoca la medida, lo hace, no criticando la actuación administrativa, sino valorando las circunstancias positivas que fueron aconteciendo precisamente al arbitrio de la declaración de desamparo y valorando la nueva situación a la fecha de la Sentencia”*. Del propio modo se pronuncia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, Sentencia 1113/2013, de 25/10/2013, Recurso 127/2011 (Ponente: Navarro Zuloaga, María Fernanda), en su FD 7.º; el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia 662/2013, de 23/05/2013, Recurso 217/2011 (Ponente: Jiménez Jiménez, Juan María), FD 3.º; el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo,

Sección 1.<sup>a</sup>, en Sentencia 689/2013, de 18/09/2013, Recurso 254/2007 (Ponente: Uris Lloret, María Consuelo), en FD 3.<sup>o</sup>. En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>, en Sentencia 713/2013, de 19/06/2013, Recurso 233/2011 (Ponente: Borrell Mestre, Joaquín), que afirma que las medidas se adoptaron con base en los informes médicos, en la conflictividad existente entre los progenitores divorciados y en el posicionamiento rígido de los abuelos maternos no siendo desproporcionadas, aunque hayan podido resultar lesivas y perjudiciales para los padres, teniendo éstos tienen el deber jurídico de soportarlas en beneficio de la menor. En el mismo sentido se pronuncia el Consejo Consultivo de Andalucía, en el Dictamen 0512/2011, de 28/07/2011, núm. Marginal: II.451 (Ponencia: Sánchez Galiana, José Antonio y Martín Moreno, José Luis, Letrado Mayor), en que afirma que: “[...] *la situación descrita, ante la cual, dada la apariencia de verosimilitud de los hechos denunciados, se adoptó una medida urgente y acorde con lo denunciado: el acogimiento inmediato del menor en un centro al efecto. La Administración actuó valorando una situación de riesgo que tenía que afrontar de modo inmediato. No es necesario aquí profundizar en la naturaleza de los hechos denunciados, algunos de los cuales conciernen a la esfera íntima del ser humano, pero sí señalar que, de ser ciertos los hechos denunciados, se estaba en la obligación de actuación inmediata, [...]*”. En el mismo sentido, el Dictamen 0757/2011, de 23/11/2011, núm. Marginal: II.675 (Ponencia: Sáez Lara, Carmen y Martín Moreno, José Luis, Letrado Mayor), en el que se afirma “[...] *era razonable y ajustado a Derecho que decidiera mantener invariada esa situación legal en tanto no se acreditara la desaparición de las circunstancias que llevaron a la adopción de dicha resolución, salvaguardando en todo caso el interés superior del menor*”. Igualmente, el Dictamen 0744/2011, de 16/11/2011, núm. Marginal: II.665 (Ponencia: Sáez Lara, Carmen y Castillo Gutiérrez, Manuel del), en el que concluye que “[...] *del análisis de la documentación de que consta el expediente puede colegirse que desde la inicial denuncia de la situación familiar de la menor, formalizada por los Servicios Sociales Comunitarios de Andújar, la Administración ha actuado diligentemente y con prudencia, como requiere una materia tan sensible y tan delicada*”. En el mismo sentido, en un situación en que se revoca judicialmente la medida, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.<sup>a</sup>, Sentencia 166/2014, de 25/02/2014, Recurso 1040/2011 (Ponente: Vegas Torres, María Jesús), (FD 5.<sup>o</sup>).

En supuestos similares se han pronunciado los Tribunales Superiores descartándose por la inexistencia de responsabilidad patrimonial, sobre la base de la una actuación dentro del margen de razonabilidad de la Administración. Así, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, Sentencia 895/2013, de 27/11/2013, Recurso 870/2011 (Ponente: García Meléndez, Begoña), en un supuesto de retirada de menor a los días de nacer, confirma que la Administración actuó “[...] *ponderando razonablemente las circunstancias concurrentes dictó la Resolución de desamparo, antecedentes entre los que se encontraba que pocos meses antes del nacimiento de Nuria, la hija mayor Violeta había sido declarada en esa misma situación*”, FD 7.<sup>o</sup>, y se hace eco de la “[...] *postura jurisprudencial que descarta la antijuridicidad del daño en los supuestos en los que la Administración haya actuado dentro de un “margen*

de razonabilidad”, FD 4.º, aunque la resolución de desamparo fue anulada por Sentencia de la Audiencia Provincial de ALICANTE de fecha 29 de abril de 2009. De forma similar se pronuncia recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, Sentencia 163/2014, de 28/02/2014, Recurso 90/2012 (Ponente: Abelleira Rodríguez, María), en el que en una declaración de desamparo por sospecha de “síndrome de Münchhausen por poderes” en la progenitora con grave daño a los menores, sin que aquella patología psiquiátrica fuera diagnosticada, confirma que “[...] podemos atender a si finalmente la Sra. Mariana sufría o no el indicado síndrome sino si la actividad protectora de la Administración se desarrolló ponderando la situación familiar existente y evidenció un riesgo efectivo para los menores”, (FD 5.º), elemento que entiende se da al caso. Del mismo modo, en un supuesto de denuncia de agresión sexual, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, Sentencia 1260/2013, de 02/12/2013, Recurso 560/2011 (Ponente: Abelleira Rodríguez, María), descartando la responsabilidad. En el mismo sentido, ante una situación de menor con necesidades educativas especiales, y separado de su madre desde los 8 años de edad se concluye que la actuación de la Administración competente fue correcta porque siempre atendió a las necesidades que presentaba en cada momento el menor y que evidenciaban que estaba en situación de desamparo, teniendo en cuenta además que el menor era un niño con necesidades educativas especiales y que reclamaba la atención constante de su educador (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, Sentencia 89/2014, de 31/01/2014, Recurso 1006/2011 (Ponente: Pérez Borrat, María Luisa). Concluyó igualmente la inexistencia de responsabilidad, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª, en Sentencia 297/2014, de 07/04/2014, Recurso 1058/2011 (Ponente: Álvarez Theurer, Carmen), en un asunto de internamiento de un bebé ante los indicios de malos tratos, pese a los informes contrarios a la medida al haberse llevado a efecto, en virtud de protocolos vigentes en la Sanidad Pública. También se excluyó por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, en Sentencia 736/2011, de 11/04/2011, Recurso 2580/2003 (Ponente: León Sola, Emilio), ante la verosimilitud de los golpes detectados en la menor a resultas de un accidente de bicicleta, siendo una de las heridas quemaduras de cigarrillo.

Frente a estos pronunciamientos judiciales, también han existido sentencias que declaraban la responsabilidad patrimonial de la Administración que actuó con una celeridad inusitada en el dictado de las resoluciones de protección de los menores, sin audiencia del padre, pese a ser conocido por los servicios sociales, e incluso pretendiendo privarle de la patria potestad, cuando cuidaba de otra hija, con la que convivía, fijando una indemnización de 60.000 euros, mediante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012, Recurso 6950/2009 (Ponente: Riego Valledor, José María del), que confirma la Sentencia dictada el 22 de octubre de 2009 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el Recurso Contencioso-Administrativo 28/2005 y acumulado 175/2005. También se incumplió la obligación de información, según la Sentencia de 30/09/2010, Recurso 801/2008 (Ponente: Valpuesta

Bermúdez, Victoriano), pues se omitió la información de forma prudencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención y de los posibles efectos de la decisión adoptada, provocando un incuestionable carácter antijurídico del daño.

En situación análoga de pérdida irreversible por los padres aun a pesar de su insistente oposición a todas las medidas de protección se ha pronunciado, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, Sentencia 481/2010, de 30/04/2010, Recurso 730/2006 (Ponente: Abelleira Rodríguez, María), en la que “[...] siempre con oposición de progenitores a las medidas de acogimiento preadoptivo e interposición de recurso en vía civil, inician una lenta, pero positiva recuperación, ingresando en centros de desintoxicación para la consecución de un entorno familiar estable, siendo ignorados por la Administración tales progresos, incluso suspendiendo las escasas visitas tras acordar el acogimiento simple preadoptivo”. Esto conduce a la ruptura irreversible del vínculo familiar con todas sus consecuencias, que declara una indemnización de 980.000 euros por la pérdida irreversible del vínculo parental de los padres biológicos ex toxicómanos con su hijo dado en adopción. En similar sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 05/04/2006, Recurso 1160/2001 (Ponente: Martínez Morales, Ruperto), en un supuesto en que la Audiencia Provincial revoca la medida de protección, y “[...] resultan incontestables que el desamparo se acordó por incorrecto funcionamiento del servicio público de asuntos sociales y de que las consecuencias lesivas de tal funcionamiento son antijurídicas, con lo que se cumplen las exigencias que a la responsabilidad patrimonial impone el artículo 139 de la Ley 30/1992”, FD 3.º. Sin embargo, ha de destacarse que el Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, en Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Recurso 4321/2010 (Ponente: Lesmes Serrano, Carlos), ha venido a destacar que no le es exigible a la Administración que mantenga al menor, por cuyo superior interés debe velar en todo momento, en situación de precariedad afectiva en los primeros años de su vida, sin proporcionarle una familia de acogida, a la espera de una posible evolución favorable de los progenitores, siendo así que los administrados tenían el deber de soportar la pérdida de la custodia del hijo al no poder atenderlo mínimamente y el riesgo, posteriormente concretado, de que dicha pérdida se convirtiera en definitiva. No obstante, mediante Sentencia de 21/10/2011, el Tribunal Supremo en el Recurso 4161/2009 (Ponente: Lecumberri Martí, Enrique), confirmó en incluso aumentó la indemnización establecida en la Sentencia de 30/04/2009, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Recurso 24/2007 (Ponente: Gabaldón Codesido, Enrique), en un caso de revocación judicial de situación de desamparo sobre la base de una separación injustificada de 5 años, derivada de carencias de orden económico (no disposición de vivienda propia). Sin embargo en otros supuestos similares el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, en la Sentencia 401/2014, de 16/05/2014, Recurso 492/2011 (Ponente: Cassinello Gómez-Pardo, Indalecio), excluye la responsabilidad en un caso en que el progenitor reclama la paternidad y paralelamente se declara el desamparo y se constituye la adopción, aun cuando finalmente se declara su paternidad, el Juzgado que conoce de la oposición a la necesidad de asentimiento en la adopción la desestima, pues tan sólo ha de tener en cuenta la situación preexistente a la fecha

de la declaración de desamparo para determinar la necesidad de asentimiento. La Sentencia concluye que “[...] *no cabe atribuir a la Administración demandada daño alguno indemnizable al no existir relación de causalidad entre el daño alegado, privación del menor y el funcionamiento del servicio público*”, FD 6.º. Más contundente se suelen mostrar los Tribunales ante la falta de consentimiento de la progenitora en forma en el proceso de adopción, siendo, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Sentencia 64/2013, de 21/01/2013, Recurso 515/2004 (Ponente: Pérez Gómez, José), la que establece que procede abonar a la recurrente la cantidad de cuatrocientos mil (400.000) euros por la actuación de los servicios sociales de la Junta de Andalucía en el procedimiento de adopción de la hija de la interesada, ha quedado privada indebidamente de su hija, y además se ha visto obligada, como consecuencia de la actitud obstruccionista de la Administración, a un largo peregrinaje administrativo y judicial, siendo nulo el consentimiento, según ha declarado el Tribunal Supremo, por haber sido prestado, no ya en los primeros treinta días posteriores al parto, sino incluso antes de producirse éste.

En relación a los procesos de adopción existen también numerosos procesos en los que se solicitan indemnizaciones a la Administración bien por tardanza en la tramitación, por “engaño” en las características de los menores, o incluso por anulación de la declaración de no idoneidad previamente declarada. Al respecto, merece reseñar algunos pronunciamientos, como el Dictamen del Consejo consultivo de Andalucía 0359/2012, de 09/05/2012; núm. Marginal: II.328 (Ponencia: Sáez Lara, Carmen y Castillo Gutiérrez, Manuel del, Letrado), en el que en un supuesto de pretendido anormal funcionamiento por la duración del acogimiento preadoptivo y adopción nacional de más de diez años, (se solicitaba una indemnización de 2.703.756 euros). En este caso, confirme el Consejo que “[...] *los reclamantes no tenían un derecho adquirido a que se les entregara un menor en adopción, por el mero hecho de solicitarlo; se trata, por tanto, de una mera expectativa que, como tal, no es indemnizable, pues no se integra en el concepto jurídico de lesión, al no poder calificarse como un daño efectivo*”. En relación a las adopciones primordialmente internacionales, ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, en Sentencia 226/2004, de 03/03/2004, Recurso 739/2001 (Ponente: Huerta Garicano, Inés María), en que ante la petición por perjuicios irrogados por la pretendida falta de control de la Comunidad de Madrid sobre la actuación de la Agencia de Adopciones en relación a la ocultación de datos sobre la salud de las hermanas, de nacionalidad rusa, adoptadas, excluye la responsabilidad pues “[...] *son los riesgos normales y lógicos de toda adopción y cuyas consecuencias tienen el deber jurídico de soportar quienes deciden acudir a ella, sin que quepa imputar responsabilidad de clase alguna a la Comunidad de Madrid en el proceso de adopción en la medida que su actuación (brindando en todo momento ayuda para solucionar los problemas de adaptación) se ha ajustado, sin fisuras, a lo que legalmente le era exigible*”, FD 3.º. En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, Sentencia 711/2007, de 25/06/2007, Recurso 726/2004 (Ponente: Rodríguez Rodrigo, María del Carmen); Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 02/12/2005, Recurso 7994/2003 (Ponente: Quintas Rodríguez, Juan Bautista), FD 8.º.

*Ante los supuestos de declaración de no idoneidad anulados judicialmente, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, en Sentencia 217/2014, de 13/02/2014, Recurso 421/2012 (Ponente: Valpuesta Bermúdez, Victoriano), que concluye la necesidad el daño toda vez que incluso aun tras la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Administración, el “[...] del resultado de una nueva valoración, surge una declaración sobrevenida contraria a la idoneidad, declarada, como se ha visto, por dos ocasiones, de forma razonada y motivada, cinco años antes [...]”, FD 9.º.*

Más recientemente, se han dado casos en la provincia de Málaga en que los progenitores han acudido a la Administración Pública y a Fiscalía para solicitar la declaración de desamparo y asunción de tutela de sus hijos adolescentes principalmente que por conductas altamente disruptivas. Este punto de partida desdibuja la situación de hecho de desamparo en que pretenden encuadrar a estos menores provenientes de familias con recursos. A este respecto, incluso ha tenido la oportunidad de pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, en Sentencia 1022/2013, de 10/10/2013, Recurso 1225/2010 (Ponente: Pérez Borrat, María Luisa), en el que ante la pretensión indemnizatoria de la progenitora por inactividad de la Administración, afirma “[...] La demanda se sustenta en que la inactividad de la Administración ha imposibilitado la reinserción social del menor, sobre todo teniendo en cuenta la repercusión de una serie de procedimientos policiales y judiciales y el deterioro personal y emocional que se imputan en exclusiva a la Administración. [...] La madre solicita la declaración de desamparo para «no ser responsable del seu fill i els seus actes vandàlics que en ocasions li han comportat moltes econòmiques» [...] es evidente que estamos ante circunstancias que son absolutamente ajenas a la Administración, sin olvidar que la resocialización pretendida mediante la declaración de desamparo no pudo siquiera intentarse (y ello con independencia de que no puede asegurarse el éxito) porque el menor tampoco colaboró con el servicio, no aceptó la propuesta técnica sino, al contrario, manifestó su disposición a continuar con su estilo de vida y en las mismas condiciones, llegando a cortar la relación con la familia” FD 3.º.

Como último grupo de pronunciamientos judiciales afectantes a los menores, merece reseñar qué ocurre en aquellos supuestos de daños cometidos por menores desamparados que se hallan bajo la tutela de la Administración. En estos casos es necesario discriminar aquellos daños acontecidos a resultas de la comisión de un hecho constitutivo de delito, de aquellos ilícitos que no lo son. En el primero de los supuestos, son numerosos los supuestos en los que los Juzgados de Menores proclaman la responsabilidad solidaria de la Administración Pública conforme al artículo 61 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, sin que quepa aplicarle los supuestos o presupuestos de la responsabilidad patrimonial propia de la Administración Pública, tratándose en la práctica de una responsabilidad “casi automática” sólo soslayable o moderable en aquellos supuestos en que se acredite que se ha aplicado la diligencia debida en evitación del suceso, elemento que en rara ocasión se da al caso. En este primer grupo, son frecuentes las responsabilidades civiles ex delicto de la Administración de forma solidaria frente a otros menores, terceros, o incluso en personal del propio centro, no siendo infrecuente los casos en los que en su

condición de perjudicados reclaman la indemnización que en su caso les pueda corresponder. También existe un segundo grupo de indemnizaciones en los que sí resulta de aplicación los principios de la responsabilidad patrimonial, supuesto ciertamente muy marginales en nuestra Comunidad Autónoma pero respecto de los que sí existen pronunciamientos de otras comunidades, como el del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia 1506/2003, de 14/11/2003, Recurso 7828/1999 (Ponente: Vesteiro Pérez, José Antonio), que en un supuesto de daños sufridos por el ciclomotor propiedad del recurrente por accidente de tráfico cometidos por un menor de 15 años acogido en el Centro de Protección “Santo Anxo” de la Xunta, atribuyéndose la responsabilidad al centro pues “[...] *ha de procurar la obligación de vigilarlo de tal manera que está bajo su tutela y en el caso de que se desplace para su hogar deberá prestar su consentimiento sin que le exima de la responsabilidad por conducta inadecuada del menor*”, FD 3.º. En un supuesto de agresión sexual, se confirme el funcionamiento anormal por la Administración demandada, pues “[...] *Concedido el permiso al menor para pasar las vacaciones de Navidad en el domicilio de su madre, aún estando Ángel fuera del ámbito material del centro de acogida seguía estando bajo el ámbito de vigilancia y supervisión de la entidad pública, Gerencia Territorial, como guardador mediato, ya que el inmediato era el Centro de acogida y eventualmente la madre del menor. Sin embargo, y a pesar de la conflictiva personalidad del menor y del riesgo conocido de fuga, la Administración, y el Centro de Lugones ni establecieron un plan de vigilancia o seguimiento del período*”, FD 5.º, (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 892/2012, de 11/05/2012, Recurso 1915/2008 (Ponente: Lallana Duplá, María Antonia).

No es infrecuente la reincidencia acontecida en supuesto de violencia contra la mujer, existiendo una alta probabilidad con los resultados trágicos ya desgraciadamente conocidos<sup>11</sup>. Por ello, estas mujeres y sus hijos son necesitadas de una protección especial debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada o de represalias<sup>12</sup>. En este escenario, la Administración Pública puede resultar responsable de los daños derivados retrasos<sup>13</sup> según la Recomendación general n.º 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. No obstante, por lo que respecta al encauzamiento de

---

<sup>11</sup> Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, página 9 y 14; disponible en sitio web: <http://www.poderjudicial.es/cgpij/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Informe-del-Grupo-de-Expertos-y-Expertas-en-Violencia-Domestica-y-de-Genero-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-acerca-de-los-problemas-tecnicos-detectados-en-la-aplicacion-de-la-Ley-Organica-1-2004>, (última entrada, 20/09/2014).

<sup>12</sup> Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres, enero 2014, p. 7.

<sup>13</sup> VEGAS AGUILAR, J. C.: Revista jurídica de la comunidad valenciana. la posible responsabilidad del estado juez ante delitos de violencia contra la mujer, núm. 01/02/2008.

estos procedimientos de responsabilidad patrimonial, la mayoría de ellos se incluirían en el ámbito de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de Justicia, Administración General del Estado, (artículos 292 y siguientes de la LOPJ), no siendo infrecuentes los pronunciamientos judiciales en la materia<sup>1415</sup>. También se conocen algunas reclamaciones por responsabilidad patrimonial por carencia de auxilio institucional como el caso de la Sentencia de TSJ de Galicia, Sección Tercera, 650/2014, Recurso apelación 7011/2014 (Ponente: D. Francisco Javier Cambon García), frente al Concello de Pontevedra, que resuelve desestimando.

Otros supuestos en los que resulta se están incoando este tipo de acciones es en los casos de revocación o denegación de autorizaciones de funcionamiento, o incluso por resolución/nulidad<sup>16</sup> de contratos o finalizaciones de convenios o reducción del número de unidades en las residencias. Concretamente, en el procedimiento ordinario núm. 358/2013, residenciado en el Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 5 de Sevilla, se solicita indemnización que asciende a 496. 719, 86 euros por resolución anticipada del contrato de gestión de servicios en un centro residencial de personas mayores. Ciertamente, resulta a priori discutible si la acción está ejercitada mediante el trámite adecuado, teniendo en cuenta que se trataría más preferentemente de una responsabilidad contractual, que extracontractual como ha declarado la jurisprudencia; sin embargo en estos casos, normalmente, no se ejercitan acciones de nulidad de la resolución, revocación, etc., sino que se solicita indemnización a resultas de una actuación que se reputa “anormal”, pero que no se impugna, razón por la que se encausa por el instituto de la responsabilidad patrimonial. En este sentido, no faltan pronunciamientos en supuestos como el de la resolución del contrato de gestión de servicio público de un bar/cafetería de la Delegación de Hacienda de Zaragoza, resuelto por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, en Sentencia de 14/03/2012, Recurso 1/2011 (Ponente: Salvo Tambo, María Asunción), en el FD 4.º, en que afirma que la resolución se debió a la expiración del plazo

---

<sup>14</sup> Sentencia de Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 24/01/2013, Recurso 344/2010 (Ponente: Díaz Fraile, Francisco), en el que desestima la pretensión de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por la inactividad judicial, en una agresión física en el contexto de un episodio de violencia desatada entre los miembros de una antigua pareja sentimental, al no adoptarse todas las medidas exigibles para la evitación de los hechos, pues la tramitación judicial de las dos denuncias presentadas contra el agresor fue correcta (FD 5.º).

<sup>15</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 15/07/2009, Recurso 180/2008 (Ponente: Novoa Fernández, Ángel), que igualmente excluye la responsabilidad patrimonial en el caso de la muerte de la madre de ambos menores, a manos de su ex esposo y padre de uno de los niños. Concretamente a manos de Jacobo, súbdito boliviano que se encontraba en España en situación ilegal, y de quien la asesinada se hallaba separada desde 2004. Había denunciado en dos ocasiones anteriores a su ex marido, la primera en mayo de 2003 y la segunda en noviembre de 2005, y se estaba tramitando su expulsión del territorio español. El FD 5.º descarta la existencia de responsabilidad patrimonial pues “[...] *la medida finalmente acordada fue dictada en el ejercicio de la potestad discrecional, amén de respetar los elementos reglados, es razonada y se mantiene en los márgenes de lo razonable*”.

<sup>16</sup> Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, Sentencia de 11/01/2013, Recurso 5082/2010 (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente), FD 5.º.

una vez agotada la prórroga, siendo así que “[...] *la resolución del contrato era obligada con arreglo a los propios términos y pactos de la contratación, conocidos cuando licitó en el referido contrato perfectamente por la hoy actora. El hecho de que tuviese o no otros centros de negocios distintos de que constituyan el objeto del contrato en cuestión es algo totalmente ajeno a la decisión administrativa que considera lesiva la parte actora, y sí únicamente a ella imputable como responsable de su estrategia empresarial*”. En otro caso de resolución de contrato de gestión de residencia de mayores, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cáceres, en Sentencia 340/2007, de 09/11/2007, Recurso 442/2006 (Ponente: Ramírez Díaz, Jesús Luis), entiende que la pretensión ejercitada es de responsabilidad contractual, a la que le resulta de aplicación en plazo de prescripción de cuatro años, (artículo 25 de la Ley 47/2003, Ley General Presupuestaria) y no de uno, y excluye la indemnización solicitada (“11.503,68 euros por la indemnización abonada a sus trabajadores por el despido motivado por la resolución del contrato; 4.883,12 euros, importe de la subvención de los residentes correspondiente al mes de mayo, que no ha sido abonada por el Ayuntamiento; 3.000 euros, importe de la fianza y 63.192 euros en concepto de lucro cesante”), pues debió impugnar la resolución, como acto administrativo que es firme y consentido (FD 5.º). En este mismo sentido, sobre la naturaleza contractual de la acción, se pronunció la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, en Sentencia de 15/02/2002, Recurso 849/1998 (Ponente: Fernández de Aguirre Fernández, Juan Carlos), en un caso de denegación de prórroga de contrato suscrito para la explotación de la cafetería del hospital. Igualmente, en un caso de rescisión de contrato de servicios de cocina en que se solicitaba el lucro cesante correspondiente al promedio del rendimiento neto del beneficio declarado durante los dos últimos años, afirma el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, en Sentencia 1424/2010, de 17/12/2010, Recurso 485/2007 (Ponente: Pérez Borrat, María Luisa), lo siguiente:

*“Si las demandantes consideraban que se había infringido la normativa sobre la contratación de las Administraciones Públicas en la gestión del servicio público de comedor, debían haber impugnado aquel procedimiento de contratación. En tal caso, y siempre con intervención de la adjudicataria, se habría podido proceder a la revisión primero administrativa y, seguidamente, jurisdiccional para comprobar si la actividad administrativa se acomodaba o no a la normativa aplicable. Y en el caso de que se hubiera producido una anulación de la nueva gestión por infracción de las normas vigentes en materia de contratación pública podría examinarse si el daño causado era antijurídico”, FD 3.º.*

En otro supuesto de exclusión como entidad colaboradora del programa de residencia de ancianos a una mercantil, por constatación de incumplimiento de los requisitos reglamentarios, se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, en Sentencia 142/2011, de 04/02/2011, Recurso 589/2007 (Ponente: Abelleira Rodríguez, María), afirmando que efectivamente “[...] *nos encontramos ante una actuación de exclusión de una colaboración que no ostenta causa jurídica que le otorgue cobertura. Entendiendo por tanto, que se observa un funcionamiento anormal del servicio público al proceder a interrumpir una colaboración que suponía una sanción anti-*

*cipada y no tramitada dentro del procedimiento sancionador como tal. Además, la propia Administración con posterioridad, reacciona y procede a actualizar y reconocer los atrasos cuando observa que esa actuación carece de sustento jurídico alguno que la ampare”, sin embargo, descarta la indemnización, pues afirma en cuanto a las “[...] las partidas consistentes en asesoramiento jurídico, puesto que responde al concepto de costas de procedimientos anteriores que no integran el concepto de daño derivado de la actuación administrativa en relación de causa efecto, ni tampoco el relativo a daños morales, ya que tampoco se ha acreditado un desprestigio de la Residencia actora en el mercado determinante de un concepto indemnizatorio diferenciado y autónomo del anterior”, FD 5.º.*

En un supuesto de responsabilidad patrimonial derivada de extinción de autorización de un Centro de día se pronunció el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen 0131/2010, de 10/03/2010, núm. Marginal: II.122 (Ponencia: Gutiérrez Melgarejo, Marcos J. y Castillo Gutiérrez, Manuel del, Letrado) en el que afirmó:

*“Sobre este aspecto, ha de señalarse que la apreciación de si un centro de servicios sociales cumple o no las condiciones requeridas y, por ende, procede el otorgamiento de las autorizaciones, compete a la Administración y nunca al interesado (artículo 10 de la Ley 6/1999 y artículo 7 del Decreto 87/1996). Partiendo de esta base, debe señalarse que la Administración ha ajustado su actuación, en todo momento, a las normas establecidas. Al margen de ello, es evidente que la Administración, en el uso de sus potestades, puede denegar la autorización solicitada para la apertura de un Centro, si considera que no reúne los requisitos legalmente establecidos, y el ejercicio legítimo de tal potestad –salvo que fuera totalmente arbitraria e injustificada– no puede originar un daño que el particular no esté obligado a soportar, pues ello supondría vedar, en la práctica, tal potestad a la Administración”.*

Otro de los ámbitos donde son frecuentes los pronunciamientos judiciales son en los casos de responsabilidad patrimonial derivadas de caídas, en los que la casuística es enorme y la decisión dependiente de la evitabilidad o no del daño causado habiéndose desplegado todas las precauciones que las circunstancias del caso exigía, y en los que la responsabilidad para el caso de servicios prestados mediante contratos se suele atribuir a la adjudicataria, salvo que exista nexo causal entre una orden de la Administración y el resultado dañoso<sup>1718</sup>. Así, el Dictamen 0699/2011, de 17/10/2011, (Ponencia: Sáez Lara, Carmen y Castillo Gutiérrez, Manuel del, Letrado), excluye la indemnización, en un caso daños pretendidamente derivado de caída de silla geriátrica de baño al haberse acreditado que “[...] a pesar de las precauciones adoptadas, se produjo la caída accidental de la residente al abalanzarse hacia delante, sin que la cuidadora pudiera evitarlo.

<sup>17</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Sentencia 1562/2008, de 23/10/2008, Recurso 1096/2006 (Ponente: Belmont y Mora, Salvador de), FD 3.

<sup>18</sup> Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 127/2008, de 20/02/2008, núm. Marginal: II.102 (Ponencia: Balaguer Callejón, María Luisa y Castillo Gutiérrez, Manuel del, Letrado).

Por consiguiente, y ante la ausencia de acreditación del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño invocado, a juicio de este Órgano Consultivo, procede la desestimación de la reclamación”. En análogo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 23/11/1999, Recurso 637/1998 (Ponente: Tolosa Tribiño, César), que niega que el accidente/caída se produjera por la deficiente iluminación o inadecuada colocación o almacenamiento del mobiliario en el pasillo, “[...] *sin que el hecho de haberse alojado la recurrente en un lugar no apropiado dada la carencia de habitaciones pueda suponer sin más el nacimiento de la responsabilidad, pues tal conclusión resultaría contraria al principio de la causalidad adecuada*”, FD 5.º. En un supuesto de caída en residencia de ancianos por superficie deslizante, resuelve el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Sentencia 1390/2012, de 12/2013, Recurso 1083/2012 (Ponente: González Rodríguez, José Manuel), concluyendo la ruptura del nexo causal, pues “[...] *El estado de peligro fue debido al agua que procedía del tendal de una vivienda de una planta superior, resultando que la intervención de un tercero ha interferido en el nexo causal*”, FD 5.º. En otros casos, se ha pretendido la indemnización sobre la base de una actuación negligente del monitor contratado por la adjudicataria, como en la Sentencia 340/2012, de 18/04/2012, Recurso 10/2009, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª (Ponente: García Meléndez, Begoña), que excluye la indemnización, ya que la “[...] *la recurrente estaba desarrollando una actividad de gimnasia acorde con su edad y condiciones, actividad guiada por un monitor profesional. [...] Que dicha actividad, ciertamente, el día del accidente se desarrolló en un lugar distinto a donde tenía lugar habitualmente, esto es, en el patio del centro, pero sin que tampoco se acredite, a pesar de las dos periciales aportadas en las que se hace una minuciosa descripción del tipo de suelo del citado recinto, que fuera precisamente ese tipo de suelo la causa única y directa de la caída [...] Que tampoco consta que la actividad que se encontraba realizando la recurrente y, en concreto el desplazamiento lateral al que alude fuera un ejercicio violento para el que ciertamente se precisara un suelo con unas características específicas [...] la caída fue fortuita*”, FD 4.º. En un supuesto, similar se solicitaba indemnización por los daños derivados de la precipitación de una menor desde una ventana en el Centro de Protección de Menores, sobre la base de desatención del educador que a la sazón descarta el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 660/2007, de 11/12/2007, núm. Marginal: II.598 (Ponencia: Camilleri Hernández, María José y Castillo Gutiérrez, Manuel del, Letrado), porque la menor se quería escapar por la ventana y “[...] *El educador deja en ese instante lo que está haciendo y entra en el dormitorio de P., donde primeramente observa que hay una sábana atada a la cinta de una de las persianas y, posteriormente, asomándose a la ventana, comprueba como cuelga de ella una serie de sábanas anudadas entre sí, oyendo gritos de auxilio de P. que se encuentra inmóvil en el suelo del patio de recreo del colegio anexo*”, siendo el accidente consecuencia de una actitud atribuible a la menor. En el mismo sentido, incide la Sentencia 582/2012, de 17/05/2012, Recurso 281/2010, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012 (Ponente: Valpuesta Bermúdez, Victoriano), pues concluye en la ruptura del nexo causal, al atribuirse la caída de la anciana en el centro de mayores únicamente a su falta

de atención, pues “[...] no se percató del pie de un cartel anunciador, que sin embargo era bien perceptible”, FD 4.º; pronunciándose en idéntico sentido, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 541/2006, de 15/11/2006, núm. Marginal: II.480 (Ponencia: Gutiérrez Melgarejo, Marcos J. y Castillo Gutiérrez, Manuel del, Letrado), en un supuesto de muerte por incendio de anciano derivada de su pertinaz consumo de cigarrillos aun a pesar de las prohibiciones.

Otros supuestos que cada vez son más frecuentes en la práctica son las responsabilidades patrimoniales solicitadas por impago de subvenciones, de esta forma, en recurrente que ha visto denegada su subvención, o que se ve sumido en un procedimiento de reintegro, o cuya ayuda simplemente no le ha sido abonada, solicita indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, coincidente en ocasiones con el propio monto de la ayuda.

En supuesto de acción impetrada frente a la pretendida inactividad, (artículo 29 de la LJCA), por impago de las subvenciones, ha inadmitido el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia 388/2005, de 30/06/2005, Recurso 217/2005 (Ponente: Piqueras Valls, Juan), al entender en su FD 8.º que no procede utilizar este cauce, pues, la Asociación suscribió un convenio de colaboración para la asistencia de mujeres víctimas de violencia doméstica y a las mujeres solas con hijos exclusivamente a su cargo, el Gobierno de Cantabria se obligó a subvencionar a la recurrente con 294.496 euros, de los cuales sólo abonó el primer plazo 191.422,4 euros, la Consejería inició un expediente de reintegro, basándose en inexistentes incumplimientos de la recurrente y no contestó a las alegaciones de la Asociación, sin que sea dable utilizar el cauce de la inactividad, sin perjuicio de la impugnación de la resolución de reintegro, en su caso.

En otro supuesto, no infrecuente en otros ámbitos, la Administración reduce la subvención por agotamiento o falta de consignación presupuestaria sobrevenida, en estos casos resulta esencial la motivación de la meritada denegación, o en su caso, reducción, pues ha de constatarse mediante certificado del funcionario/a el crédito presupuestado, el número de ayudas concedidas, el momento en que se agotó y, caso de haberse agotado después de la petición de la interesada resaltar el número de peticiones preferentes e importe de sus ayudas. Así, no son infrecuentes los casos, en los que por falta de motivación se anula la resolución, como en Sentencia 389/2006, de 07/03/2006, Recurso 1424/2001 (Ponente: Narbón Laínez, Edilberto José), en la que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, en un supuesto en que la Mancomunidad, aun a pesar de que la Generalidad había disminuido la subvención, decide mantener el programa específico para detectar, prevenir e intervenir en familias con menores en situaciones de riesgo, con especial incidencia en los problemas de violencia doméstica, y a resultas de sus gastos solicita una indemnización de 80.649,87 Euros, en la parte de la reducción. En este caso, se invoca el principio de “confianza legítima” “[...] basada en la línea de actuación del año 2000 que subvencionó prácticamente el 100% de la actuación de la Mancomunidad”, FD 3.º; sin embargo, denegando el quebrantamiento de este principio, estima el recurso sobre la ausencia de motivación en los términos referidos.

En otros supuestos, los Tribunales han denegado la indemnización solicitada por la ausencia de prueba de los daños efectivos, así en un caso de denegación de ayuda de taller ocupacional, en que se arguye la imposibilidad material de realizar el taller en plazo por ausencia de la ayuda, se concluye la desestimación por falta de acreditación de “[...] *forma incuestionable el derecho que eventualmente le podría haber asistido a los efectos de obtener la subvención*”. (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia 764/2006, de 08/09/2006, Recurso 1672/2001 (Ponente: Morato Aragonés Pamies, Jordi), FD 6.º. En similar sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª, en Sentencia 250/2012, de 28/03/2012, Recurso 621/2010 (Ponente: Díaz Fernández, Emilia Teresa), FD 10.º.

Otros casos de interés son aquellos en los que el crédito de la subvención se transfiere a un tercero, y la Administración Pública no procede al abono por causas legítimas, como son la preexistencia de causas penales incoadas frente al beneficiario de la subvención. En este supuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, Sentencia 585/2001, de 24/05/2001, Recurso 834/1998 (Ponente: López Candela, Javier Eugenio), afirma que “[...] *quedando a salvo las acciones de los recurrentes contra la Asociación Pro Cultura del Olivo mediterráneo no es imputable a la Administración demandada los perjuicios causados a los recurrentes por el incumplimiento del pago de las cambiales libradas cuando dicho libramiento no fue realizado por la Administración demandada*”, FD 5.º.

Uno de los supuestos de responsabilidad patrimonial más característico en este ámbito material, ha sido la reclamaciones efectuadas a resultas de los reintegros o denegaciones de ayudas decretados a consecuencia del fallecimiento del beneficiario de la ayuda a la dependencia con anterioridad a la aprobación del Programa Individual, elemento que normalmente se silenciaba a la Administración que abonaba la ayuda con los atrasos y una vez constatado el óbito debía incoar el procedimiento de reintegro. Para una mejor comprensión de los dispares pronunciamientos judiciales, merece partir de la consideración de que el procedimiento de reconocimiento del derecho subjetivo patrimonial en que se conforma el derecho a la autonomía personal, viene representado por un procedimiento bifásico en el que intervienen dos Administraciones Públicas (local y autonómica) y que iniciado por solicitud del interesado, supone remisión del órgano de valoración a efectos de la determinación del grado o nivel, con ulterior remisión del reconocimiento del grado de dependencia y prestaciones que pueda corresponderle a la Delegación provincial correspondiente. Así, la dependencia viene definida por el artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (BOE núm. 299, de 15 de diciembre), como “*la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria*”. Por su parte, el apartado segundo describe la dependencia como “*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sen-*

sorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”. La determinación del grado de dependencia exige la aplicación de un baremo que especifique los criterios objetivos y técnicos, para concretar en qué grado y nivel corresponde encuadrar a la persona en situación de dependencia [artículo 27.2 y disposición final 5.ª Ley 39/2006; artículos 145.6, 182.bis.2.c) y 182.ter de la LGSS; disposición adicional 2.ª Real Decreto 504/2007]. Los órganos de valoración de la situación de dependencia y elaborarán el correspondiente dictamen-propuesta o dictamen técnico que deberá contener como mínimo, diagnóstico, situación, grado y nivel de dependencia, cuidados que la persona pueda requerir así como los servicios o prestaciones que puedan corresponder a la persona interesada de acuerdo con su grado y nivel de dependencia (artículo 12.3 del Decreto 168/2007, de 12 de junio (BOJA núm. 119, de 18 de junio, y artículo 27.1 Ley 39/2006).

A continuación, el artículo 29 de la Ley 39/2006, establece el Programa Individual de Atención, de tal forma que:

*“En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente”.*

Sentado esto, el plazo para la completa tramitación del expediente administrativo es de 6 meses (incluyendo el reconocimiento de la situación de dependencia y la aprobación del PIA según los artículos 15.2 y 18.3 del Decreto andaluz 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y además, el artículo 15.3 del Decreto andaluz 168/2007 dispone que la eficacia de la resolución del reconocimiento de dependencia quedará demorada a la aprobación del programa de atención individual. Surgen a este respecto dos cuestiones iniciales, una referente a si el fallecimiento acontecido antes de la aprobación del PIA extemporáneo ha de perjudicar o no, al administrado y una segunda pregunta, la del carácter constitutivo o no de la aprobación del PIA.

Respecto a la primera de las cuestiones han tenido oportunidad de pronunciarse algunos Juzgados en sentido negativo, como el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 10 de Sevilla, en Sentencia 314/2011, de 23/11/2011, Recurso 95/2010:

*“[...] no hay duda de que estamos ante un caso de «mala administración» por parte de la Junta de Andalucía pues superó con creces el plazo máximo para resolver (casi un año después de su inicio lo archivó sin haber resuelto el fondo).*

*Es el propio Estatuto de Autonomía para Andalucía (LO 2/2007 (La Ley 2349/2007)) el que liga la «buena administración» con la resolución de los asuntos «en un plazo razonable» (artículo 31). La misma idea se plasma en el artículo 5.d) de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía (Ley 9/2007). Demorar negligentemente la resolución de este tipo de expedientes, cuya sensibilidad exige una especial atención –por tratarse en muchos casos de personas ya mayores con cortas expectativas de vida–, es un claro ejemplo de cómo no debe funcionar una administración.*

*Una máxima de nuestro ordenamiento jurídico afirma que nadie puede beneficiarse de las irregularidades que él mismo ha cometido (allegans turpitudinem non auditur). De ahí que los errores, deficiencias o incumplimientos de la Administración no puedan, a la postre, beneficiarla en modo alguno. Lo contrario sería premiar su torpeza y negligencia. Una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor o igual situación que si hubiera cumplido su deber ha de calificarse de irrazonable (SSTC 158/2000 (La Ley 10050/2000), 179/2003 (La Ley 13340/2003)). Es este un principio reconocido por la jurisprudencia constitucional. Al respecto, la STC 220/2003 (La Ley 10897/2004) recuerda:*

*5. Hemos declarado, en reiteradas ocasiones, que la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, pues este deber entronca con la cláusula del Estado de Derecho (artículo 1.1 CE (La Ley 2500/1978)), así como con los valores que proclaman los artículos 24.1 (La Ley 2500/1978), 103.1 (La Ley 2500/1978) y 106.1 CE (La Ley 2500/1978) (por todas, SSTC 6/1986, de 21 de enero (La Ley 537-TC/1986), FJ 3; 204/1987, de 21 de diciembre (La Ley 98504-NS/0000), FJ 4; 180/1991, de 23 de septiembre (La Ley 58037-JF/0000), FJ 1; 86/1998, de 21 de abril (La Ley 6130/1998), FFJJ 5 y 6; 71/2001 (La Ley 3030/2002), de 26 de marzo, FJ 4; y 188/2003 (La Ley 10000/2004), de 27 de octubre, FJ 6).*

*En el presente caso, la morosidad de la Administración a la hora de resolver el expediente no le puede suponer el beneficio de ahorrarse una ayuda a todas luces procedente si se hubiera resuelto en plazo”, FD 2.º.*

En este sentido, se pronuncia favorablemente a la existencia de responsabilidad patrimonial, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, en Sentencia 89/2014, de 28/02/2014, Recurso 124/2013 (Ponente: Olarte Madero, Miguel Ángel), en un supuesto en que existió una demora injustificada de dos años. En análogo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Sentencia de 5 de junio de 2013, Recurso 661/2010 (Ponente: Galindo Gil, María Dolores), en un supuesto de fallecimiento al año de la solicitud, sin que ni siquiera se hubiera tramitado el reconocimiento de dependencia, siendo que en la tramitación de este tipo de solicitudes debe cumplirse con una diligencia escrupulosa en vista de la elevada edad del peticionario.

De otro lado, la segunda de las cuestiones era el criterio interpretativo del artículo 15.3 que demora la eficacia del reconocimiento a la aprobación del PIA. Entendemos, que más que en términos de eficacia, lo que nos movemos es en términos de perfección del acto administrativo, esto es, aún no surte efectos porque no existe dado que la consumación del reconocimiento del derecho subjetivo patrimonial exige dos fases: la una correspondiente a la valoración del grado de discapacidad y, la otra referente a la prestación individual concretada en el Programa individual de atención conforme a las circunstancias personales que le corresponden. Sin embargo, esta no es la tesis que siguen nuestros Juzgados, entre los que cabe destacar la Sentencia 221, de 04/06/2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 de Sevilla, en el Recurso 168/2011, en cuyo FD 3.º, afirma:

*“Entiendo que este articulado no puede ser interpretado en el sentido de que el expediente en trámite de la persona dependiente pierda su objeto por el fallecimiento de esta. Ello sólo cabría si la aprobación del PIA tuviera efectos constitutivos de la declaración de dependencia y de los derechos que conlleva pero como hemos dicho ello no es así en el caso de autos porque Doña Candelaria tiene la consideración de dependiente desde la fecha de su solicitud como gran minusválida que era por aplicación de la DA 9.ª de la Ley, como ya se ha dicho, y una vez aprobado el PIA, DF 1.ª, apartado 2.º, ordena que sus efectos se retrotraigan a la fecha de la solicitud salvo excepciones que nada tienen que ver con el caso de auto”.*

Así, la disposición final primera.2 de la Ley 39/2006, dispone:

*“En el marco de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (La Ley 3279/1992), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones”.*

Y en virtud de esta disposición, el Juzgado trae a colación la tesis seguida por el TSJA con sede en Sevilla, Sección 4.ª, de 27/01/2012, rollo de apelación núm. 502/2010, que se transcribe parcialmente:

*“La sentencia apelada, tras entender que el derecho al reconocimiento es previo y que el artículo 15.3 del Decreto 168/2006, en cuanto demora la eficacia del reconocimiento al momento de aprobación del PIA no puede interpretarse, en sentido contrario a la normativa estatal, como pérdida de objeto y más cuando el reconocimiento se había producido antes del fallecimiento, consideró que la aquí apelada, hija de la dependiente, tenía legitimación como heredera y como destinataria de la prestación económica, al haberse ocupado de su madre hasta su fallecimiento, para pedir la continuación del procedimiento hasta el reconocimiento del importe de la prestación*

*económica, por lo que estima parcialmente el recurso y manda seguir adelante el procedimiento hasta cálculo y liquidación de la prestación devengada desde la solicitud hasta el fallecimiento de la dependiente.*

*SEGUNDO. La apelante, en un confuso planteamiento, sin distinguir bien entre legitimación para el proceso y titularidad del derecho entiende que la actora no ha podido suceder a la solicitante en el procedimiento, por lo que la única parte sería la fallecida, siendo radicalmente nula desde el principio la relación jurídico procesal en la que figura como parte una fallecida.*

*De entrada, habría que partir de que aquí no hay más parte demandante que la aquí apelada, quien en momento alguno actúa en una imposible representación de su fallecida madre, sino como heredera y persona que se ha ocupado de ella hasta su fallecimiento, lo que en ningún momento se cuestiona.*

*La Sala por su parte, coincide plenamente con los razonamientos de la sentencia apelada. Y es que, aparte de que sea más que dudoso que el derecho a una ayuda para subvenir unos gastos que ya se han devengado sea un derecho personalísimo, siendo cierto que los derechos personalísimos no forman parte del caudal hereditario, también es cierto que iniciado procedimiento por el causante, aunque sea por derechos de dicha naturaleza, los herederos pueden continuar el pleito de su causante hasta su finalización.*

*Y es que nos encontramos ante un derecho que ya se había incorporado al patrimonio del causante. En efecto, el hecho determinante del derecho existía ya desde la solicitud y el reconocimiento del grado de dependencia y, por ello, del derecho a la prestación, se había producido con anterioridad al fallecimiento, pendiente sólo de la aprobación del PIA, con propuesta que ya preveía la prestación económica para cuidados en el entorno familiar a resultas tan sólo de su determinación líquida. Por tanto, no puede hablarse de un derecho no nacido y que nunca surgió por fallecimiento de la solicitante y que no forma parte del caudal hereditario.*

*Por otra parte no podemos dejar de ser sensibles, como hace la sentencia apelada, al hecho de que se trata de unos cuidados prestados en el entorno familiar, efectivamente prestados por la aquí apelada, que ha podido orientar su vida a la vista de la confianza razonable generada por la actuación de la Administración, cuya confianza no puede defraudar archivando un procedimiento que sólo por la demora de la apelante no llegó en tiempo a debido término”.*

En el mismo sentido, se han pronunciado el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 14 de Sevilla, en Sentencia 44/2014, de 17/02/2014, Recurso 251/2011; Sentencia 25/2014, de 05/02/2014, Recurso 374/2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 11 de Sevilla; Sentencia 359/2013, de 16/12/2013, Recurso 434/2012, Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 12 de Sevilla.

Sin embargo, también existen pronunciamientos en sentido diverso, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>, en Sentencia de 19 de enero de 2012, Recurso 285/2010 (Ponente: Robledo Peña, Antonio), que afirma que el “[...] *derecho a percibir unos servicios o prestaciones concretas no llegó a nacer al haber fallecido antes la beneficiaria*”, FD 2.<sup>o</sup>; el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Jaén, Sentencia de 13 de mayo de 2009, Recurso 40/2009 (Ponente: Herrera Fiestas, Humberto), FD 3.<sup>o</sup>; numerosos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, como son el de la Sección 5.<sup>a</sup>, en Sentencia de 5 de junio de 2013, Recurso 903/2010 (Ponente: Vidal Mas, Rosario), en Sentencia de 28 de octubre de 2011, Recurso 644/2010 (Ponente: Bellmont y Mora, José de), en Sentencia de 3 de julio de 2013, Recurso 1005/2010 (Ponente: Vidal Mas, Rosario), o el Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 3 de febrero de 2010, Recurso 240/2009 (Ponente: Acevedo Campos, Ángel). En idéntico sentido, la Sentencia 265/2014, de 16/07/2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Sevilla, Recurso 420/2011; la Sentencia 86/2014, de 01/04/2014, Recurso 424/2012, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 13 de Sevilla, que tras diferenciar el instituto de la responsabilidad patrimonial por pretendida demora injustificada y sus presupuestos procedimentales, considera el carácter personal de la prestación concluyendo la eficacia demorada con la imposibilidad del reconocimiento de la prestación ante el fallecimiento previo a la aprobación del Programa de Atención Individual; Sentencia 47/2014, de 13/02/2014, Recurso 76/2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Sevilla; Sentencia 452/2013, de 18/11/2013, Recurso 379/2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga; Sentencia 319/2011, de 31/10/2013, Recurso 638/2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Sevilla; Sentencia 404/2013, de 16/10/2013, Recurso 444/2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla; Sentencia 206/2013, de 18/06/2013, Recurso 442/2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Sevilla, entre otras.

Otros pronunciamientos son tendentes a reconocer los efectos hasta el momento del fallecimiento, llegando a una solución transaccional de la controversia similar a la establecida por algunas comunidades autónomas que prevén en su procedimiento el eventual fallecimiento del beneficiario; en efecto, la Comunidad Autónoma gallega, aprobó el Decreto 15/2010, de 4 de febrero, de la Xunta de Galicia (DOGA de 19/02/2010), regulador de los procedimientos derivados de la Ley de Dependencia que establece un cauce reglamentario para solicitar la efectividad del derecho en caso del fallecimiento del dependiente durante la tramitación, en el artículo 40 que contempla a los solicitantes fallecidos y “[...] *deriva la consiguiente carga de la «persona que había soportado el gasto» tanto de comunicar el fallecimiento del potencial dependiente como de solicitar ante la Administración autonómica la efectividad del derecho a las prestaciones en su favor, debiendo acreditarse en la instrucción de tal procedimiento el grado y nivel de dependencia, así como la justificación documental del gasto soportado. Este procedimiento está desarrollado por la Orden de 2 de enero de 2012, cuyo Capítulo VII (artículos 88 a 107), que se ocupa de la legitimación para promoverlo, requisitos, instrucción y resolución, la cual se limitará en*

*caso de prosperar, al reconocimiento de la efectividad del derecho a las prestaciones*”, Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Sentencia 661/2013, de 02/10/2013, Recurso 55/2012 (Ponente: Chaves García, José Ramón), FD 2.º. En nuestra comunidad autónoma, aun cuando no se da esta particularidad, sí que existen pronunciamientos judiciales en los que se viene a reconocer los efectos económicos de la prestación hasta el momento del fallecimiento (Sentencia 249/2013, de 15/11/2013, Recurso 27/2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Sevilla; Sentencia 214/2013, de 05/11/2013, Recurso 843/2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Cádiz, entre otras).

No obstante, en apoyatura a las resoluciones de revocación/denegación y/o reintegro de estas ayudas, cabe resaltar el carácter personalísimo e intransferible del derecho subjetivo a la autonomía de la dependencia, lo que conlleva que ante la ausencia del elemento subjetivo primordial acontece indefectiblemente la extinción del derecho. En este mismo sentido se han pronunciado, entre otras, la Sentencia de 16/10/2013, Recurso 282/2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Sevilla; Sentencia 337/2013, de 23/09/2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Sevilla, siendo esta que inadmite el recurso por el carácter intransmisible del derecho ex artículo 31.3 de la Ley 30/1992. En el asunto objeto de la presente estudio la particularidad se halla en la ausencia sobrevinida del elemento subjetivo primordial de la relación jurídica durante la tramitación del procedimiento de reconocimiento. Si tenemos presentes las tesis tradicionales doctrinales (García de Enterría) el acto administrativo en abstracto está conformado por los tradicionales elementos configuradores de toda relación jurídica, como son el elemento subjetivo, objetivo y formal, y aunque, (objeto de discusión), el teleológico o causal. De esta forma ante la ausencia de cualquiera de estos elementos ineludibles, al igual que prevé el artículo 1.261 del Código Civil respecto de los requisitos esenciales del negocio jurídico, el acto administrativo no existe. Esta “inexistencia” además ha sido objeto de numerosos estudios, discutiéndose sobre el instituto de la inexistencia frente a la nulidad, pues en efecto, puede suscitar muchísima controversia la cuestión, pues el artículo 47.1.c) de la Ley 39/2015, prescribe la nulidad de pleno derecho “*ex tunc*” para aquellos actos de contenido imposible. La jurisprudencia del Tribunal supremo, se pronuncia interpretando qué ha de entenderse por contenido imposible, por ejemplo, en la Sentencia de 19/19/2000, Recurso 647/1995 (Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge), cuyo FD 2.º, afirma:

*«[...] es trasunto en el régimen de dichos actos del principio que expresa el artículo 1.272 del Código Civil para los contratos. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de FJ para ser dictado.*

*La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (artículo*

48.1 LPA y 83.2 de la LJCA); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (Sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985)».

En similar sentido, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, en Sentencia de 03/12/2008, Recurso 219/2004 (Ponente: Teso Gamella, María del Pilar), FD 4.º; Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 11/04/2013, Recurso 2200/2010 (Ponente: Martín Timón, Manuel), en FD 4, entre otras.

En el asunto que nos concierne parece claro el supuesto de inexistencia/nulidad, toda vez que al momento de la «perfección» o constitución del acto administrativo, faltaba uno de los elementos esenciales de la relación jurídica, siendo que la no perfección del acto administrativo comportaría que no desplegaré cualquier efecto jurídico. En otras palabras, no existió reconocimiento del derecho subjetivo público sino hasta la fecha de aprobación del PIA, antes de la cual ya se había producido la desaparición. Por tanto no se trata de eficacia retroactiva de la extinción, sino de la inexistencia de un derecho cuyo reconocimiento exige el desarrollo de un complejo procedimiento administrativo que podemos llamar bifásico no perfeccionado. a esta consideración no es óbice que el abono de las cuantías, que por desconocimiento de la situación, efectuó la Administración y a las que presumiblemente tuviera derecho el beneficiario provoca confusión acerca del momento en virtud del que ha de considerarse perfeccionado el acto administrativo y adquirido el derecho. Pero, el mecanismo legalmente arbitrado de anticipo, pretende la facilitación de desarrollo de los dependientes futuros beneficiarios, aunque no comporta la consolidación de tal derecho «cuya eficacia queda demorada a la aprobación del PIA» (artículo 19.3 in fine Decreto 168/2007). En este mismo sentido la Orden andaluza de 7 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía (BOJA de 16 de agosto), es clara al respecto previendo en su artículo 18.3 rubricado «abono de las prestaciones económicas» la efectividad de esta percepción al momento de la aprobación del PIA, pero retrotrayéndose al momento de la solicitud, según los casos, siempre que «en la fecha prevista para la efectividad se reúnan los requisitos establecidos para cada prestación económica». Queda claro, que en la fecha prevista para esta efectividad no se daban los requisitos establecidos por ausencia del elemento subjetivo primordial e inexorable, y a mayor abundamiento, el artículo 16 de la Orden de 7 de agosto 2007, rubricado como «Acceso a las prestaciones económica», establece claramente:

*«La ejecución de las resoluciones de Programa Individual de Atención por las que se reconozca el derecho a alguna de las prestaciones a que se refieren los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, corresponderá a la Delegación Provincial que las haya dictado. A tal efecto, la citada Delegación podrá requerir a los Servicios Sociales Comunitarios, a la persona en situación de dependencia o a sus familiares o representantes, la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos específicos exigidos para el abono de la prestación, que no resulten acreditados en el procedimiento de aprobación del Programa Individual de Atención, y sean necesarios para la efectividad del derecho».*

Consiguientemente, el PIA es el acto determinante del contenido prestacional, sin cuya existencia no se adquiere el derecho subjetivo, y su aprobación determina el acceso a las prestaciones económicas y no cualesquiera otros actos administrativos existentes a lo largo del procedimiento.

No obstante, dada las circunstancias concurrentes al presente caso, conviene reseñar uno de los principios generales del derecho, a menudo invocado frente a la Administración Pública, pero que vincula a la Administración, pero igualmente a los administrados, se trata del principio de buena fe [artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015; artículo 3.g) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía], y en relación a asuntos como la falta de colaboración en la recepción de las notificaciones o falta de comunicación de los cambios de domicilio, se ha pronunciado, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, en Sentencia 1059/2013, de 12/09/2013, Recurso 20/2011 (Ponente: Vargas Cabrera, Pablo), en cuyo FD 2.º, recoge:

*“[...] Así, en lo que a los ciudadanos se refiere, esta Sala ha señalado que el principio de buena fe «impide que el administrado, con su conducta, pueda enervar la eficacia de los actos administrativos» (Sentencias de 6 de junio de 2006 (La Ley 92456/2006) (Recurso casación 2522/2001), FD Tercero; de 12 de abril de 2007 (La Ley 20392/2007) (Recurso casación 2427/2002), FD Tercero; y de 27 de noviembre de 2008 (La Ley 235255/2008) (Recurso casación 5565/2006), FD Cuarto 5), y les impone «un deber de colaboración con la Administración en la recepción de los actos de comunicación que aquella les dirija» (Sentencias de 28 de octubre de 2004 (La Ley 2316/2004) (Recurso casación en interés de ley 70/2003), FD Quinto; de 10 de junio de 2009 (La Ley 177133/2009) (Recurso casación 9547/2003), FD Cuarto; y de 16 de junio de 2009 (Recurso casación 7305/2003), FD Segundo), lo que conlleva, en lo que aquí interesa, que si el interesado incumple con la carga de comunicar el domicilio o el cambio del mismo, en principio –y, reiteramos la precisión, siempre que la Administración haya demostrado la diligencia y buena fe que también le son exigibles–, debe sufrir las consecuencias perjudiciales de dicho incumplimiento (Sentencias de 10 de junio de 2009, cit., FD Cuarto; y de 16 de junio de 2009, cit., FD Segundo)”.*

Aplicando estas tesis a la presente situación objeto de estudio, tenemos que:

- En cualquier caso, el principio de buena fe y equidad entendido como sentido de la justicia, exige lo propio para el administrado que lo invoca; en el asunto del caso, en que la relación de sujeción especial en que el administrado se encontraba, exigía ser conocedor de las obligaciones que en la relación jurídica le competía silenció la sobrevenida de circunstancia esencial, no frenando el aparato administrativo, y provocando un acto administrativo nulo o inexistente, conforme a lo ya expuesto.
- A ello se une la rápida reacción de la Administración que en apenas dos meses tras la comunicación municipal procede decretar la extinción del PAI y el reintegro, lo cual, impide el transcurso de un plazo extenso que hubiera podido conducir a una confianza legítima en la consolidación del derecho a la prestación, derecho que no ha de surtir efectos, porque nunca existió.
- En cualquier caso, si la actora entiende una dilación administrativa causante de daño evaluable económicamente que no tiene la obligación de soportar, el cauce propicio sería el de la responsabilidad patrimonial a la que nos obstante carecería de cualquier viabilidad pues no existe daño antijurídico al tratarse la prestación económica de mera expectativa, cuya consolidación y adquisición jamás se produjo.



## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## XII. INDUSTRIA Y ENERGÍA

Por M.<sup>a</sup> del Rocío Galvín Fañanas

### 1. PLANTEAMIENTO. ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA INDUSTRIA Y LA ENERGÍA. EL ARTÍCULO 49 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA

La responsabilidad de la Administración en el ámbito de la industria y la energía se extiende, al igual que en prácticamente el resto de materias, a la producción de daños derivados de actuaciones materiales, de actos legislativos, de actos administrativos y de inactividades administrativas.

Si bien en un primer momento pudiera pensarse que la unión de los conceptos de responsabilidad de la Administración y de actos e inactividades, en los campos que tratamos en este epígrafe, se habría de predicar única y exclusivamente de la actuación del Estado como Administración Central, dado el tenor del artículo 149.1 apartados 9, 13 y 25 de nuestra Constitución, lo cierto es que la potencial capacidad de actuación de las Comunidades Autónomas, bien en el permitido ámbito reglamentario y de ejecución (para el caso del apartado 9), bien mediante potestades y funciones acordes con el marco de las bases fijadas por las correspondientes leyes estatales (para los casos de los apartados 13 y 25), produce el efecto de “desglose” de la responsabilidad administrativa en uno u otro tipo de entidad territorial según sea el punto efectivo de origen de la lesión o daño,

criterio determinante de la institución de la responsabilidad patrimonial<sup>1</sup>, sin perjuicio, por supuesto, de posibles responsabilidades solidarias por eventuales actuaciones conjuntas de ambas Administraciones Territoriales.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, es el artículo 49 del vigente Estatuto de Autonomía el que permite hacer una inicial aproximación a la extensión que, para su Administración, pudiera tener la responsabilidad patrimonial surgida por sus actuaciones, actos o no actuaciones en industria y energía. Partiendo, en efecto, de las previsiones constitucionales marcadas en los apartados 13 y 25 del artículo 149.1, se encabeza el número primero del artículo 49 del Estatuto con la indicación de que la competencia de la Comunidad Autónoma será compartida en dos grupos de materias:

- a) Instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, con específica asunción de la competencia para el otorgamiento de la autorización de dichas instalaciones.
- b) Fomento y gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética.

En el número segundo del precepto, esta vez con una mención particular, quizás no necesaria, pero siempre debida, a la competencia estatal marcada por el texto constitucional, se asume por la Comunidad Autónoma la competencia en materia de energía como tal concepto y realidad, en el marco de las bases dictadas por el Estado conforme a los antes mencionados apartados 13 y 25 del artículo 149.1 de la Constitución, y dentro de la función estatal de planificación de la actividad económica general del país y del reconocimiento de la libertad de empresa. Pero matiza aún más el Estatuto la materia objeto de esta competencia, si bien lo hace mediante una configuración separada añadiendo al elenco del número dos la competencia concerniente a la regulación de actividades de producción, depósito y transporte de energías, y su autorización e inspección y control, mediante el establecimiento, en su caso, de las normas de calidad de los servicios de suministro.

Por último, en los apartados 3 y 4 del mismo artículo 49 se alude a la emisión de informe, por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los procedimientos de autorización de instalaciones de producción y transporte de energía y de redes de abastecimiento en los supuestos concretos previstos, y a la participación en la regulación y planificación de ámbito estatal del sector de la energía que afecte al territorio de Andalucía, lo que entronca directamente con la previsión del artículo 86 y del artículo 87.1.2.º del Estatuto de Autonomía<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> “La responsabilidad de la Administración por actos administrativos”, A. Avelino Blasco Estéve, p. 29, Editorial Civitas, S.A. Segunda Edición, año 1995.

<sup>2</sup> “Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía. II”, Directores Pedro Cruz Villalón y Manuel Medina Guerrero, Parlamento de Andalucía, 2012.

La asunción de competencias en las materias de industria y de energía hace que la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de tales competencias, deba llevar a efecto actuaciones, deba emitir actos administrativos, deba regular normativamente aspectos referidos a aquellos campos y pueda, por las razones que sea, dejar de ejecutar actos o no acometer actividades concernientes a esas competencias asumidas. Todo ello podría determinar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Pero la configuración del ámbito competencia del artículo 49 del Estatuto no puede entenderse completa sin la previsión residual contemplada en el artículo 85.1, a cuyo tenor, *“en el ámbito de las competencias que se le atribuyen en el presente Estatuto, le corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía, además de las facultades y funciones expresamente contempladas en el mismo, todas aquéllas que, por su naturaleza, resulten inherentes a su pleno ejercicio”*<sup>3</sup>.

## 2. SUPUESTOS FRECUENTES CON LA JURISPRUDENCIA APLICABLE

### 2.1. Instalaciones eléctricas de alta tensión.

#### A) Introducción.

No obstante el marco estatutario señalado, y la posible consiguiente previsión de aparición de supuestos de responsabilidad patrimonial derivados de la asunción de competencias en las materias en él indicadas, lo cierto es que los supuestos más frecuentes de responsabilidad patrimonial de la Junta de Andalucía en los ámbitos de la industria y la energía se circunscriben a accidentes generadores de daños personales producidos por instalaciones eléctricas de alta tensión, en los que no resulta inusual la intervención de terceros relacionados con la instalación causante del daño, cuya posición en el procedimiento de depuración de responsabilidad que, en su ámbito y, en su caso, se inicie, será semejante a la de la Administración en su entorno procedimental propio.

Tal paralelismo de circunstancia posicional se extiende asimismo al proceso judicial en el que, finalmente y ante la eventual ausencia de solución satisfactoria a los intereses del

---

El artículo 86 señala que *“la Junta de Andalucía participa en la elaboración de las decisiones estatales que afectan a la ordenación general de la actividad económica en el marco de lo establecido en el artículo 131.2 de la Constitución”*.

El artículo 87.1.2.º contempla la participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en los procesos de designación de miembros de organismos estatales energéticos.

<sup>3</sup> En parecido sentido, y con carácter general en cuanto al régimen general de competencias estatutarias, Francisco Balaguer Callejón en *“Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía. II”*, Directores Pedro Cruz Villalón y Manuel Medina Guerrero, Parlamento de Andalucía, 2012.

perjudicado, deba ventilarse la posible responsabilidad en la producción del daño y el consiguiente resarcimiento indemnizatorio.

El marco de la responsabilidad patrimonial derivada de la industria y de la energía es, junto al propio concerniente a ámbitos en los que aparecen las figuras de los contratistas incardinados en la suscripción de contratos del sector público (carreteras y obras públicas, como supuestos más típicos) uno en los que con mayor frecuencia se aprecia dicha concurrencia de terceros potencialmente corresponsables.

Como se ha analizado en la Parte General, la intervención de un tercero distinto a la Administración en la producción del daño no es obstáculo para que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que deba conocer del proceso judicial de responsabilidad patrimonial. Y es que, en efecto, y de acuerdo con el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *“el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con [...] la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo antes los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”*. Sin embargo, la cuestión del orden jurisdiccional competente, que hoy en día parece superada con la indicación clara y expresa que hace el precepto transcrito, ha entrañado alguna disquisición centrada en reclamaciones instadas durante períodos de tiempo en los que aún no había entrado en vigor la previsión de competencia del orden contencioso-administrativo para los casos de concurrencia de la Administración con particulares en la supuesta producción del daño.

Pero, junto a la frecuente aparición de terceros presuntamente involucrados en la generación de los daños, uno de los análisis clave y objeto especial de estudio en este tipo de casos es el concerniente a la intervención del propio perjudicado en la producción del resultado lesivo, lo que en no pocas ocasiones ha dado lugar a sentencias íntegramente desestimatorias de las demandas formuladas, que hacen recaer el perjuicio en la sola actuación del sujeto dañado, eliminando cualquier posible resquicio de responsabilidad patrimonial de la Administración.

#### *B) Intervención de terceros relacionados con la instalación causante del daño. La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*

Diversas sentencias dictadas en relación a supuestos de responsabilidad patrimonial de los que ha conocido la Comunidad Autónoma de Andalucía han contemplado la presencia de terceros codemandados frente a los que, junto a la Administración Pública Andaluza, se han dirigido las demandas de responsabilidad patrimonial instadas por los particulares. Así, en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, de la Sección Tercera de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla<sup>4</sup>, se resuelve un supuesto en el que se formula demanda de responsabilidad patrimonial contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada a la Administración de la Junta de Andalucía exigiendo la responsabilidad solidaria de ésta y la sociedad Sevillana Endesa, S.A., por la muerte de una persona tras descarga eléctrica sufrida por contacto, mediante elemento conductor, con una línea eléctrica de alta tensión que sobrevolaba en lugar del accidente.

Aun cuando en la producción del daño pudiera llegar a intervenir un sujeto privado, y en casos como el mencionado es harto frecuente, es la presencia de la Administración Pública la que determina la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el enjuiciamiento de la decisión desestimatoria de la previa reclamación de indemnización de daños, ya se haya articulado ésta por la vía exclusiva de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por medio únicamente de una reclamación de responsabilidad extracontractual a la entidad privada que se considera causante del perjuicio<sup>5</sup>, o a través de ambas formas procedimentales al mismo tiempo.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de diciembre de 2012<sup>6</sup>, partiendo de las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y de su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, aclaró que la Ley 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto que vino a modificar el número 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresando en su párrafo segundo la competencia de los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo para el conocimiento de las pretensiones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que se derive, incluso aun cuando a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, *“representa la derogación expresa de la doctrina tradicional de la «vis atractiva del orden jurisdiccional civil». De tal forma que resuelta la unidad de jurisdicción para juzgar a las Administraciones Públicas, resulta ya indiferente que en la producción del daño concurren, junto a aquellas, sujetos privados”*. Seguía diciendo la Sala que se trataba de un *“cambio legislativo del que se ha hecho eco la jurisprudencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en resoluciones de 21 de diciembre de 1995, 7 de julio de 1994, 27 de octubre de 1994, 11 de diciembre de 1995, 22 de marzo de 1999 y 17 de marzo de 1999”, entre otras, sentando de manera inequívoca; “que para enjuiciar la responsabilidad de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, con independencia de su origen jurídico público o privado, la competencia corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo”*.

---

<sup>4</sup> JUR 2010\88450.

<sup>5</sup> Sin perjuicio del planteamiento, en sede judicial, de la falta de agotamiento de la vía administrativa previa y del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>6</sup> JUR 2012\143380.

Más contundente ha sido el Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 21 de noviembre de 2007<sup>7</sup>, analizó los cambios legislativos producidos en la materia estableciendo que:

*“En la actualidad y después de la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (RCL 2003, 3008), el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1998, 1741), 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 ordenes 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 ordenes jurisdiccionales civil o social.*

*El texto de ambos preceptos respondía a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635), 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 (RCL 1998, 1735), 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, pre-*

---

<sup>7</sup> RJ 2007\8464.

*cepto que posteriormente sufrió nueva redacción para incluir asimismo como posibles demandados a los aseguradores de los responsables”.*

Con ello, concluye el Tribunal que:

*“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 matiza que:

*“[...] no es obstáculo a tal conclusión, 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”.*

Y es que, efectivamente, como asienta la Sentencia, otra interpretación “[...] 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 (RCL 1978, 2836)”.

Para dar mayor énfasis a tal decisión, se remite la Sala a la Sentencia de 26 de septiembre de 2007, en la que se excluyó la responsabilidad patrimonial de la Administración, confirmando la condena de los particulares acordada por el Tribunal de instancia, y se reafirmó la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación a la condena de los particulares con exclusión del reconocimiento de responsabilidad de la Administración, por entender 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”*<sup>8</sup>.

Resulta curioso contemplar cómo, una cuestión que hoy en día parece ampliamente aceptada, conocida e incuestionada, hubo de provocar en algún momento algún pronunciamiento judicial delimitador de la jurisdicción competente para conocer de supuestos de responsabilidad patrimonial.

---

<sup>8</sup> FD Tercero de la Sentencia de 27 y 21 de noviembre de 2007.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2003<sup>9</sup>, se declaró la competencia del orden jurisdiccional civil partiendo del dato esencial de que tanto el evento determinante de la responsabilidad como la demanda derivada de él eran de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Entiende el Tribunal que:

*“Bajo dicho régimen jurídico, cuando la responsabilidad de la Administración del Estado por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes derivaba de «actuación en relaciones de derecho privado» era incuestionable la competencia de la jurisdicción civil por la propia dicción del inciso segundo del artículo 41 de la LRJAE, TR de 26 de julio de 1957, con arreglo al que «la responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios». Y cuando la responsabilidad patrimonial del Estado era consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, con arreglo al artículo 40 LRJAE la competencia jurisdiccional correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala 1.ª TS, además de una tendencia expansiva en la interpretación de lo que debía entenderse por «actuación de derecho privado», consideró que, aun en el caso de que la lesión determinante de la responsabilidad fuere consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, la competencia correspondía al orden jurisdiccional civil si a la producción del evento había concurrido la actuación de un particular y la demanda se dirigía contra ambos –Administración y persona privada– con carácter solidario. No era óbice lo dispuesto en el artículo 41 LRJAE, ni el artículo 3.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956 (RCL 1956, 1890), –que establecía el conocimiento de ésta respecto de «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad de la Administración Pública»–, porque, si, por un lado, no cabía someter a los particulares a la jurisdicción contencioso-administrativa, circunscrita a conocer los actos de la Administración, por otro, no era conveniente separar la exigencia de responsabilidades de la Administración y del particular cuando habían concurrido a la producción del evento lesivo, so pena de dividir la continencia de la causa. En este sentido se manifiesta una copiosa jurisprudencia, de la que cabe mencionar por la similitud de tema litigioso las Sentencias de 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5632) y 21 de junio de 1999 (RJ 1999, 4889)”.*

Con base en esa doctrina, la Sala entiende que, siendo aquélla de plena aplicación al caso sometido a su consideración, debe ser el orden jurisdiccional civil el que conozca del litigio “porque, el hecho determinante de la responsabilidad es único y común –la irregularidad de una instalación eléctrica de alta tensión, que no cumplía la reglamentación al efecto en la distancia mínima entre postes, ni, lo que era más relevante, en la altura mínima de los cables de la línea–, sin que obste que los deberes desatendidos tengan distintas fuentes,

---

<sup>9</sup> RJ 2003\7407.

*pues en ambos agentes hubo un comportamiento omisivo –de control, uno; y de instalación, otro– que generó la situación propicia al accidente lesivo”.*

### C) Culpa exclusiva de la víctima.

Bajo el amparo del artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a cuyo tenor *“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”*, se ha venido configurando por la jurisprudencia el estatuto de la *“culpa exclusiva de la víctima”* como factor determinante de la exención de obligación alguna de la Administración de responder de los perjuicios sufridos por el particular<sup>10</sup>, tratándose de un juicio comprensivo del tratamiento de la relación de causalidad, esto es, del análisis de la producción del daño como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público.

Del artículo 32.1 párrafo primero in fine de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se desprende la misma idea señalada en el todavía vigente artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al disponer, aun en sentido positivo frente al negativo de su norma predecesora, que *“los particulares tendrán derecho a ser indemnizados [...] de toda lesión que sufran [...] salvo en los casos de [...] daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”*.

Tal coincidencia de fondo entre un precepto y otro, a pesar del diferente matiz de apreciación del punto de vista desde el que cada uno, como se ha visto, contempla el origen de la lesión, hace que, a nuestro juicio, y entrando en el campo de la configuración de hipótesis de futuro, el mencionado estatuto de la *“culpa exclusiva de la víctima”* deba, o al menos, pueda, seguir manteniendo la misma regulación a nivel jurisprudencial que ha venido siendo recogida por nuestros Tribunales de Justicia en aplicación de antedicha Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Especialmente ilustrativa es, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 10 de septiembre de 2009<sup>11</sup>, que ventiló un recurso contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial en el que fueron demandados una Entidad Local y la Junta de Andalucía, ésta última, como titular del terreno en el que se alzaba la línea eléctrica causante del siniestro. En dicha resolución judicial, tras delimitar

---

<sup>10</sup> Véase *“Planteamiento y problemas que plantea la responsabilidad concurrente de varias Administraciones Públicas por daños causados en el ejercicio de fórmulas conjuntas de actuación”*, por Francisco Javier de Ahumada Ramos, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad San Pablo-CEU y Abogado. *“Grandes Tratados”*, Editorial Aranzadi, S.A. junio 2009. En dicho artículo expone que *“quedan todavía sin una concreta regulación los casos de responsabilidad por daños en cuya producción se dé la participación de una o varias Administraciones junto con la de un tercero o con la propia víctima”*.

<sup>11</sup> JUR 2010\88450.

el objeto del recurso contencioso-administrativo, resumir los hechos alegados y las pretensiones de las partes y exponer la doctrina general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, se adujo directamente que:

*“En el presente caso, no se da el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el resultado luctuoso acaecido. La recurrente insiste en el escrito de conclusiones que el accidente se debió al acercamiento de la línea de alta tensión al suelo en 0,962 metros y 1.014 metros de variación sobre la legalidad exigida por el Reglamento Técnico de Líneas Eléctricas Aéreas de Alta Tensión, según el informe topográfico efectuado por Don Luis Antonio «ratificado a presencia judicial, y no discutido por pregunta alguna por las codemandadas», cuya medición fue efectuada con una «estación total topográfica» aparato electro-óptico utilizado en topografía cuyo funcionamiento se apoya en la tecnología electrónica y cuyo margen de error es «de milímetros en distancias». Ahora bien, no sólo está impugnado de adverso por la fecha en que se efectuó (amén de por otras razones), sino también contradicho por la documental aportada y la testifical articulada por la propia Endesa Distribución Eléctrica. S.L.U., propietaria del tendido eléctrico, antes referida. Y no es que demos mayor virtualidad probatoria al resultado de las pruebas practicadas a instancia de la sociedad sobre la prueba desplegada por la recurrente por su simple efecto neutralizador, sino que el imparcial informe emitido por el Ingeniero Técnico Municipal del Ayuntamiento de Guillena el 16 de agosto de 2004 (folio 68 del expediente administrativo), ya contestaba en las Diligencias Previas que por el óbito de Heraclio seguía el Juzgado de Instrucción núm. 16 de Sevilla, que «el lugar en el que se produjo el accidente no se confunde con los árboles allí existentes» (desmintiendo así que no se observaran las distancias del tendido con los árboles), y que «los postes que sustentan el tendido eléctrico no se encuentran protegidos pero sí cumplen la normativa», aclarando a continuación que «cuando la altura con respecto al suelo es superior a la mínima exigida por el reglamento no tienen que estar forrados con material aislante, sólo tienen que estar cubiertos cuando la altura con respecto al suelo es inferior a 6 metros». La circunstancia referida en el informe médico forense evacuado en las diligencias penales (folio 9 del expediente) es que «según refiere un testigo que se encontraba pescando, el fallecido se encontraba en la rivera del río con la caña de pescar abierta y apoyada en el hombro y sujeta con la mano derecha, siendo la posición de la caña horizontal; y mientras iba caminando tropezó, haciendo esto que la caña se pusiera en posición vertical y que chocara con los cables de alta tensión» añadiendo dicho testigo (folio 62 del expediente) que cuando van caminando hacia otro sitio de pesca, porque «en aquel sitio había poca profundidad y se fueron unos 100 metros más a la derecha, se suelen plegar las cañas», y ello por no otro motivo que el ser fácilmente apreciable que el sitio es sobrevolado por cables de un tendido eléctrico, dada la alta conductibilidad eléctrica de las cañas de fibra de carbono como la que portaba el fallecido, condición esta de la que advierten al comprador y usuario los propios fabricantes. Así las cosas, la conclusión, en efecto, no puede ser otra que la de estimar que el desgraciado accidente se produjo, más bien, por una desatención de la misma víctima como apuntan las codemandadas. Al respecto, la doctrina jurisprudencial (ver por todas STS de*

06-11-2003), ilustra que no es acorde con el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración, cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público o el deber por parte de aquélla de velar por el mantenimiento de las garantías en su prestación, aprovechamiento o uso no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

La Sentencia de la misma Sala y sede de 13 de marzo de 2014<sup>12</sup>, parte de la afirmación de que “en su escrito de demanda la parte actora comienza por reconocer una actuación imprudente al escalar un poste eléctrico bajo la influencia de bebidas alcohólicas, pero hace responsable del hecho también a la Consejería de Agricultura y al Ayuntamiento de Utrera; a la primera como titular de la instalación eléctrica de la que forma parte la torreta en forma de escalera en que se produce el accidente al carecer de protección que impidiera el acercamiento o acceso a la misma, incumpliendo la normativa sobre seguridad y señalización (que relaciona y transcribe); y al Ayuntamiento por promover la concentración de jóvenes en zona no acondicionada por falta de señalización de peligro”. Tras valorar la prueba practicada, alcanza la conclusión de que “tanto la línea como los distintos apoyos cumplen con las condiciones y requisitos de seguridad establecidos en el artículo 12 del Reglamento y más concretamente con la fijación de conductores mediante aisladores con los cables de tierra de modo directo a las estructuras de apoyo, altura mínima de línea así como con la numeración y avisos de peligro (Recomendación que efectúa el artículo 12 para todos los apoyos situados en zonas frecuentadas)”, entendiéndose que la causa del resultado dañoso “hay que buscarla, lamentablemente, en la actuación de la propia víctima, pues según refiere la Guardia Civil, el joven se subió al poste de alta tensión como «juego», a unos 5 metros de altura; a tenor de las declaraciones testimoniales, no hizo caso de uno de sus amigos que le advirtió que la torre tenía una señal de alta tensión, ni de otro que le pidió que bajara, sino que por el contrario solicitó le hicieran una fotografía. En definitiva, el joven, con omisión de la mínima diligencia exigible, asumió voluntariamente un riesgo al escalar la torreta de alta tensión, tras haber ingerido bebidas alcohólicas, por lo que las consecuencias fueron debidas a dicho actuar, teniendo en cuenta además que un amigo

---

<sup>12</sup> JUR 2014\284842.

que lo acompañaba le advirtió de la señalización de peligro, y otro le conminó a bajar, por lo que no concurre responsabilidad de la Administración demandada [...]”<sup>13</sup>.

## 2.2. Energías renovables.

### A) Planteamiento de la cuestión.

Ya hemos visto cómo el Estatuto de Autonomía, en el número primero del artículo 49, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en:

- a) Instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, con específica asunción de la competencia para el otorgamiento de la autorización de dichas instalaciones.
- b) Fomento y gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética.

Al tratarse de una competencia compartida, y siguiendo el tenor del artículo 42.2 del mismo Estatuto, aquélla comprende *“la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución”*.

El punto de partida necesario y obligado fue la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que centró su regulación en la existencia de dos regímenes distintos de producción eléctrica: un régimen ordinario y un régimen especial, refiriéndose éste último, conforme al artículo 27 de la Ley, a la producción de energía eléctrica desde instalaciones con potencia instalada no superior a 50 MW que utilicen la cogeneración u otras formas de producción de electricidad asociadas a actividades no eléctricas cuando supongan un alto rendimiento energético, que utilicen como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de carburante cuando no se realice la actividad de producción en régimen ordinario, que utilicen como energía primaria residuos no renovables, y aquella producción desde instalaciones de tratamiento y reducción de residuos de los sectores agrícola, ganadero y de servicios con potencia instalada igual o inferior a 25 MW que supongan un alto rendimiento energético.

Partiendo de las posibilidades múltiples otorgadas por las Directivas Comunitarias a los Estados Miembros, España optó por mecanismos retributivos basados en los precios, contemplando tarifas reguladas y primas como sistema de apoyo a la producción de energía eléctrica generada a partir de fuentes renovables<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Aunque referido esto último a la pretendida responsabilidad del Ayuntamiento codemandado.

<sup>14</sup> “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables)”, por Íñigo del Guayo

En el «Boletín Oficial del Estado» de 6 de agosto de 2010 fue publicado el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial. Los artículos 2 a 6 de ese Real Decreto recogen un sistema de revisión del cumplimiento, por parte de las instalaciones fotovoltaicas, de los requisitos para la aplicación del régimen económico primado del que venían disfrutando. Este Real Decreto, de carácter básico sobre el amparo de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1 13.º y 25.º de la Constitución<sup>15</sup>, “se dicta para salvaguardar el sentido y finalidad de las ayudas”, porque “como consecuencia de la ejecución de las inspecciones a instalaciones fotovoltaicas realizadas por los organismos públicos, se ha puesto de manifiesto la existencia de determinados supuestos de instalaciones con anomalías graves. Dichas anomalías consisten, en particular, en que, pese a que han pretendido ser beneficiarias del régimen previsto en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, y pese a que han obtenido el acta de puesta en marcha, no tenían instalados, a 29 de septiembre de 2008, todos los paneles fotovoltaicos comprometidos en el respectivo proyecto ni los equipos técnicos necesarios para el funcionamiento normal de la central, lo que era condición necesaria para la aplicación de las primas previstas en dicho Real Decreto”<sup>16</sup>.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9253), tuvo ocasión de pronunciarse acerca del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética, a propósito de la impugnación de los artículos señalados del Real Decreto 1003/2010. Y así, determinó que:

*“En el desarrollo argumental de este inicial motivo aparece ya lo que constituye la clave de la controversia, a saber, la dualidad normativa que afecta a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. Dualidad que se plasma en un régimen específico a los efectos de la autorización de aquellas instalaciones, por una parte, y en otro régimen, diferente, a los efectos de la retribución de sus actividades productivas, configurado este último en el seno de un sistema o marco económico único y no fragmentado.*

*Para clarificar todo ello es preciso, a su vez, deslindar el plano de la regulación (legislativa o reglamentaria) del plano de la ejecución (adopción de actos administrativos). No hay inconveniente en admitir –en realidad no se discute– que el Estado ostenta la capacidad normativa básica para regular todo el sector eléctrico, incluidas las normas básicas relativas a las autorizaciones de las instalaciones de producción. Y tampoco*

---

Castiella, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 156/2012, parte Legislación, Editorial Civitas, S.A., Pamplona, 2012.

En similares términos, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9253).

<sup>15</sup> Disposición final tercera del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto.

<sup>16</sup> Preámbulo del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto.

*es discutido que corresponde a las Comunidades Autónomas que la tuvieran asumida (artículo 28 de la Ley del Sector Eléctrico [RCL 1997, 2821]) la competencia ejecutiva para dictar los actos autorizatorios correspondientes a las instalaciones fotovoltaicas.*

*En lo que concierne, sin embargo, al régimen económico del sistema eléctrico, las competencias normativas del Estado pueden configurar, como así ha sido, una regulación única y uniforme para todo el territorio nacional, a la que esta Sala del Tribunal Supremo se ha venido refiriendo de modo reiterado en sentencias anteriores (últimamente en la de 5 de abril de 2011, Recurso 181/2010). El Estado es competente en cuanto a la gestión económica (en concreto, la retribución) del sistema eléctrico, en coherencia con la concepción «unitaria» de dicho sistema que asumió en su momento la Ley del Sector Eléctrico. [...].*

*En la gestión del referido régimen económico las Comunidades Autónomas no asumen atribuciones ejecutivas, esto es, no intervienen en la gestión del mecanismo retributivo de liquidaciones por la venta de electricidad o, en general, en la aplicación de los incentivos económicos a la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables.*

*Pues bien, a partir de estas premisas, el análisis del Real Decreto 1003/2010 permite concluir que se inserta en el bloque de competencias normativas (estatales) sobre el régimen económico y no en las relativas a las autorizaciones administrativas (autonómicas) exigibles para la construcción y explotación de las instalaciones de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica.*

*En efecto, el Real Decreto 1003/2010 regula determinadas cuestiones relativas a la liquidación de la prima a las instalaciones fotovoltaicas, esto es se constriñe a disciplinar la percepción de las retribuciones que corresponden a aquellas instalaciones (es decir, a sus titulares) en el seno del sistema económico unitario [...]. Lo que se pretende con el Real Decreto 1003/2010 es precisamente garantizar la debida aplicación de las condiciones exigibles para el cobro de las retribuciones acogidas a las normas precedentes.*

*[...] la misma Administración que gestiona el régimen retributivo (las primas) ha de contar con los medios y el procedimiento adecuados para comprobar la subsistencia de las condiciones determinantes de su cobro.*

*[...]*

*Es comprensible, pues, y ajustado a Derecho, que el mismo Estado que promueve, por medio de primas, la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables (en lo que ahora nos importa, la solar con tecnología fotovoltaica) discipline esta actividad de fomento del régimen especial haciendo respetar las condiciones a las que se sujeta la percepción de la prima. [...]Las Comunidades Autónomas, ya lo*

*hemos afirmado, no ostentan competencias en orden al régimen económico, esto es, al reconocimiento del derecho a la retribución en que consisten estas primas, ni a su gestión y liquidación. Sus atribuciones se limitan a las meras autorizaciones de funcionamiento de determinadas instalaciones de generación fotovoltaicas, lo que no prejuzga en un sentido o en otro cuál sea el régimen retributivo, más o menos favorable, al que se puedan acoger. [...]De hecho, el sistema de verificación implantado por el Real Decreto 1003/2010 no desencadena, en el peor de los casos para los afectados, la anulación de la autorización administrativa –competencia de las Comunidades Autónomas– de las instalaciones objeto de inspección, que pueden seguir funcionando en el mercado eléctrico de producción (artículo 5 in fine).*

*[...] el Real Decreto 1003/2010 no invade las competencias de las Comunidades Autónomas y se limita a ejercer las que corresponden al Estado sobre la liquidación de las primas correspondientes a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial”, FD Tercero.*

*[...]*

Con tal pronunciamiento, y con otros similares del Tribunal Supremo<sup>17</sup>, queda patente, pues, que la regulación de la liquidación de la prima es cuestión de competencia exclusivamente estatal, incardinada en el “régimen económico del sistema eléctrico”<sup>18</sup>.

En efecto, y de acuerdo con el artículo 3.1.b) de la Ley del Sector Eléctrico de 1997, corresponde al Estado “ *fijar el régimen económico de la retribución de la producción de energía eléctrica en régimen especial*”, y a las Comunidades Autónomas, de conformidad con los artículos 3.3.c) y 28, y en los términos indicados en dichos preceptos, el otorgamiento de las autorizaciones para instalaciones eléctricas de régimen especial, su construcción, explotación, modificación sustancial, transmisión y cierre. De hecho, el artículo 27.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, contenía indicación expresa acerca de la competencia de las Comunidades Autónomas en el otorgamiento de las instalaciones de producción de régimen especial.

A pesar de que la regulación contemplada en el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, fue altamente criticada por productores perjudicados en diversos recursos contencioso-administrativos planteados ante el mismo Tribunal Supremo<sup>19</sup>, aquélla encontró su punto

<sup>17</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011 y 8 de noviembre de 2011.

<sup>18</sup> “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables)”, por Íñigo del Guayo Castiella, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 156/2012, parte Legislación, Editorial Civitas, S.A., Pamplona, 2012.

<sup>19</sup> Sentencias de 8 de junio de 2011 (RJ 2011, 5154) (RCA 1/439/2.010), 8 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1079) (RCA 1/423/2.010), 23 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4222) (RCA 1/437/2.010), 1 de marzo de 2012

más controvertido con la promulgación del Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, que vino a suspender los procedimientos de preasignación de retribución y a suprimir los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica de régimen especial. La razón de ser de dicho cambio regulatorio se encuentra en el déficit tarifario del sistema eléctrico español, lo que ha llevado, desde el tratamiento de la corrección del señalado déficit tarifario (con el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre), hasta la supresión de las primas para las nuevas instalaciones de régimen especial (con el Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero). Ello ha supuesto que los nuevos inversores de instalaciones eléctricas de régimen especial hayan visto eliminadas las condiciones bajo las cuales realizaron sus inversiones<sup>20</sup>.

A pesar de la afectación derivada de las normas indicadas, y en palabras del Preámbulo del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, con dicho nuevo régimen económico tarifario no se pretende *“privar de eficacia a las autorizaciones administrativas autonómicas ya que éstas continúan habilitando a su titular para poder producir y para cobrar el precio de mercado que por tal producción corresponda”*. Y es que, como afirmaba la Sentencia de 27 de septiembre de 2012 antes referida, *“si a consecuencia de las actuaciones inspectoras se pusieran de manifiesto datos que pudieran afectar a la validez misma de las autorizaciones autonómicas ya otorgadas es algo que las correspondientes Administraciones de las Comunidades Autónomas habrán de resolver conforme a sus normas propias, pero en esta cuestión no interfiere el Real Decreto 1003/2010 (aun cuando, lógicamente, aquéllas puedan extraer sus propias conclusiones de los hechos constados a raíz de la aplicación de éste)”*.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, ha sido sustituida por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que ha eliminado los conceptos diferenciados de régimen ordinario y especial y ha llevado a cabo una regulación unificada aunque con consideraciones singulares que contempla en su articulado. Deja vigente las medidas del Real Decreto-Ley 1/2012, aunque abre la posibilidad de financiación del sistema por mecanismos financieros establecidos normativamente y por regímenes retributivos específicos para el fomento de la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, en casos tasados, y contempla el régimen de autorizaciones para nuevas puestas en funcionamiento referenciándolo a la Administración competente que, en nuestro ámbito territorial, es la Comunidad Autónoma de Andalucía conforme al artículo 12.2 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía.

---

(RJ 2012, 5367) (RCA 1/428/2.010), 30 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5160) (RCA 1/432/2.010) y 2 de julio de 2012 (RJ 2012, 7598) (RCA 1/435/2.010).

<sup>20</sup> “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante de energía renovables)”, por Íñigo del Guayo Castiella, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 156/2012, parte Legislación, Editorial Civitas, S.A., Pamplona, 2012.

### B) Reflexiones sobre la delimitación de la responsabilidad patrimonial.

Planteada así la situación, cabe preguntarse si es posible hablar de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de esos actos legislativos contenedores del ejercicio de la potestas variandi del marco retributivo de las energías renovables y, en íntima conexión con ello, si tal responsabilidad se predica también de una eventual y posterior anulación de las autorizaciones de funcionamiento de las industrias otorgadas por las Entidades Autonómicas con competencias para ello.

La respuesta pasa por el análisis de los requisitos generales consagrados en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (a partir del 2 de octubre de 2016, habrá que estar a los requisitos contemplados en el artículo 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, preceptos que, no obstante, y por lo que aquí tratamos, contienen el mismo elenco de requisitos de los mencionados artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), esto es:

1. Lesión sufrida por un particular en cualquiera de sus bienes y derechos.
2. El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. Relación de causalidad entre la actuación o funcionamiento de la Administración y el daño ocasionado al particular, es decir, que el daño alegado sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
4. El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.
5. Que no concurra causa de fuerza mayor.

Como ya tuvo ocasión de decir el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de octubre de 2007, con remisión a las de 25 de octubre de 2006 y de 20 de marzo de 2007, “[...] *nada impide al titular de la potestad reglamentaria variar disposiciones anteriores de igual nivel jerárquico para adaptarlas a las circunstancias que demandan las coyunturas políticas y económicas de cada momento. Una variación de esta índole podrá generar perjuicios en titulares de anteriores derechos, que cabría, en su caso indemnizar, pero no como consecuencia de la nulidad del acto o disposición, que es a lo que se refiere el artículo 71.1.d) de la Ley Jurisdiccional, sino como derivado de una responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal de los servicios públicos a través del procedimiento previsto para ello, pero que ningún caso es el presente, como veremos más adelante*”.

La cuestión de la acreditación del daño o perjuicio es, como se vislumbra en el pronunciamiento judicial anterior, elemento clave cuya justificación fehaciente, conforme a las reglas generales sobre carga de la prueba (artículo 6.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, para los procedimientos de responsabilidad patrimonial tramitados en el ámbito de

actuación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, vigente hasta el 2 de octubre de 2015 por aplicación de la derogación contenida en la disposición derogatoria única apartado 2 subapartado d), y conforme a las reglas de la disposición transitoria tercera, ambas de la Ley 39/2015, de 1 de octubre; artículo 67.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a partir del 2 de octubre de 2015 y superado el régimen transitorio que se acaba de señalar; y artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aplicable al orden contencioso-administrativo de acuerdo con el artículo 4 de la misma ley rituarial civil y con amparo igualmente en la disposición final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio), corresponde a quien se dice perjudicado. Ahora bien, aun pudiendo considerarse, al menos a priori, que esos daños serían fácilmente demostrables por el afectado<sup>21</sup>, la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo entraría en juego cuando se demuestre que el daño es efectivo y que va más allá de una mera expectativa de mantenimiento de un determinado régimen retributivo<sup>22</sup>.

Ahondando más en la cuestión, no puede desconocerse que, en todo caso, la condena por responsabilidad patrimonial de la Administración exige que el daño alegado deba ser antijurídico. El Tribunal Supremo es especialmente claro y contundente en este aspecto, al determinar que:

*“Si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión, dentro del marco de los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril, 19 de mayo y 19 de diciembre de 1989 (RJ 1989\2915 y RJ 1989\9867), entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público.*

---

<sup>21</sup> Piénsese, por ejemplo, en la aportación de informe de auditor de cuentas en el que se haga constar situación de déficit derivada de la cancelación de la prima, o en la presentación de documento de gastos de inversión acompañado de informe de inviabilidad de la empresa por falta de incentivo.

<sup>22</sup> “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables)”, por Íñigo del Guayo Castiella, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 156/2012, parte Legislación, Editorial Civitas, S.A., Pamplona, 2012.

*Por su parte, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987\37), 65/1987, de 21 de mayo (RTC 1987\65), 127/1987, de 16 de julio (RTC 1987\127), 170/1989, de 19 de octubre (RTC 1989\170), y 41 y 42/1990, de 5 de marzo (RTC 1990\41 y RTC 1990\42), tiene declarado, en síntesis, que no hay antijuridicidad ni, por tanto, derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las facultades innovatorias del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizatorias de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o configuración de un régimen jurídico anterior o se reestructuran sus sistemas de gestión»<sup>23</sup>. Y es que «sólo cuando la intensidad y especialidad del perjuicio o sacrificio causado por tales limitaciones, se convierte en singular para una persona en concreto, por verse ésta afectada de un modo excesivo y desigual en razón a la particularísima repercusión lesiva de la actividad administrativa de aplicación de la norma, en la esfera patrimonial de aquélla, deviene tal perjuicio o lesión antijurídica, e imputable a la Administración generadora del mismo»<sup>24</sup>.*

En cualquier caso, y a la vista de la Sentencia de 27 de septiembre de 2012 y de las varias que han resuelto casos similares al tratado en esa resolución judicial, y con factible extrapolación a las medidas del Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, parece claro que la responsabilidad principal de la revisión y de la eliminación tarifaria, de existir, habría de ser imputada al Estado, al ser éste el único ente competente en la regulación y en la fijación del régimen económico tarifario, con lo que cualquier reclamación de responsabilidad por tales circunstancias modificativas habría de dirigirse frente a la Administración estatal.

Cuestión distinta es que, como consecuencia de aquella revisión o de esa supresión, deba quedar sin efecto la autorización en su día otorgada sobre la instalación industrial por modificaciones sobrevenidas en las condiciones de la instalación. Ya se ha adelantado que la competencia para el otorgamiento de esas autorizaciones corresponde a las Comunidades Autónomas, en nuestro ámbito territorial a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en íntima consonancia con las competencias asumidas en el artículo 49.1 del Estatuto de Autonomía y con la cláusula residual del artículo 85.1.

Si nos remontamos al Preámbulo del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, parece que se deja a criterio de la Comunidad Autónoma la anulación de las autorizaciones otorgadas a las instalaciones si, tras las actuaciones inspectoras referidas en el Real Decreto, aparecieran datos que pudieran afectar a la validez de aquellas autorizaciones. La misma idea puede desprenderse, aun cuando no se indique expresamente, del Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, dentro, por supuesto, del ámbito de las decisiones adoptadas en el mismo en cuanto a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 5352). En similar sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7254) y de 7 de julio de 1997 (RJ 1997, 5636).

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9867).

y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica de régimen especial.

Sin embargo, no parece que tal posible anulación deba tener virtualidad alguna en un eventual procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por el productor o generador eléctrico o por el promotor de la instalación, por cuanto que, precisamente por la independencia de la que habla el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, cualquier posible responsabilidad patrimonial derivada de la supresión de la prima, con los fundamentos que se estimen pertinentes, no alcanzaría a una ulterior anulación de la autorización de funcionamiento, o del tipo que sea, que esté basada única y exclusivamente en la falta de mantenimiento de las condiciones en su día exigidas para el acceso a la autorización.

La misma idea resulta aplicable, como decimos, a eventuales reclamaciones de responsabilidad patrimonial por supresión de primas o por no establecimiento de las mismas contempladas en el Real Decreto-Ley 1/2012 y en la Ley 24/2013 en los términos que más arriba se han expuesto, en las que la Comunidad Autónoma no asume responsabilidad alguna aun cuando, por causa de la supresión de la prima, se produzca cualquier alteración que deba llevar a la pérdida de eficacia de la autorización de la instalación; y sin que a estos efectos la previa inscripción en el Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, cuya llevanza, en su ámbito compete a nuestra Comunidad Autónoma<sup>25</sup>, pueda amparar cualquier alegación sobre conculcación de la seguridad jurídica o del principio de confianza legítima, pues no puede considerarse que tal inscripción tenga eficacia constitutiva, sino meramente informativa y de publicidad, al tratarse tan sólo de un mero instrumento para el adecuado seguimiento del régimen especial, y, específicamente, para la gestión y control de las tarifas reguladas, las primas y los complementos<sup>26</sup>.

No es posible apreciar, pues, en tales casos, relación de causalidad directa entre la supresión de la prima y los perjuicios que se pudieran generar por la revocación de la autorización de instalación y funcionamiento derivada, o bien de una supervisión de las industrias afectadas, o bien de la mera pérdida de las condiciones de autorización.

La solución anterior permitiría, además, obviar la previsión contenida en el artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Responsabilidad Concurrente de Administraciones Públicas (desde el 2 de octubre de 2016, artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

---

<sup>25</sup> Véase, para instalaciones de producción de energía eléctrica con tecnología fotovoltaica, el Decreto 50/2008, de 19 de febrero, por el que se regulan los procedimientos administrativos referidos a las instalaciones de energía solar fotovoltaica emplazadas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 134/2014, de 25 de febrero (RJCA 2014\432). Véanse artículos 9 y 10 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, en relación con la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio.

## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## XIII. MINAS

Por M.<sup>a</sup> Dolores Pérez Pino

### 1. PLANTEAMIENTO

#### 1.1. **Ámbito competencial en materia de minas.**

Como se ha analizado en la parte general de este manual, en relación con los elementos subjetivos, las Comunidades Autónomas, pueden ser sujetos activos y pasivos y por tanto ostentan, legitimación, activa y pasiva para reclamar y ser reclamadas por presuntos daños en materia de responsabilidad patrimonial.

Pero es que además puede ocurrir que el daño tenga lugar o resulte imputable a varias Administraciones Públicas, bien, como señala el artículo 33 LRJSP, porque derive de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación bien porque se trate de supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño.

Y ello se debe principalmente al sistema de distribución de competencias en el Estado Autonómico.

En materia de minas, como ya señalaba la que suscribe, en la obra “Comentarios al Estatuto de Autonomía”<sup>1</sup>, la distribución de competencias en energía y minas no resulta baladí, en cuanto nos encontramos ante conceptos que por su esencia dificultan la labor del jurista al aplicar e interpretar el derecho. Y ello porque la energía y la minería lejos de considerarse conceptos jurídicos determinados, adolecen aún hoy día de una gran imprecisión. Ciertamente la doctrina alude a las expresiones Derecho Minero y Energético, en cuanto que se trata de disciplinas jurídicas reguladas por el Derecho Positivo, que si bien coadyuva a lograr un concepto unitario de los mismos, no alcanza a delimitar la verdadera realidad acotada por la minería y la energía.

La razón principal estriba, por un lado, en la indefinición de los subconceptos que integran sus contenidos, tales como dominio público minero, recursos minerales y energéticos, propiedad de suelo y subsuelo, etc, y por otro lado, en cuanto no nos encontramos ante compartimentos estancos, sino que las materias minera y energética despliegan su ámbito de aplicación más allá del propio, afectando asimismo, dentro de un mismo espacio físico a otras materias como ocurre por ejemplo con el medio ambiente, aguas, ordenación del territorio, seguridad, etc., lo que da lugar a que simultáneamente se ejerzan competencias por diversas Administraciones Públicas exigiendo a los efectos de su coordinación, una mayor concreción y definición.

Pero esa concurrencia de sujetos intervinientes, no tiene lugar exclusivamente por afectar a otras materias, sino que, dentro del mismo ámbito minero y energético, ostentan competencias tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, y en cada uno de los casos, además, de diferente grado, esto es, junto a competencias exclusivas se atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias de desarrollo legislativo o de ejecución, y al Estado las bases del régimen minero y energético, entre otras. Ello exige una labor de indagación continua en el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional, para determinar en base a qué título competencial se actúa en cada caso.

A lo anterior debemos añadir que los sectores minero y energético, están directamente relacionados con los principios de eficiencia, eficacia y seguridad, lo cuál demanda una mayor regulación e intervención de los mismos, a mayor abundamiento, cuando generan actividades que pueden ser calificadas de “riesgo”, y por tanto, potencialmente más daños.

Incluso a nivel europeo se ha adoptado una postura más proteccionista y tuitiva en las que a los Estados Miembros se les exige no sólo la adopción de medidas de seguridad sino la responsabilidad derivada de sus correspondientes títulos competenciales. Baste citar por ejemplo la Resolución de 5 de julio de 2001 del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión relativa a la seguridad de la minería: informe de seguimiento de los últimos accidentes ocurridos en el sector, las Directivas 2006/21/CE, de 15 marzo,

---

<sup>1</sup> Comentarios al Estatuto de Autonomía. Asociación de Letrados. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla 2008.

sobre gestión de residuos de industrias extractivas, 2006/12/CE de 5 de abril relativa a los residuos, la Directiva 2003/54/CE y la 96/92 CE sobre normas comunes en materia de generación, transmisión, y distribución de electricidad, el Dictamen de 6 marzo 2007, estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura, la Comunicación COM (2006) 105, de 8 de marzo, sobre el Libro Verde, estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura, etc.

En virtud de lo expuesto, observamos que frente a la indefinición de los conceptos minería y energía, la creación de posibles situaciones de riesgo que demandan mayor intervención, la concurrencia de diferentes sujetos intervinientes y la dispersión de los títulos competenciales en los articulados del Texto Constitucional y en los diferentes Estatutos de Autonomía, el legislador andaluz ha pretendido redefinir con mayor precisión el ámbito competencial que corresponde a cada uno de ellos, agrupando en un solo precepto todas las competencias, que en el marco del bloque de constitucionalidad, ostenta la Comunidad Autónoma andaluza sobre la energía y la minería como a continuación analizaremos.

Por lo que se refiere a minas, establece el artículo 49.2 del EAA, bajo la rúbrica “Energía y minas”.

*“Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la Constitución, la competencia sobre: a) Energía y minas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.25.<sup>a</sup> de la Constitución”.*

A lo que añade el apartado 5: *“Corresponde a la Comunidad Autónoma, como competencia compartida, la regulación y control de las minas y de los recursos mineros, así como las actividades extractivas, y las relativas a las instalaciones radiactivas de segunda y tercera categoría”.*

De la exégesis del precepto se colige que:

En primer lugar, en un solo precepto se recogen las competencias que la Comunidad Autónoma ostenta sobre energía y minas, y que en el anterior Estatuto de Autonomía o bien aparecían dispersas en diferentes artículos o ni tan siquiera se contemplaban, con las matizaciones a las que enseguida nos referiremos.

En segundo lugar, resulta llamativo que este precepto dedique la mayor parte de sus apartados a la materia energética mientras que a minas tan sólo se refiere puntualmente en un apartado y con carácter general en otro.

En tercer lugar, se distingue entre competencias compartidas, y competencias “de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la Constitución”.

Sentando lo anterior, vamos a intentar reflexionar acerca del mapa competencial que se dibuja en el nuevo Estatuto de Autonomía en materia de minas.

Primero. Con carácter general, hay que tener en cuenta que el artículo 149.1.25 de la Constitución, atribuye al Estado las “bases del régimen minero y energético” correspondiendo a la Comunidad Autónoma, en el marco de la regulación general del Estado, la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de dicha legislación básica, tal y como indicaba el anterior artículo 15.1.5.<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía, si bien que el actual precepto estatutario ya no cita expresamente que la competencia es de desarrollo legislativo y ejecución sobre el Régimen minero y energético, sino que tan sólo se cita que le corresponde la competencia.

Y tampoco se alude a “marco de la regulación general del Estado”, sino que le corresponde la competencia “de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y en los términos de los dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la Constitución”. Esta referencia expresa a dichos preceptos constitucionales responde a la concurrencia en esta materia de diversos títulos competenciales.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 223/2000 (Pleno), de 21 de septiembre, que reproduce la doctrina contenida en la STC 197/1996, de 28 de noviembre, recaída en relación con la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero:

*“A) De un lado, es cierto que en ocasiones este Tribunal ha señalado como criterio general a tener en cuenta en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales el de la prevalencia de la regla competencial específica sobre el de la más genérica (así, en SSTC 87/1987 [RTC 1987\87], FJ 2.º y 69/1988, FJ 4.º). Aunque también se ha dicho que «a este criterio no se le puede atribuir un valor absoluto» (STC 213/1988 [RTC 1988\213], FJ 3.º). Pues bien, respecto al supuesto aquí considerado no podría afirmarse con carácter general, y menos aun absoluto, que en un sector tan importante para el desarrollo de la actividad económica en general como el del petróleo –de ahí sin duda la concurrencia de una pluralidad de títulos competenciales–, las competencias específicas, por ejemplo, en materia energética, hayan de prevalecer necesariamente y en todo caso sobre las relativas a la planificación económica; y mucho menos que las primeras hayan de desplazar totalmente a las segundas. Las competencias de ordenación o dirección general de la economía –entre las que han de encuadrarse las relativas a planificación, de un lado, y, de otro, las de ordenación de concretos sectores económicos, entre los que se cuenta el energético y, dentro de éste, el subsector del petróleo– han de ejercerse conjunta y armónicamente, cada cual dentro de su respectivo ámbito material de actuación, que será preciso delimitar en cada caso. Convendrá recordar, en efecto, que este Tribunal ha declarado reiteradamente que dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobertura «las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o*

*medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (STC 95/1986, FJ 4.º y, en los mismos términos, STC 188/1989 [RTC 1989\188], FJ 4.º, con cita de las SSTC 152/1988 [RTC 1988\152] y 75/1989 [RTC 1989\79]). Doctrina aplicable con mayor razón a supuestos en los que existen, como en el presente, reservas competenciales expresas en favor del Estado tanto respecto de la actividad económica general (artículo 149.1.13 CE) como del específico sector energético (artículo 149.1.25 CE). Por lo que no es preciso efectuar esfuerzo interpretativo alguno para afirmar, respecto al presente supuesto, que de esa competencia estatal de dirección general de la economía a la que este Tribunal se ha referido forman parte, en cuanto la misma pueda recaer sobre el sector petrolero no sólo las genéricas competencias relativas a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, sino también las más específicas de ordenación del sector energético, referentes a las bases del régimen del mismo.*

*B) De otro lado, no obstante ser ello así será conveniente, en aras de una mayor clarificación del orden competencial constitucionalmente establecido, no tener por equivalentes o intercambiables el título genérico relativo a planificación económica y el específico referente a la ordenación de un sector aun en el supuesto en que ambos pertenezcan a un mismo titular, como aquí ocurre. Pues cuando se trata de reconocer o negar carácter básico a un concreto precepto legal, será preciso determinar en cada caso si éste opera realmente, por ejemplo, en el ámbito de la planificación económica, o bien, también por ejemplo, en el del régimen energético. Sin olvidar, finalmente, que la competencia estatal en cuanto a planificación económica ex artículo 149.1.13 CE –y en ello difiere de la relativa a régimen energético ex artículo 149.1.25 CE– no se agota en las bases, sino que comprende además la «coordinación» en tal materia”.*

Segundo. Por lo que se refiere en particular a las competencias en materia de minas, hay que tener en cuenta que hasta la fecha actual, el legislador estatal no ha hecho uso de la competencia exclusiva que le confiere el precepto constitucional sobre el régimen minero, no obstante se encuentran vigentes la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, la Ley 6/1977, de Fomento de la Minería y el Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, que si bien son normas preconstitucionales, pueden considerarse como normas básicas según la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, según la cual, aunque no hay legislación básica en ejercicio ulterior a lo dispuesto en el texto constitucional sobre régimen minero, la normativa anterior vigente debe ser respetada como bases normas básicas, entendidas como nociones materiales que se deduzcan racionalmente de ella, estén o no formuladas de forma expresa.

El administrativista D. Isidro de Arcenegui en su obra “Derecho Minero”, manifestaba: “lo dispuesto en el meritado artículo de la CE no queda limitado a fijar cuál es el contenido de la competencia atribuida al legislador estatal y, por extensión, cuales son las competencias de ejecución que corresponden a la Administración General del Estado, sino que además sus efectos se extienden:

- *de una parte, al ejercicio por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas de las competencias de desarrollo legislativo de las bases del régimen minero, si las tiene atribuidas, es decir de desarrollo de lo que constituye o constituya legislación básica o bases sobre la minería; y*
- *de otra, al ejercicio por parte de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas de las competencias legislativas propias o de desarrollo legislativo sobre materias ajenas a la minería que puedan incidir en el ámbito minero, como pudieran ser entre otras, la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y la legislación básica sobre protección del medio ambiente. Y ello sin olvidar las correlativas competencias de ejecución de las Administraciones autonómicas no sólo en materia minera, sino en las otras materias incidentes en ella”.*

Por otra parte, si bien es cierto, como hemos anticipado, que la voluntad del legislador ha sido la de recoger en un solo precepto dichas competencias, no podemos olvidar que la Comunidad Autónoma ostenta competencias exclusivas sobre las aguas minerales y termales, que constituyen recursos mineros de la Sección B).

A estos efectos debemos traer a colación que ya la interrelación de los títulos competenciales de la Comunidad Autónoma en materia de minería por un lado, y de aguas minerales y termales por otro, ha originado numerosos problemas en la práctica.

Y es que esta competencia legislativa plena sobre las aguas minerales y termales, encuentra sus límites precisamente en la competencia exclusiva que el artículo 149.1.25 de la Constitución, atribuye al Estado sobre las “bases del régimen minero y energético”.

Ello implica que en el ejercicio de sus competencias legislativas sobre “aguas minerales y termales”, las Comunidades Autónomas hayan encontrado límites en cuanto constituyen asimismo recursos de la Sección B). Límites que en la fecha actual ocasionan graves problemas de interpretación y regulación de su régimen jurídico.

Sin ánimo de descender a la exhaustividad de los supuestos que en la práctica se originan, simplemente nos preguntamos hasta dónde pueden llegar las Comunidades Autónomas al regular normativamente las aguas minerales y termales, cuando la parte más importante de su régimen jurídico, como es su aprovechamiento, se supedita por una ley preconstitucional a su “propiedad privada o pública”. Quizá en este ámbito debieran tenerse en cuenta, los criterios hermenéuticos de interpretación de las normas predicados en el artículo 3 del Código Civil, en cuanto a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.

Para finalizar con la competencia en materia de minería, sin perjuicio de los anteriormente expuesto, es destacable que el precepto estatutario haya incluido expresamente como competencia compartida la de la regulación y control de las minas y de los recursos mineros, actividades extractivas, y las relativas a instalaciones radiactivas de segundo y tercer grado.

A este respecto puede señalarse que el artículo 168 del Reglamento de Normas Básicas de Seguridad Minera establece que incumbe al Ministerio de Industria o Energía o al Órgano Autónomo correspondiente, en aquellas comunidades en que se hayan transferido las competencias en materia de minas, las funciones de inspección y vigilancia relativas al cumplimiento de dicho Reglamento.

En el caso de la Junta de Andalucía, el traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de industria, energía y minas se llevó a cabo en virtud del Real Decreto 4164/1982, de 29 de diciembre, en cuyo Anexo B) se establecen las competencias y funciones que asume la Comunidad Autónoma, refiriéndose el apartado III a la minería, estableciéndose, a efectos de transferencia de servicios, la competencia exclusiva de la Junta de Andalucía, entre otras materias, en: e) “Atribuciones relativas a la autorización, inspección y vigilancia de los trabajos de explotación, investigación, exploración y beneficio de minerales y facultades técnicas correspondientes, incluida su aplicación a otros usos. Igualmente la potestad sancionadora y declaración de caducidad”.

## **1.2. Supuestos que podrían dar lugar a responsabilidad patrimonial.**

Pues bien, en ejercicio de las competencias que en materia de minas tiene atribuida la Comunidad Autónoma, puede exigírsele responsabilidad por la producción de daños derivados de:

- Actos administrativos, bien, porque tenga carácter desfavorable para el interesado, bien porque posteriormente resulte anulado, en su doble vertiente de acto administrativo favorable o denegatorio.
- Inactividad, que puede consistir en falta de resolución expresa de una solicitud de concesión, o en falta de adopción de medidas de vigilancia y control.

## **2. SUPUESTOS FRECUENTES CON LA JURISPRUDENCIA APLICABLE**

### **2.1. Responsabilidad patrimonial por daños derivados de actos administrativos:**

a) Acto administrativo desfavorable:

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2011, analiza el caso de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante la Consejería de Industria, Transportes, Comunicaciones y Turismo de Cantabria por los daños sufridos como consecuencia de la denegación de la explotación de la concesión minera por motivos medioambientales.

Señala en el Fundamento Décimo:

*“En esa misma línea reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, Recurso casación 2052/2003 con cita de otras anteriores), manifiesta que la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.*

*La recurrente insiste en la existencia de nexo causal entre la pérdida de la concesión a raíz de la denegación o prohibición de la explotación de la turba en la concesión minera con cita de jurisprudencia que reputa aplicable.*

*Mas independientemente de tal nexo falta que el daño fuere antijurídico por lo que la recurrente no tendría el deber jurídico de soportar el daño. La mera titularidad de una concesión minera cuya explotación no prospera para proteger el medio ambiente no comporta por sí sola la existencia de daño antijurídico. Deben analizarse las circunstancias concretas tal cual acontece respecto daños causados por actuaciones administrativas luego anuladas máxime cuando aquí nos enfrentamos a un procedimiento de autorización complejo en razón de las distintas fases a superar.*

*Debemos dejar sentado ya que no resulta extrapolable al caso de autos el contenido de la Sentencia de 11 de febrero de 1995, Recurso casación 1619/1992, ya que allí la empresa recurrente era titular de un Plan General de Explotación definitivamente aprobado con unos derechos adquiridos con expectativas reales de contenido económico, mientras aquí independientemente de que la sociedad recurrente fuera titular de una concesión minera sobre unos terrenos en régimen de ocupación temporal no había completado las exigencias legales obteniendo la autorización para la explotación.*

*Si, en cambio, resulta oportuno reproducir el FJ Sexto b) de la Sentencia de 2 de junio de 2010, Recurso de casación 4124/2007, de la Sección Tercera de esta Sala denegando una pretensión indemnizatoria aparejada a una denegación de explotación minera en razón de la existencia de una declaración de impacto ambiental que concluyó no resultaba conveniente la explotación al hallarse el espacio incluido dentro de un Parque Natural así reconocido por norma autonómica”.*

Y añade el Tribunal:

*“[...] Si no hemos considerado hasta este momento nula la resolución administrativa denegatoria de la concesión minera, mal podemos reconocer una indemnización que la propia recurrente hace derivar precisamente de que la resolución sea nula.*

*Por lo demás, la mera presentación de una solicitud de concesión minera no atribuye a sus signatarios el derecho a ser indemnizados caso de que no se acceda a ella, aun cuando se hayan beneficiado de un permiso de investigación previo. Carecen de fundamento, pues, las consideraciones de la recurrente sobre el resarcimiento de los gastos inherentes a este permiso. Y, desde luego, tampoco es indemnizable el*

*lucro cesante que calcula (752 millones de pesetas) por no percibir en los próximos 30 años los beneficios derivados de la venta del feldespato sódico. Según ya hemos expuesto, el presupuesto para un eventual análisis de esta partida indemnizatoria sería que la denegación de la concesión minera se hubiera declarado nula, lo que no ha sucedido.*

*Por último hemos de recordar la doctrina de esta Sala y Sección (Sentencias de 9 de abril de 2010, Recurso de casación 1970/2008, 3 y 26 de mayo de 2010, Recursos de casación 3523/2008 y 3441/2008, de 19 de julio de 2011, Recurso de casación 4912/2007), sobre que resulta indiscutible que la responsabilidad patrimonial de la Administración garantizada en el artículo 106.2 de la Constitución y desarrollada en la LRJAPAC bajo los principios antedichos establecidos por el legislador no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos por no haber utilizado los cauces legalmente establecidos”.*

En esta misma línea podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2010, Fundamento Sexto, según la cual:

*“Por lo demás, la mera presentación de una solicitud de concesión minera no atribuye a sus signatarios el derecho a ser indemnizados caso de que no se acceda a ella, aun cuando se hayan beneficiado de un permiso de investigación previo. Carecen de fundamento, pues, las consideraciones de la recurrente sobre el resarcimiento de los gastos inherentes a este permiso. Y, desde luego, tampoco es indemnizable el lucro cesante que calcula (752 millones de pesetas) por no percibir en los próximos 30 años los beneficios derivados de la venta del feldespato sódico. Según ya hemos expuesto, el presupuesto para un eventual análisis de esta partida indemnizatoria sería que la denegación de la concesión minera se hubiera declarado nula, lo que no ha sucedido”.*

También se han formulado reclamaciones de responsabilidad patrimonial en relación con “daños” sufridos como consecuencia de la declaración de caducidad de derechos mineros. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010, estima el recurso de casación interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, llegando a las siguientes conclusiones:

*“Como primera, que carece de todo fundamento la afirmación que la actora hizo en la reclamación administrativa y en el escrito de demanda de que en el año 1993, de no haber mediado las resoluciones administrativas anuladas en la Sentencia de 14 de febrero de 1998, habría concluido con resolución favorable su solicitud de CDE y hubiera entrado en aquel año en la explotación del yacimiento. Su prolongada inactividad desde junio de 1990 en el cumplimiento de su obligación de presentar un Plan de Restauración que pudiera ser aceptado por la Administración, es demostración más que suficiente de esa carencia absoluta de fundamento de esa tesis de partida de su reclamación y demanda.*

*Y como segunda, que no sólo no obtuvo nunca un derecho consolidado a la explotación del yacimiento, sino que, además, tampoco cabe afirmar con la certeza que exigiría el acogimiento de su pretensión, que llegara a ostentar en momento alguno una expectativa cierta y segura a ello, y sí sólo, y a lo sumo, una expectativa remota, meramente posible, insegura, dudosa o contingente. Aquella prolongada inactividad en el cumplimiento de su obligación antes citada, de la que no cabe derivar certezas sobre el tiempo que realmente hubiera seguido prolongándose. La referencia que ya hacía en su escrito de 26 de mayo de 1993 a la paralización del expediente por actuaciones de diferentes Administraciones en razón a motivos de medio ambiente, y su anómala solicitud de que se retrotrajera al inicio de las actuaciones, es decir, a un año, 1988, en que ningún obstáculo medioambiental parecía haber aflorado. La incertidumbre, que no vemos decididamente despejada, sobre la incidencia real entre los años 1990 y 1999 de las Normas Subsidiarias de La Oliva para poder obtener las licencias y autorizaciones necesarias para llevar a cabo la explotación pretendida, unida a la eficacia jurídica de los hipotéticos actos administrativos firmes anteriores a la Sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 1999, derivada de lo que dispone el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción. Y la prohibición surgida con toda rotundidad en agosto de 2001 de toda actividad extractiva en la zona, son razones más que suficientes para no calificar aquella expectativa como cierta y segura, y sí, sólo, como remota, y para aplicar, en definitiva, el criterio de interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico expuesto para casos como el de autos en nuestra Sentencia de 11 de febrero de 1995, desestimando, pues, la pretensión de indemnización por el concepto de lucro cesante, única deducida en el proceso”.*

Otro supuesto que resulta bastante interesante es el que resuelve la Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 26 de marzo de 2008, en relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de una resolución administrativa que denegaba la toma de razón de una transmisión de derechos mineros en cuanto requería autorización administrativa de conformidad con lo establecido en la Ley de Minas.

El Tribunal desestima el recurso contencioso, en la medida en la que el acto administrativo determinante de la situación controvertida, no era firme: *“Quiere esto decir que mientras tal acto no sea declarado nulo, no existe daño indemnizable”.*

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003, en relación con una reclamación de responsabilidad por daños y perjuicios por lucro cesante derivados de una resolución que condicionaba la ejecución del proyecto de instalación de maquinaria y electrificación a la exigencia de tener los cabrestantes que transporten personal homologados, concluye en el Fundamento Tercero, que no cabría establecer relación de causalidad alguna entre el pronunciamiento administrativo y el lucro cesante derivado de la inaccesibilidad al pozo en tanto no fueran instalados los cabrestantes exigidos:

*“los actos administrativos no pudieron causar una lesión antijurídica que el solicitante de la aprobación del proyecto no tuviese deber jurídico de soportar, antes al contrario*

*son resoluciones dictadas con arreglo a Derecho, cuyo cumplimiento no pudo generar daño alguno imputable a la Administración, debiendo encontrarse el origen de los perjuicios que, en su caso, se hubieran causado, en causas ajenas al funcionamiento de la Administración”.*

b) Anulación de acto administrativo favorable.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1997, concluye la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Consejería de Industria y Energía de la Generalidad de Cataluña en cuanto no ha existido funcionamiento anormal de la Administración autonómica ni se ha producido un supuesto de lesión indemnizable en los términos previstos por los artículos 106.2 CE, 40.1 LRJAE y 121 y 122 LEP.

Para justificar tal conclusión precisa que la concesión otorgada a la apelante fue objeto de aquella doble alzada antes de que adquiriera carácter definitivo (en otro caso los recursos habrían sido declarados extemporáneos), esto es, antes de que pudieran considerarse adquiridos los derechos a llevar a cabo la explotación en los términos en que la resolución recurrida en alzada reconocía. Las alegaciones de los recurrentes hicieron advertir a la Administración, de un lado, el carácter preceptivo y vinculante que tenía el informe de la Dirección General de Política Territorial, que había sido emitido el 5 de diciembre de 1984, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 6 de la Ley del Parlamento de Cataluña 12/1981, de 24 de diciembre, y en el artículo 5 del Decreto 343/1983, de 15 de julio, y de otro, la circunstancia de que el Plan General de Ordenación Urbana de Vilafranca del Penedés y el denominado Plan Especial “Casal 2000” preveían en la zona de la cantera la creación de un parque público y un subsector para equipamiento deportivo.

La Consejería competente para resolver los recursos de alzada, actuando como dice el artículo 103.1 de la CE, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, estimó parcialmente los recursos y, acogiendo e incorporando el informe antes citado, delimitó con precisión el área de extracción en que habría de aplicarse el plan de restauración llevando su contenido a la condición octava del clausulado de la concesión.

En este sentido señala el Tribunal Supremo que tal resolución no supuso más que aplicación de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y por ello la recurrente tiene el deber jurídico de soportar la limitación que se le impone y que, a la vista del desarrollo cronológico de la actuación administrativa, no puede considerarse como restrictiva o limitadora de derechos que ya tuviera reconocidos con anterioridad por la Administración recurrida. No hay funcionamiento anormal ni menos aún desviación de poder, alegación ésta que dedujo en la instancia, que la Sentencia no consideró ni rechazó expresamente y sobre la que esta Sala entiende procedente pronunciarse para evitar que quede sin contestación, aunque no haya sido reiterada tal alegación en el recurso de apelación.

Pero además señala que el perjuicio en que se basa la pretensión indemnizatoria no tiene origen en una lesión ya causada por la Administración sino en la que en el futuro podría producirse si las previsiones contenidas en aquellos planes de ordenación urbana llegaran a limitar una parte de los derechos que la concesión –antes de la incorporación del contenido de tal citado informe– reconocía. Como se ve, se invoca una situación que todavía no se ha producido y que no se sabe si se va a producir alguna vez. En tales circunstancias, no hay lesión indemnizable.

c) Anulación de acto administrativo desfavorable.

Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño (Sentencias 05-02-96 [RJ 1996, 987], 04-11-97 [RJ 1997, 8203], 10-03-98 [RJ 1998, 2661], 29-10-98 [RJ 1998, 9519], 16-09-99 [RJ 1999, 7746] y 13-01-00 [RJ 2000, 659]).

En la STS de 5 de junio de 2007, partiendo de dicha doctrina jurisprudencial, se aduce en el recurso de casación, que la Administración no ha actuado al dictar la resolución denegatoria de la ampliación de la explotación minera dentro de los márgenes razonados y razonables exigidos conforme a dicha jurisprudencia.

Tras citar la normativa de aplicación, señala en el Fundamento Tercero que:

*“Se desprende de tales previsiones legales, que la explotación de los referidos recursos de la Sección A), no se produce por la sola titularidad sobre el terreno sino que queda sujeta a la tramitación del correspondiente expediente, en el que la Administración ha de valorar las circunstancias concurrentes, con especial consideración de la restauración del medio ambiente, en el ejercicio del control administrativo que la potestad de autorización supone, al que queda sujeto el interesado que ha de soportar los efectos, siempre que ese ejercicio se produzca en términos ponderados y justificados o, como señala la jurisprudencia antes citada, dentro de márgenes razonados o razonables.*

*Por todo ello y sin perjuicio de la disconformidad a Derecho de la resolución administrativa, que ha sido apreciada por la propia Sala de instancia en la referida Sentencia de 3 de noviembre de 1993, tal decisión administrativa se produce y responde al ejercicio de las facultades legales dentro de los márgenes razonados y razonables a que se refiere la jurisprudencia antes citada, de manera que el interesado queda sujeto a tal ejercicio y ha de soportar las consecuencias aún lesivas del mismo, por lo que no cabe hablar de daño antijurídico ni, en consecuencia, de responsabilidad patrimonial de la Administración.*

*En conclusión, las alegaciones formuladas en este motivo de casación no desvirtúan la valoración efectuada por la Sala de instancia en el sentido de que la Administración al adoptar la resolución anulada, integrando el concepto jurídico indeterminado señalado, se ha mantenido dentro de los márgenes razonados y razonables que exige la jurisprudencia para entender que desaparece el carácter antijurídico del daño o lesión, faltando así ese requisito exigido para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial”.*

## **2.2. Responsabilidad patrimonial por daños derivados de la inactividad de la Administración:**

a) Por falta de resolución expresa de una solicitud de concesión.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012, aborda el caso de una reclamación de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por la inactividad de la Administración en orden a resolver la solicitud de otorgamiento de una demasía a concesión minera.

Dice el Tribunal en el Fundamento Sexto que:

*“[...] Aquí bajo el argumento de que se combate la inactividad administrativa autonómica respecto a la explotación de «Demasía San José» en realidad se ataca el razonamiento de la Sentencia acerca de que el «dies a quo» para reclamar ha de computarse desde que se aprobaron en 1991 las NNSS que prohibía nuevas explotaciones mineras en el suelo donde se localizaba la antedicha Demasía San José. Tal es la razón de decidir de la sentencia que esta Sala reputa ajustada a derecho.*

*Ha de tenerse presente que como recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 29 de octubre de 2010, Recurso de casación 5191/2008, «ha de sostenerse hoy que las actividades extractivas están obligadas a someterse al control de las autoridades urbanísticas municipales y al que derive de las determinaciones propias de la ordenación territorial. Así, y en este sentido, son representativas las Sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 27 de julio de 1994, 17 de julio de 1995, 17 de enero de 1997 y 17 de noviembre de 1998».*

*Y respecto a tal hecho la Sala de instancia realiza un aserto contundente y absolutamente ajustado a la norma en razón de lo anteriormente manifestado en sentencia firme de la propia Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimando la pretensión indemnizatoria dirigida contra el Ayuntamiento de San Martín de la Vega. Es indiscutible que la existencia de una Demasía solicitada pero no concedida no genera derechos indemnizatorios”.*

b) Por falta de adopción de medidas de vigilancia y control.

Resultan en este apartado paradigmáticas las resoluciones judiciales dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que resuelven las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por varios propietarios de fincas afectadas por la de riada tóxica producida por rotura de balsa de decantación de residuos de la mina ubicada en el término municipal de Aznalcóllar, de cuya concesión era titular otra mercantil, Boliden-Apirsa, S.L. Vid SSAN de 28 de septiembre de 2005, 11 de enero de 2006 y 16 de junio de 2009, SSTS de 21 de abril de 2010 y 29 de septiembre de 2010.

De un lado, en cuanto nos encontramos ante un supuesto de concurrencia de Administraciones Públicas con un tercero, ya que se reclama de forma solidaria a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, la Junta de Andalucía y la entidad “Boliden-Apiersa, S.L.”, y de otro, en la medida en la que se imputa una responsabilidad “in omitendo”, tanto a la Administración General del Estado, en materia de control y protección del dominio público hidráulico como a la Administración de la Junta de Andalucía, en materia de funciones de vigilancia y control.

Respecto a la primera cuestión relativa al ámbito competencial, señalan las Sentencias judiciales que:

En cuanto a la Administración estatal, al no haberse producido el traspaso de funciones y servicios de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir a la Comunidad Autónoma, tiene competencias directas en materia de Dominio Público Hidráulico según el artículo 21.b) la Ley de Aguas y artículo 9 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

No obstante, lo que se plantea la Audiencia Nacional es quién ostenta competencias sobre las balsas de residuos, en la medida en la que *“No se cuestiona que dicha riada tuvo su origen en la rotura de la balsa de decantación de residuos de la mina ubicada en el término municipal de Aznalcóllar (Sevilla) de cuya concesión era titular la empresa Bolidén-Apirsa S.L. hoy en liquidación”*.

Tras recordar el contenido del informe emitido por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir que dice que la balsa de Aznalcóllar, por su “tipología, método constructivo, contenido, ubicación fuera del dominio público hidráulico, ausencia de elementos de desagües frente a avenidas o para afrontar desembalses rápidos, se clasifica claramente como depósito de residuos, balsa o dique de estériles” [...], analiza cuál sería la normativa de aplicación a estas balsas y concluye que incumbe al Ministerio de Industria o Energía o al Órgano Autonómico correspondiente, en aquellas comunidades en que se hayan transferido las competencias en materia de minas, las funciones de inspección y vigilancia relativas al cumplimiento de dicho Reglamento.

Habiéndose producido el traspaso de funciones y servicios del Estado a la Junta de Andalucía en materia de industria, energía y minas en virtud del Real Decreto 4164/1982, de

29 de diciembre, concluye que la competencia administrativa sobre la citada balsa recaía sobre la Administración autonómica no sobre la Administración General del Estado.

En cuanto a lo segundo, señala la AN en el Fundamento Quinto que:

“En definitiva y para lo que aquí interesa, lo determinante para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en este proceso no es si los funcionarios intervinientes de la Junta de Andalucía actuaron con diligencia o negligencia, cuestión ya resuelta en los Autos dictados en la jurisdicción penal, sino si, haciendo abstracción de aquella circunstancia, la producción de daños en la finca de la actora le es imputable a dicha Administración por ser consecuencia de la no actuación de sus diversos servicios con competencias en las materias que con tanta profusión se destaca en la demanda, siempre que se alcance la conclusión de que si éstos hubieran actuado de otra manera dichos daños no se hubieran producido”.

De lo anterior surge, como primera cuestión, que no estamos hablando propiamente, en el sentido positivo de acción, de un funcionamiento normal o anormal de un servicio público sino, precisamente, de su no funcionamiento, de su omisión.

Y para que una omisión pueda ser calificada como funcionamiento anormal de la Administración y convertirse en un elemento determinante de su responsabilidad es preciso que exista en la situación concreta el deber de actuar. La segunda cuestión, una vez sentada la anterior, es que la omisión debe ser causa del resultado. Entre la omisión y el resultado lesivo producido en el bien jurídico debe existir un nexo causal.

*“Pues bien en este caso, aún cuando admitiéramos, dice la Sala, que se ha producido la infracción de un deber de actuar por parte de la Junta de Andalucía, o una dejación en el ejercicio de sus funciones en el proceso de redacción de los proyectos, de construcción de la balsa o de la inspección de la misma, o incluso que su seguimiento no hubiera sido correcto, es preciso dar un paso más: la inactividad debe ser causa principal, accesoria o concurrente en la producción del resultado dañoso. Y este nexo causal no ha sido probado en absoluto.*

*Los informes periciales ponen todos ellos de manifiesto que en la elaboración del proyecto, inicial y de recrecimiento, de la balsa y el control de la misma se realizó según la práctica geotécnica convencional o habitual, esto es siguiendo los estándares exigibles con arreglo a los conocimientos técnicos en el momento en que se produjeron, y que sólo la aplicación de la mejor técnica o ciencia conocida hubiera posiblemente identificado los fenómenos más significativos que condujeron a la rotura del dique. Así lo dijeron los peritos judiciales en el proceso penal seguido por estos hechos”.*

A la Administración, en su estricta función de vigilancia y control en un supuesto como el examinado, sobre el que no tiene responsabilidad directa, a diferencia del titular de la explotación minera, no le es exigible un estándar de actuación superior al que podemos

calificar como ordinario y habitual para casos semejantes. Y con arreglo a dicho estándar la Administración –la Junta de Andalucía en este caso– con su intervención no hubiera evitado el daño pues desde esa perspectiva, tal y como señalaron los peritos, ninguna irregularidad se produjo y solo la mejor técnica o ciencia conocida hubiera posiblemente identificado los fenómenos que condujeron a la rotura.

Si falta el nexo causal no puede declararse la responsabilidad patrimonial de la Junta de Andalucía por el simple hecho de que preste un determinado servicio público u ostente determinadas competencias administrativas, ya que, si así se hiciera, se convertiría ésta, como Administración, en aseguradora universal de todos los riesgos, transformando al Estado en un sistema providencialista, lo que en modo alguno es pretendido en nuestro ordenamiento jurídico al articular el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, según ya hemos expresado en esta Sentencia.

La Sentencia de 15 de abril de 2009 (Recurso 291/2007), que además basa su pronunciamiento desestimatoria en el siguiente argumento, también plenamente trasladable al supuesto litigioso:

*“La finca [...] afectada por los vertidos de lodos tóxicos provenientes de las minas de Aznalcóllar y propiedad en aquellos momentos de la actora, le fue expropiada por la Junta de Andalucía, fijándose el correspondiente justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación, justiprecio que fue confirmado en Sentencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Bien es verdad que dicho justiprecio no incluía el valor de la finca antes de los vertidos tóxicos, pero lo cierto es que la Junta de Andalucía arbitró con carácter previo a la expropiación un procedimiento para la adquisición voluntaria de las propiedades afectadas por el vertido pagándolas con arreglo a los precios de mercado de propiedades equivalentes no contaminadas. Por tanto, la Administración demandada había arbitrado mecanismos para evitar la producción de daños a particulares derivados del vertido, subrogándose en sus derechos –tras la adquisición de sus fincas– frente a la que había sido declarada responsable de los mismos en sede administrativa (Boliden-Apirsa, S.L.) por parte del Consejo de Ministros como ya hemos visto”.*

Es por ello difícilmente aceptable también por este motivo una derivación de responsabilidad a la Administración autonómica por cuanto ésta ofreció la posibilidad –de voluntaria aceptación ciertamente– de obtener una reparación de los daños producidos negligentemente por un tercero cuya responsabilidad ha sido ya declarada por el TS en su Sentencia de 22 de noviembre de 2004.

Es, por tanto, plenamente conforme a Derecho la decisión administrativa de negar la responsabilidad patrimonial en el caso de autos en lo que se refiere a la Junta de Andalucía.

Finalmente, respecto a la responsabilidad civil extracontractual de la empresa Boliden-Arpsa S.L., indica la AN:

*“Ciertamente su responsabilidad en la causación de los daños ha sido declarada por el propio Tribunal Supremo. Nada puede añadir al respecto esta Sala.*

*Sin embargo, la acción civil por responsabilidad extracontractual ejercida por la actora contra dicha compañía no lo fue hasta el día 11 de julio de 2003, fecha de la presentación de su escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, cuando pudo ejercer dicha acción a partir de la fecha del Auto de 16 de noviembre de 2001 de la Audiencia Provincial de Sevilla que ponía término al procedimiento penal. Por tanto desde que pudo ejercer la acción civil de responsabilidad civil extracontractual hasta el momento en que lo hizo de forma efectiva transcurrió un plazo superior al año señalado para la prescripción de dichas acciones en el artículo 1.968.2 del Código Civil, sin que dicho plazo deba entenderse interrumpido por la presentación de una reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial.*

*Según lo expuesto la alegada prescripción de la acción civil de responsabilidad extracontractual ejercida en este proceso frente a Boliden-Apirsa, S.L., debe ser acogida.*

*Considera esta Sala, por tanto, también en el presente supuesto y conforme a los antecedentes y razonamientos expuestos, que no ha quedado acreditada la existencia de un anormal funcionamiento de los servicios públicos dependientes de la Administración, y que tal deficiencia fuera la causa de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende, por lo que en definitiva, y al no constar perjuicio alguno imputable a la actuación administrativa y que conforme a lo previsto en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), pueda generar el derecho al resarcimiento pretendido, la demanda ha de ser desestimada”.*



## Capítulo IV.

# ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIAS DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (continuación)

## XIV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA DE EMPLEO

Por Francisco Montes Worboys

### 1. ÁMBITO COMPETENCIAL Y PARTICULARIDADES PROCEDIMENTALES

#### 1.1. Ámbito competencial.

Como punto de partida y a fin de delimitar adecuadamente el ámbito del presente estudio, debe tenerse en cuenta que la Constitución Española no reconoce de forma expresa el concepto de “empleo”, sino el de legislación laboral, al establecer el artículo 149.1.7.<sup>ª</sup> CE que el Estado tiene competencias exclusivas sobre la “*Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas*”; concepto, en cambio, que si se reconoce en nuestro Estatuto de Autonomía del año 2007. En efecto, las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de empleo se contienen, fundamentalmente, en el artículo 63 del Estatuto de Autonomía para Andalucía cuya rúbrica es “*Empleo, relaciones laborales y seguridad social*”. Se trata, como señala algún autor<sup>1</sup>, del precepto nuclear de la materia competencia laboral; pero no es el único, dado que otros aspectos relativos a este ámbito también aparecen diseminados en otros preceptos del

---

<sup>1</sup> MOLINA NAVARRETE: pp. 1.044 y ss. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, coord. Javier Pardo Falcón.

Estatuto. Esta dispersión puede dificultar el estudio de la materia desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial.

Y es que ciertamente, como también explica Lamela Cabrera<sup>2</sup>, la principal dificultad que puede encontrarse en el estudio de las competencias ostentadas por la CAA en materia de empleo se corresponde con el carácter horizontal, o incluso transversal de las mismas; el concepto jurídico y económico de *empleo* se configura como un concepto más amplio que el de trabajo y relaciones laborales. Nos hallamos, en cualquier caso, ante una competencia estrictamente ejecutiva y en ese ámbito se ha desarrollado tradicionalmente la exigencia de responsabilidad administrativa.

Como se dirá, una de las funciones más relevantes que ha desempeñado la Administración Pública y, a los efectos que ahora nos interesa de posibles reclamaciones por defectuosa prestación del servicio público, ha sido la de actuación como *autoridad laboral*. En este contexto, la Administración General del Estado y la Junta de Andalucía, dependiendo generalmente del ámbito de incidencia infra o supra comunitario, han venido autorizando previamente o denegando a las peticiones de los empresarios de extinción o la suspensión colectiva de los contratos por causas técnicas, organizativas, productivas, económicas o de fuerza mayor, o aprobando la extinción de la personalidad jurídica de la empresa o los traslados colectivos (artículos 45, 47, 49 o 51 del Estatuto de los Trabajadores; Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, posteriormente derogado y sustituido por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo y de Suspensión de Contratos y Reducción de Jornada).

Este grado de intervención administrativa autorizatoria que iba más allá del régimen seguido en otros países de la Unión Europea, no resultaba obligado por la transposición de la Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio, y en gran medida se ha diluido en la actualidad.

Por un lado, porque de conformidad con la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (vid. artículo 8) corresponde a los jueces de lo mercantil el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado (lo que tiene lugar en gran parte de los casos), así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección. Por otro y principalmente, porque con la reforma laboral del año 2012, operada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, la autorización administrativa previa se sustituye por la mera comunicación a la autoridad laboral, tras el periodo de consultas.

---

<sup>2</sup> LAMELA CABRERA: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, IAAP.

Otra función importante de la autoridad laboral y que ha generado reclamaciones indemnizatorias, ha sido la desarrollada en relación con las huelgas, que no precisa autorización administrativa ex Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, pero en la que la Administración autonómica andaluza sí puede acordar la reanudación de la actividad laboral y medidas para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, excepción de la determinación de servicios mínimos en el supuesto de personal laboral o estatutario de empresas, entidades o instituciones públicas o privadas que presten un servicio esencial relacionado con una competencia estatal. Así como, de igual modo, por inadecuada ejecución de la función de vigilancia en las labores de autoridad en materia de prevención de riesgos laborales, seguridad, salud e higiene en el trabajo.

Frente a esta tradicional actuación administrativa autorizatoria o de supervisión propia de la denominada *autoridad laboral*, en los últimos tiempos gran parte de la actividad de las Administraciones Públicas con competencias en la materia de empleo, y –en especial– la Junta de Andalucía, se ha desplegado en el ámbito de las denominadas políticas activas de empleo, de fomento, promoción y desarrollo. Estas políticas activas, que incluyen la formación de desempleados y ocupados, la intermediación laboral y el fomento de empleo están siendo, cada vez más, fuente de supuestos generadores de responsabilidad patrimonial. Como se verá, en los últimos años comienzan a reproducirse los pronunciamientos judiciales relacionados de alguna forma con el otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas, bien por producirse un retraso en el pago de incentivos que han exigido la anticipación por parte del beneficiario de algún gasto o inversión o, incluso, por la anulación administrativa o judicial del acto de otorgamiento.

Se detecta, en conclusión, una evolución en la tendencia de reclamaciones frente a la Administración laboral, que ha pasado de cuestionarse la incorrecta prestación de una función de policía a la de defectuosa prestación de las funciones o políticas de fomento.

En otro orden y con menor relevancia jurídica, también puede encontrarse alguna reclamación derivada de la gestión de los programas de tiempo libre. Sin perjuicio de alguna demanda extraordinaria ejercitada por cierto Sindicato por la anulación de la normativa reguladora de la participación sindical en la gestión de los procesos de adjudicación de las plazas disponibles (cfr. STS de 25 de febrero de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), lo cierto es que la mayoría de las peticiones de reclamación por la prestación de ese singular servicio, antes enfocado exclusivamente a los trabajadores y ya abierto a la ciudadanía en general, han venido motivadas por los daños causados en personas o bienes como consecuencia de la utilización de las instalaciones. Como supuesto curioso, puede citarse el de diversas reclamaciones formuladas frente a la Junta de Andalucía por daños en vehículos aparcados en el exterior de la Residencia de Tiempo Libre de Pradollano, al caerse la nieve acumulada en los tejados.

En el ámbito de las actividades públicas prestadas por el Servicio Andaluz de Empleo en la extensa red de oficinas de que dispone en todo el territorio autonómico, muchas han sido también las reclamaciones por daños personales y materiales padecidos por los usuarios

del sistema; fundamentalmente por caídas en escaleras o tropiezos con puertas o mamparas. Si bien se trata de supuestos que no revisten singularidad especial y, por ende, no centrarán nuestra atención.

Las relaciones pura o más estrictamente *laborales* en sus vertientes individuales y colectivas; es decir, las derivadas de la condición de la Junta de Andalucía como “empleadora” y en relación con el personal a su servicio, también han generado muchos casos de reclamaciones (anulación de concursos de méritos, traslados, etc.); aunque, en este ámbito, las competencias corresponden a la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública) y serán objeto de análisis en el capítulo de esta obra dedicado a la Administración y Función Pública, por ello nos limitaremos a realizar alguna sucinta mención a ciertas reclamaciones causadas por la gestión del servicio público de empleo.

Por último, en materia de Seguridad Social, el artículo 63.3 EAA se limita a declarar que *“corresponden a la Comunidad Autónoma las competencias ejecutivas que se determinen en aplicación de la legislación estatal, incluida la gestión de su régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja”* y en ese ámbito pocos supuestos –de trascendencia– se han planteado de responsabilidad patrimonial. Si, en cambio, en el caso de mutualidades no integradas en la Seguridad Social.

## **1.2. Especialidades procedimentales en el ámbito de la Junta de Andalucía.**

Atendiendo a ese concepto principal o “nuclear” de empleo, en el ámbito de la Junta de Andalucía, las competencias se han desarrollado, de forma compartida, por la tradicionalmente denominada Consejería de Empleo y por parte del Servicio Andaluz de Empleo (SAE). Hay, por tanto, una dualidad en el ejercicio de las competencias en esta materia, lo que también determina la posibilidad de que las reclamaciones por daños y perjuicios causados en el ejercicio de esas competencias puedan dirigirse, según los casos, a la Consejería o al SAE.

El SAE actualmente se configura como Agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, a quién –como entidad instrumental– le corresponde el ejercicio de las competencias en materia de empleo y, en particular, las de fomento del empleo, orientación e información, prospección, registro de demanda e intermediación en el mercado de trabajo, correspondiéndole a la persona titular de la Viceconsejería de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio la Presidencia del SAE; por otro lado, la Secretaría General de Empleo, con nivel orgánico de Viceconsejería y a quién se adscribe el SAE, se encuentra integrada en la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, según la estructura orgánica aprobada por el Decreto 210/2015, de 14 de julio, correspondiéndole las atribuciones de:

- a) La coordinación con la Administración General del Estado para la ejecución de los correspondientes Planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- b) El impulso, la coordinación, la planificación y el seguimiento de todos los programas dirigidos a la implantación de políticas de calidad, estabilidad y seguridad en el empleo puestos en marcha por la Consejería, por el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales y por el Servicio Andaluz de Empleo, así como en materia de formación profesional para el empleo y la coordinación con otros programas que se aprueben por el resto de Consejerías o Agencias sobre tales materias para la aplicación de la Estrategia Europea por el Empleo.

De la Secretaría General de Empleo dependerán las Direcciones Generales de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, y la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo.

En el ámbito de las reclamaciones dirigidas contra actuaciones u omisiones de la Consejería, como es sabido, la regla general es que la competencia se encuentra atribuida al titular de la misma, salvo que corresponda al Consejo de Gobierno ex artículo 26.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre LAJA; ello no obstante, en virtud de la Orden de 5 de junio de 2013, por la que se delegan competencias en órganos directivos de la Consejería se encuentra delegado en el titular de la Viceconsejería la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial regulados en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actualmente la remisión legal ha de entenderse realizada a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), que traigan causa en el funcionamiento normal o anormal de la Consejería con competencias en materia de Empleo, correspondiendo el inicio e instrucción de los mismos al Centro Directivo o Delegación Territorial a cuya actuación se impute la lesión patrimonial.

En el ámbito de reclamaciones por actuación del SAE, tal y como prevé el artículo 10.2 de sus Estatutos, aprobados por Decreto 96/2011, de 19 de abril, la resolución de los expedientes de responsabilidad patrimonial corresponde al Presidente del SAE, y los hechos causantes podrán provenir tanto de sus órganos directivos centrales como de los periféricos.

En consecuencia, y aún cuando los órganos judiciales, en virtud del principio *in dubio pro actione*, son proclives a flexibilizar las exigencias formales, resulta importante identificar adecuadamente si el acto, disposición u omisión que se reputa causante del daño proviene de la Consejería con competencias en materia de Empleo o del Servicio Andaluz de Empleo, a fin de evitar posibles prescripciones. También deberá tenerse en cuenta que algunas de las competencias clásicas de Empleo, como las de formación, en ciertos periodos estuvieron residenciados en la Consejería con competencias en materia de Educación (años 2013 a 2015).

## 2. SUPUESTOS MÁS FRECUENTES

### 2.1. Responsabilidad patrimonial derivada de expedientes de regulación de empleo.

Como hemos anticipado, si se analiza la jurisprudencia y los pronunciamientos de los órganos consultivos en la materia “empleo”, se observa que los supuestos más usuales en la práctica son los que han recaído en casos relacionados con los comúnmente conocidos expedientes de regulación de empleo (ERE). Especialmente, en supuestos de denegación o anulación judicial de expedientes de despidos colectivos; esto es, en aquellos casos en los que denegada la solicitud del empresario, posteriormente es autorizada judicialmente y viceversa. Situación que, como también se ha explicado, no parece que se dará en el futuro, dado que las competencias en materia de autorización de expedientes regulatorios han desaparecido en gran medida tras la reforma operada en el año 2012. Siendo, de cualquier forma, interesante analizar los argumentos de estos pronunciamientos, puesto que expresan muy bien el posicionamiento de la *autoridad laboral* respecto de los posibles daños que su actuación pudiera causar a particulares en asuntos similares.

Comenzando con la posición de los órganos consultivos, como bien razona el Consejo de Estado en su Dictamen 751/2011, de 16 de junio –recogiendo el sentido de dictámenes anteriores– la extinción de relaciones laborales, se articula o instrumenta a través de un expediente de regulación de empleo, pero siempre responde a una decisión del empresario, expresando al respecto que *“Dicha decisión está sujeta a una autorización administrativa, que tiene una eficacia habilitadora, pero que en modo alguno supone la asunción, por parte de la Administración, ni de la decisión empresarial, ni de las consecuencias que de tal decisión pudieran derivar en caso de que finalmente resultara ésta declarada contraria a Derecho, o de que se impusiera a la empresa la readmisión de los trabajadores despedidos (vid., entre otros, Dictámenes 3.656/2001 y 2.679/2006)”*.

Añadiendo que la intervención de la Administración en esta materia consiste, básicamente, en una valoración de las circunstancias a la vista de la documentación aportada por la empresa solicitante de la autorización, pero es obvio que *“el hecho de que, examinada la documentación aportada por la solicitante, la Administración acceda a la solicitud de la empresa, concediéndole la autorización pedida, no permite imputar a la Administración las consecuencias que pudieran derivar de una distinta valoración –acerca de la justificación del despido– por parte de los órganos judiciales competentes”*.

En sentido muy similar, el Dictamen 918/2013, de 16 de enero de 2014, en un caso en el que los trabajadores reclamantes pedían una indemnización por los daños y perjuicios que consideraban sufridos a consecuencia de la autorización administrativa del ERE promovido por la empresa en la que trabajaban, y que fue posteriormente anulada en vía judicial, explica que ha de seguirse la regla general del artículo 142.4 de la Ley 30/1992 con determinadas particularidades.

Entiende en estos casos el Consejo de Estado, con invocación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se debe rechazar la indemnización del perjuicio *“cuando la anulación judicial de la autorización administrativa «no fue por incumplimiento de la Administración de examinar datos objetivos, sino por una controversia jurídica» (STS de 4 de octubre de 2007), y razona que la autorización de la autoridad laboral en los ERE es «una especie de habilitación que remueve el obstáculo legal existente al ejercicio libre del poder organizativo del empresario» (STS de 12 de febrero de 2003), debiendo quedar claro que «la autorización administrativa no extingue per se las relaciones laborales, sino que es el ejercicio libre del poder organizativo del empresario el que decide la extinción de los contratos laborales».* Sin que pueda ignorarse la particularidad que se da en los expedientes de regulación de empleo, *«en los que la Administración interviene en las relaciones interprivatas, sin que dicha intervención deba desplazar hacia ella las consecuencias –económicas y de todo orden– derivadas de la calificación y valoración de las circunstancias en que tales relaciones se desarrollan»”.*

Vemos por tanto que, para el Consejo de Estado, en esta materia rige la regla del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, que –como es sabido– no determina ni la existencia de responsabilidad por el mero hecho de la anulación administrativa o judicial del acto, ni tampoco lo contrario. La existencia de responsabilidad dependerá de la concurrencia de los requisitos generales de los artículos 139 y siguientes, si bien el Consejo de Estado es tendente a no desplazar a la Administración las consecuencias de uno u otro orden derivadas de la voluntaria decisión del empresario de extinguir las relaciones de trabajo, incluso en aquellos casos en los que los reclamantes son los propios trabajadores, salvo que la anulación de esa autorización administrativa se deba a la negligente actuación de la autoridad laboral en la comprobación de los datos objetivos del expediente.

Esta línea argumental se ha seguido también por los órganos judiciales. Y sin perjuicio de que debamos centrarnos en los fallos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y del Tribunal Supremo, merece la pena realizar un breve repaso por los pronunciamientos de otros Tribunales Superiores y de la Audiencia Nacional.

La Sentencia 401/2013, de 18 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.<sup>a</sup>), trata un supuesto de un ERE por causa de fuerza mayor, en el que los reclamantes eran trabajadores de un Colegio, y se planteaba si había deber jurídico de soportar los daños de la resolución autorizatoria anulada por los Tribunales, lo que determinaba una discrepancia en el cómputo de salarios dejados de percibir. En este caso, se concluye que los daños cuya indemnización se reclaman no son antijurídicos pues los recurrentes tenían el deber jurídico de soportarlos al estar fijados en una norma los efectos derivados de la autorización.

En otras ocasiones, cuando se ha anulado la denegación de la autorización, ha sido la mercantil solicitante del ERE la que ha reclamado. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), en la Sentencia 803/2003, de 27 de junio, se pronuncia sobre un caso en el que fue denegado un

ERE que contaba con previo acuerdo entre representantes de empresa y de trabajadores y que la jurisdicción social, confirmando el acuerdo entre las partes, revocó.

En general sí puede afirmarse que la mayoría de los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia han sido desestimatorios de la pretensión indemnizatoria; a título meramente ilustrativo, la Sentencia 1907/2012, de 9 de noviembre, del TSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), en la que previo estudio detenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y atendiendo a la limitada naturaleza de la intervención de la Administración en estos casos, se entiende que se trata de un daño que el reclamante tiene el deber jurídico de soportar. O en similar sentido, la Sentencia 18/2012, de 9 de enero, del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en la que se debatía la reclamación de daños y perjuicios causados como consecuencia de una denegación de solicitud de autorización de despido colectivo de la totalidad de la plantilla de una empresa, y en la que el Tribunal aprecia la ausencia de daño antijurídico y nexo causal, por haber actuado la Administración dentro de unos márgenes de apreciación razonables y razonados o, antes y con igual fundamentación, la Sentencia 2040/2009, de 19 de noviembre, del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.<sup>a</sup>). Y en una línea similar, encontramos pronunciamientos de la Audiencia Nacional, bien fundamentadas en la falta de nexo causal, bien en la inexistencia de daño antijurídico, como –respectivamente– en la Sentencia de 8 de febrero 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), o en la Sentencia de 18 de diciembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>).

Ello no obsta a que, en ciertas ocasiones, los Tribunales hayan acogido las pretensiones reclamatorias; así, precisamente frente a la Junta de Andalucía, la Sentencia de fecha 12 de abril de 2007, del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), confirmada por la STS de 26 de octubre de 2011, en un proceso en el que se dirimían los posibles daños por la denegación de la autorización a una empresa para proceder, por causa técnica, organizativa y de producción, a la extinción de los trece puestos de trabajo que componían su plantilla. En este caso, considera el Tribunal que debe restituirse a la empresa de los costes laborales indebidamente padecidos, porque a juicio de la Sala resultaba evidente de la documentación obrante en el expediente administrativo que la situación económica negativa de la empresa de la actora era palmaria y, por tanto, que tenía derecho a extinguir los contratos de trabajo.

La cuantía indemnizatoria en tales casos será, como expresa la Sentencia TSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), 803/2003 de 27 de junio, el coste salarial asumido por la empresa y que nunca debió padecer si se hubiese autorizado *ab initio* el acuerdo. En determinados supuestos, además de los gastos estrictamente salariales, se han incluido partidas directamente relacionadas, como las cuotas a la Seguridad Social o ciertos gastos de asesoramiento.

Centrándonos en la doctrina jurisprudencial más reciente sentada por el Tribunal Supremo, pueden encontrarse pronunciamientos tanto de la Sección 4.<sup>a</sup>, como de la 6.<sup>a</sup>. Entre los

más destacados y sin ánimo de resultar reiterativos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 21 de febrero de 2012, que deniega la reclamación –entre otros motivos– recordando la doctrina fijada en estos supuestos, en los que para poder apreciar el daño antijurídico es necesario que la anulación de los acuerdos de la Administración laboral se deba *“no a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo, sino a la simple constatación de datos objetivos”*.

De la Sentencia del TS de 27 de diciembre de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), también se deduce que es preciso que la actuación administrativa sea irrazonable o claramente arbitraria, incluida la posible desviación de poder. Y según la más reciente Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), citando –entre otras– la STS de 12 de septiembre de 2008, *“lo que no puede pretenderse es que de toda anulación derive, necesariamente, una obligación de indemnizar a cargo de la Administración autora del acto ya que, como ha dicho este Tribunal, ello llevaría a la paralización de la Administración, organización servicial de intereses generales, ante el temor de una eventual anulación de sus actos”*.

Por tanto, resumiendo la jurisprudencia del TS al respecto, partiendo de la base de que nos hallamos –fundamentalmente– ante el ejercicio de potestades regladas, es preciso que haya un error objetivo por parte de la Administración en el momento de revisar el expediente que se somete a su autorización, pero además de eso es necesario que concurren los demás presupuestos legales, entre los que cobra singular importancia la antijuridicidad del daño eventualmente causado.

## **2.2. Responsabilidad patrimonial por la fijación de servicios mínimos en huelgas.**

Como hemos anticipado, otro de los supuestos que ha dado lugar a pronunciamientos de los Tribunales sobre responsabilidad administrativa dentro de las competencias propias de lo que venimos calificando “autoridad laboral” ha tenido lugar en casos relacionados con la actividad administrativa de supervisión y disciplina en el ejercicio del derecho de huelga. En este ámbito, la principal particularidad estriba en el hecho de que nos encontramos ante el ejercicio de un derecho fundamental consagrado en el artículo 28.3 de la CE.

La doctrina del TC (cfr. STC 51/1986, STC 43/1990, etc.) es clara en cuanto a que la obligación de la Administración de velar por el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad debe ponderar que *“exista una razonable proporción entre los servicios a imponer a los huelguistas y los perjuicios que padezcan los usuarios de aquellos, evitando que los servicios esenciales establecidos supongan un funcionamiento normal del servicio y al mismo tiempo procurando que el interés de la comunidad sea perturbado por la huelga solamente en términos razonables”*. En ese difícil equilibrio ha de moverse el ejercicio de la potestad administrativa.

Tal y como razonamos ut supra, el reparto competencial Estado-Comunidad Autónoma depende, básicamente, de la consideración de si la fijación del servicio esencial corresponde a la autoridad gubernativa que tiene atribuida la competencia sobre la prestación del servicio público y de la afectación o no de intereses supracomunitarios (STC 124/2013). En este sentido, los fallos judiciales más trascendentes han recaído en supuestos de intervención de la Administración estatal, lo que no obsta a que los argumentos puedan ser perfectamente válidos para una reclamación frente a la Junta de Andalucía. En cualquier caso, la regla general, como en los supuestos de autorización o denegación del ERE, es que únicamente se considerará el daño antijurídico cuando la decisión administrativa es irrazonable y arbitraria, de manera que vacíe totalmente de contenido el derecho constitucional.

Uno de los supuestos excepcionales en los que se reconoció la existencia de responsabilidad patrimonial, fue resuelto por la Sentencia dictada el 25 de febrero de 2004, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (confirmada por el STS de 3 de marzo de 2008), en relación con los servicios mínimos de seguridad y escolta en dos Comunidades Autónomas que padecían graves amenazas y actos terroristas. En este caso, la Sala entiende que la fijación de los servicios mínimos fue excesiva y vació de contenido esencial el derecho de huelga, causando un daño que los titulares no tenían deber jurídico de soportar, al llegar a la conclusión que *“la restricción de un derecho fundamental constituye en sí misma un daño que el sujeto titular del mismo sólo tiene el deber de soportar cuando concurran los requisitos establecidos al efecto en el ordenamiento jurídico”*. Y en ese caso, reconoce el derecho de los reclamantes a recibir una indemnización, concretada en una valoración aproximada de daños morales, en la consideración de que *“de no admitir la reparación indemnizatoria la lesión quedaría sin reparación pues de nada sirve declarar la ilegalidad de la fijación de unos servicios esenciales cuando la huelga ya ha transcurrido”*.

Por otro lado, el derecho de huelga no sólo puede generar reclamaciones de daños cuando la Administración actúa en su condición de *autoridad laboral*, fijando los servicios mínimos, sino también cuando el ejercicio de ese derecho implica el abandono total o parcial de un servicio por parte de los empleados públicos. Esto es, cuando el derecho se ejercita no por terceros, sino por sus propios empleados. En este ámbito, y como ejemplo paradigmático, el cierre del espacio aéreo con ocasión de diversas huelgas por parte de controladores aéreos ha dado lugar a muy variados pronunciamientos de los órganos judiciales; asociaciones de usuarios, agencias de viajes, etc. han reclamado frente a AENA por los daños derivados de la no prestación del servicio. Para la AN (entre otras, Sentencia de 10 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), han de rechazarse las reclamaciones indemnizatorias cuando el cierre del espacio aéreo, y en consecuencia la suspensión en la prestación del servicio público, se debe exclusivamente a una conducta de los trabajadores, no previsible y ajena a la entidad pública, afirmando que en tales casos *“La Administración se encontró ante una situación extraordinaria consistente en el abandono masivo de sus puestos de trabajo, sin previo aviso y fuera de los cauces legales, de los controladores aéreos, haciendo imposible el desarrollo de la navegación aérea y poniendo en peligro, repetimos, la seguridad de las personas y las cosas”*, lo que deter-

minaría la clara ruptura del nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño alegado. En estos casos, en definitiva, se valora la imprevisibilidad y el mayor o menor grado de diligencia por parte de la Administración a la hora de adoptar medidas compensatorias o paliativas que, respetando el legítimo derecho de huelga de sus empleados, no perjudiquen el desarrollo de las condiciones mínimas del servicio frente a terceros.

### **2.3. Responsabilidad patrimonial en relación con las competencias en materia de seguridad y salud laboral.**

Otra competencia propia de la autoridad laboral, es la correspondiente a la prevención de riesgos laborales, seguridad e higiene en el trabajo, cuyas competencias actualmente ejerce la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio con apoyo, como órgano de participación, del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

En el ejercicio de esta competencia, en ciertas ocasiones se ha reclamado frente a la Administración, por falta o culpa *in vigilando* en el desarrollo de las funciones de seguridad y salud laboral. En la Sentencia 1216/2013, de 31 de octubre, del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), el recurrente pedía se le compensaran por los daños personales causados, en su opinión, por la exposición al amianto durante su etapa laboral de reparación y construcción de barcos; pero a juicio de la Sala y dado que la Administración no es una aseguradora universal de todos los riesgos, el deber genérico de vigilancia que incumbe a la autoridad laboral no puede englobar el control de todos los actos u omisiones, por insignificantes que sean, que lleven a cabo todas las empresas, por lo que –a falta de nexo causal– la indemnización resulta improcedente.

No obstante, en este campo, la gran mayoría de supuestos se ha producido en casos en los que el reclamante era un empleado público y sufrió algún tipo de daño por su actividad laboral, y no tanto por acciones de trabajadores por falta de ejercicio de las competencias administrativas de vigilancia e inspección en relación con empresas. Y aquí, la principal cuestión jurídica históricamente se ha planteado respecto de la posible consideración de que no nos hallamos en puridad ante una reclamación extracontractual, al existir un vínculo –laboral, estatutario o funcional– que liga al empleado público con la Administración y la compatibilidad de la indemnización con otras prestaciones públicas que el enfermo o accidentado pudiera percibir. Sin que pueda dudarse, a estas alturas, que cualquier empleado público, incluso los que desarrollan actividades de riesgo –como militares o fuerzas y cuerpos de seguridad– tiene derecho a la seguridad y salud laboral.

Dado que es la propia Administración la que ejerce las competencias sancionadoras, no se exige que haya una declaración de incumplimiento de las obligaciones legales en la materia, ni los órganos judiciales entran en esa valoración. Los daños, eso sí, habrán de deberse al incumplimiento de la Administración de sus deberes como empresario y no como consecuencia de actos de terceros (por ejemplo, usuarios del servicio) o de

la propia actividad ordinaria (caídas, daños materiales, etc.). Siendo muy relevante en estos casos el análisis de la propia conducta de la víctima y si el tipo de actividad que desarrollan es de alto o bajo riesgo, en la medida en que el daño debe ser imputable a la Administración. Siguiendo la doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 1699/2006) para declarar la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados a los funcionarios en el desempeño de su actividad es preciso que concurra, en particular, un título específico que permita imputar el hecho lesivo a la Administración (sic.) *“debiendo de tenerse muy en cuenta si la Administración incumplió el deber de protección del trabajador a su servicio”*.

La Sentencia 1228/2008, de 20 de octubre, del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), considera que una funcionaria pública tiene derecho a percibir una indemnización por los daños que le ocasionó una enfermedad contraída en el ejercicio de sus funciones y que, según acreditó, se debió a la inexistencia de un adecuado mantenimiento del edificio donde prestaba sus servicios.

Hoy en día, y superando criterios anteriores, se asume que no existe impedimento para enfocar este tipo de reclamaciones por la vía extracontractual, como tampoco que el *quantum* reclamado es compatible con otro tipo de prestaciones. En efecto, para el TS las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial, generalmente prestaciones de Seguridad Social, son compatibles con las indemnizaciones provenientes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al tener causa en títulos diferentes y ser exigencia del principio de plena indemnidad de la víctima. En este sentido, el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen 804/2014, de 26 de noviembre, recuerda que constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que *“las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial (así prestaciones de Seguridad Social) son compatibles con las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración por tener su causa en títulos diferentes y ser exigencia de ésta la plena indemnidad de la víctima, que no se alcanzaría con el percibo de las prestaciones prefijadas en las citadas normas sectoriales (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de mayo, 20 de mayo y 28 de noviembre de 1995; 17 de abril y 12 de mayo de 1998; 5 de febrero, 2 de marzo y 10 de abril de 2000; 29 de junio de 2002; 24 de enero de 2006; 17 de enero de 2007 y 3 de noviembre de 2008, entre otras)”*.

Por último, y aunque no debemos centrarnos aquí por corresponder a otros capítulos de esta obra, baste citar la existencia una línea jurisprudencial propia, para los supuestos en los que se reclaman los daños derivados de una situación de acoso laboral o “mobbing” (cfr. Sentencia 1324/2013, de 19 de julio, del TSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), STS de 24 de enero de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), o STS de 23 de marzo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

#### **2.4. Responsabilidad patrimonial en supuestos relacionados con la actividad administrativa de fomento; en especial, por la gestión de ayudas y subvenciones públicas.**

Como ya hemos expresado, la tradicional actividad administrativa de policía ha ido dando paso a un mayor protagonismo de la actividad de fomento. En este sentido, las políticas de ayudas y subvenciones públicas constituyen una porción muy importante dentro de las políticas activas de empleo, y en su gestión se centra gran parte de la ocupación de todas las Administraciones Públicas. Y, en lógica coherencia, su inadecuada gestión está generando reclamaciones indemnizatorias en todas las regiones, incluida Andalucía. Bien sea por la paralización en el pago de las ayudas ya justificadas, bien por el retraso en resolver la convocatoria o bien, en general, por la simple demora en su gestión.

Comenzando por la Comunidad de Madrid, ya en el año 2001 el TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.<sup>a</sup>), dictó la interesante Sentencia 585/2001, de 24 de mayo, JUR 2001\226339. En el caso enjuiciado se trataba de la paralización de los pagos de subvenciones para formación en municipios y cuyo pago fue interrumpido por la apertura de un proceso penal contra la presidenta de la asociación beneficiaria; siendo así que un colectivo numeroso de profesionales y empresas contratadas por dicha asociación reclamó los daños que consideraban sufridos y que se correspondían con las prestaciones que realizaron durante las acciones formativas. En opinión de la Sala, no cabe imputar a la Administración una negligencia en la elección o en la vigilancia de la actividad desarrollada por la asociación subvencionada, razonando que *“si los recurrentes como dicen en la demanda, prestaron sus servicios en la creencia de que la CAM abonaría a la asociación en cuestión la subvención concedida ello se trata de una circunstancia que puede afectar a los móviles subjetivos que les llevaron a contratar, pero no puede servir para configurar objetivamente una acción de responsabilidad patrimonial cuando la subvención se otorga siempre bajo sometimiento al control administrativo de cara al cumplimiento de los requisitos y condiciones que se determinen”*.

En un supuesto distinto, la Sentencia 260/2005, de 30 de mayo, del TSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>) analiza un caso en el que el reclamante consideraba que había de apreciarse un funcionamiento anormal de los servicios públicos, porque una supuesta dilación administrativa a la hora de resolver le habría causado un perjuicio económico concretado en la pérdida del derecho a obtener una subvención de carácter reglado. El Tribunal finalmente concluye que no se ha acreditado que cumpliera todos los requisitos para su obtención, siendo al contrario exclusivamente imputable al interesado, quien no obró con diligencia debida.

En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma y en relación con una subvenciones gestionadas por el SAE (si bien la demanda se dirige frente a la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía), resulta relevante el análisis de la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>).

En aquel caso, la Fundación recurrente argumentaba que el SAE había paralizado varios planes y programas sin que haya hecho efectivo el pago de las subvenciones ejecutadas a FOREM o, habiéndolo hecho, éste se ha producido con mucha posterioridad a la ejecución de la actividad subvencionada, reclamando –por la vía de la responsabilidad patrimonial– el importe de los intereses derivados del retraso en el abono de las subvenciones justificadas y/o en la ejecución de los mismos por causas no imputables al beneficiario. A juicio de la Administración demandada, dado que lo que se reclamaba era el pago de los intereses de cantidades correspondientes a subvenciones ya concedidas, estaríamos ante una simple reclamación de cantidad que en modo alguno podría fundamentarse en los preceptos relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Aunque la Sala no profundiza demasiado en su argumentación, si parece desprenderse con claridad que daños no pueden consistir en la susceptibilidad del devengo de los intereses (ni menos aún, *a fortiori*, del principal) por la concurrencia de una supuesta mora por las vicisitudes acaecidas en las diversas subvenciones que se recibieron, *“cuestión esta que, ciertamente, se habría de analizar en una reclamación de cantidad por incumplimiento de la normativa relativa a la forma y fecha del pago de los importes de dichas subvenciones”*. Es decir, que los intereses y el principal, se han de solicitar –en su caso– como reclamación de cantidad ordinaria; y, a lo sumo, por la vía de la responsabilidad extracontractual, tan sólo podría pedirse el lucro cesante o daño emergente (pese a la paradoja, como señala la Sala, de que el beneficiario se definía como entidad sin ánimo de lucro y –debemos añadir nosotros– que las subvenciones en ningún caso pueden provocar el enriquecimiento del beneficiario) que, consistiría en la circunstancia de que (sic.) *“al ejecutar los programas ha tenido que atender a unos pagos efectivos tanto de nóminas como facturas que correspondían a las subvenciones”* y que si son exigencia ineludible de los gastos necesarios para el desarrollo de los programas subvencionados, por pagos que hubo la propia recurrente que adelantar, han de quedar cumplidamente acreditados.

Esta Sentencia fue recurrida en casación, pronunciándose el TS en Sentencia de 29 de enero de 2013. El Alto Tribunal confirmando la sentencia de instancia, determina que no ha lugar al recurso y, en lo que ahora nos interesa, declara que *“no le falta razón a la sentencia impugnada cuando observa que lo realmente perseguido por la recurrente es una reclamación de cantidad, que –de estar justificada– sería debida dentro de una específica relación jurídica nacida del otorgamiento de la subvención y provista de su propia regulación legal. Ello significa que es a esta regulación legal a la que debería estarse para la reclamación del principal y los intereses, no a las normas que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

En nuestra opinión, sólo cuando la conducta de la Administración haya sido contraria a su actuación previa, de forma que se haya generado una confianza legítima en el beneficiario de buena fe, podrá intentarse una reclamación por mora o retraso en la gestión o por falta de pago de las ayudas debidas y correctamente justificadas. En tales casos, en cualquier modo, los daños no se corresponderán con el principal o intereses (que habrán de reclamarse por la vía directa oportuna), sino los daños reales y efectivos que, debidamente probados, ocasione la negligente actuación administrativa. Cuestión distinta es que el daño derive, por ejemplo, de la incorrecta labor de comprobación, como ha ocurrido en determinadas ocasiones en el ámbito de las ayudas agrícolas.

Otra variable de las acciones indemnizatorias se ha producido en los últimos años como consecuencia de expedientes de revisión de oficio o supuestos de anulación judicial de los actos administrativos de concesión u otorgamiento de ayudas públicas, y nos referimos fundamentalmente a las denominadas ayudas socio-laborales. En este ámbito se han seguido numerosos procedimientos administrativos o judiciales que han dado concluido con la declaración de nulidad del acto de concesión, con la obligación ex artículo 36.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, de devolver las cantidades indebidamente percibidas. Si la nulidad trae causa de la falta absoluta del procedimiento o la falta de competencia del órgano concedente, no es de extrañar que los beneficiarios puedan plantear una reclamación fundamentada en que el daño (devolución del principal más intereses y gastos) deriva de la inadecuada gestión administrativa. Aún carecemos de una línea jurisprudencial sobre esta problemática, pero en nuestra opinión, dado la particular naturaleza de las ayudas y subvenciones públicas, y sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, difícilmente compagina con el principio de que nadie puede beneficiarse de una actuación ilícita, la estimación de una reclamación de este tipo. De otro modo, el particular se podría ver beneficiado –por la vía del instituto de la responsabilidad patrimonial– de la revisión de un acto administrativo en el seno de cuyo procedimiento no se apreció buena fe.

El Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen 537/2013, de 24 de julio, tuvo ocasión de pronunciarse sobre una reclamación de 2.233.668 euros formulada por parte de una entidad bancaria que asumió la cesión, por parte del beneficiario, de unos créditos consistentes en dos ayudas públicas otorgadas por la Consejería de Empleo y que fueron declaradas ilegales por el orden contencioso-administrativo, con deducción de testimonio por posibles responsabilidades penales, por falta absoluta del procedimiento legalmente establecido durante su concesión. Pues bien, para el Consejo Consultivo los perjuicios patrimoniales aducidos por la entidad bancaria no pueden reputarse como un daño anti-jurídico directamente imputable a la Administración, porque *“no puede aceptarse que la reclamante trate de desplazar sobre la Administración, por la vía de la responsabilidad patrimonial, el riesgo que asumió al aceptar la cesión de créditos”*, afirmando acertadamente que –más allá del posible fracaso de los mecanismos de control de la Administración– es difícilmente imaginable que una entidad especializada en este tipo de contratación accediera a celebrar los contratos en cuestión por la confianza que le inspiraban las resoluciones de concesión de las ayudas *“sin realizar la más mínima indagación sobre la actividad o proyecto subvencionado y sobre las condiciones que había de cumplir la entidad cedente de los créditos para la efectividad de los mismos”*. Lo que determina, en este caso, la improcedencia de exigir responsabilidad alguna a la Administración por el perjuicio que hayan podido sufrir los créditos cedidos, a menos que se desconozca la responsabilidad que corresponde a la reclamante *“por su falta de diligencia en la comprobación de la legitimidad de dichos créditos”*. En suma, como hemos apuntado, la buena fe y la justificación de la quiebra del principio de confianza legítima, resultará especialmente relevante en este tipo de supuestos.

## 2.5. Otros supuestos de responsabilidad patrimonial.

Debemos pronunciarnos, por último, sobre otro tipo de supuestos en los que el ejercicio de las políticas activas de empleo han dado lugar a peticiones indemnizatorias, si bien no revisten tanta singularidad o complejidad desde el punto de vista jurídico.

Analizando la jurisprudencia se encuentran, por ejemplo, múltiples casos de accidentes sufridos por alumnos o profesores durante la impartición de cursos de formación (cuyo ejercicio ha vuelto a pasar de la Consejería con competencias de Educación al SAE) y que han terminado en demandas dirigidas contra los servicios públicos de empleo. A título ilustrativo, la Sentencia 3888/2010, de 28 de octubre, del TSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>) se pronuncia sobre una demanda de un particular frente a la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, interviniendo como codemandada la entidad encargada de la prestación de un curso dirigido a desempleados. Para la Sala, de la prueba practicada se desprende la falta de culpa del accidentado, lo que determinaría la responsabilidad objetiva de la Administración, sin concretar si la condena es solidaria o concurrente con la mercantil codemandada.

En otras Comunidades Autónomas también se encuentran supuestos similares; así la Sentencia 408/2007, de 8 de junio, del TSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), en atención a la prueba practicada considera que no concurren los requisitos precisos para exigir responsabilidad patrimonial, pues si bien la lesión se produjo como consecuencia del funcionamiento del servicio público, que en el caso era el taller de madera en donde se impartía un curso de fabricación industrial de carpintería y mueble, el nexo de causalidad es inexistente, porque el accidente *“fue producido por culpa de la víctima y no por la inexistencia de medidas de protección, o de instrucción de uso de las máquinas, ni por falta de cuidado del profesor (culpa in vigilando)”*.

Se aprecia, por tanto, en estos casos en los que se tiende a objetivar el daño, que la culpa de la víctima es importante a efectos de valorar la existencia de nexo causal.

Hay otros asuntos diferentes y que, en ejercicio de otras competencias relacionadas con “empleo” también han dado lugar a supuestos de responsabilidad. La AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), en la Sentencia de 7 de diciembre de 2005, aborda una reclamación formulada por una particular, que por culpa del error del INEM al emitir un certificado de su vida laboral (error en el cómputo de la antigüedad) vio como la Junta de Andalucía no le admitió en un proceso de selección de personal laboral. Para la Audiencia ha de rechazarse la reclamación porque del examen de las actuaciones resulta que no existe relación causal entre el error y la no obtención del puesto de trabajo, ya que con la presentación del certificado que se correspondía con la realidad, la demandante tenía una antigüedad inferior a la que ostentaba la aspirante que resultó finalmente adjudicataria. Esto es, de haberse admitido el recurso no hubiera resultado tampoco con derecho a la obtención del puesto de trabajo.

Y, en un supuesto parecido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Granada en Sentencia de 25 de abril de 2001, tuvo ocasión de pronunciarse contra una Resolución dictada por la Dirección Provincial del INEM por la que se denegaba a la demandante la solicitud de inclusión entre los candidatos remitidos para oferta de empleo presentada por la Junta de Andalucía que se encontraba de baja por maternidad y no podía ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo, por ser obligatorio el descanso de la madre durante las seis semanas posteriores al parto.

Finalmente, y aún por exclusión, hemos de realizar un breve apunte sobre la posible reclamación de responsabilidad patrimonial por actuaciones de las mutuas de trabajo, en la medida en que puede englobarse en el concepto de Seguridad Social. Esta cuestión, al enfocarse desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria –prestada por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social– será abordada en el correspondiente capítulo de esta obra dedicada a la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria. Baste indicar, en este punto, la existencia de algunos pronunciamientos judiciales relativos al posible reparto competencial entre el INSS y las respectivas Comunidades Autónomas, según las competencias que les hubieren sido transferidas (vid. Sentencia de 7 de marzo de 2012 de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>).