

Capítulo V

OTROS SUPUESTOS ESPECIALES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

I. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO. DEBER RESARCITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA POR ACTOS DE NATURALEZA NORMATIVA DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

Por Antonio Gayo Rubio

1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

1.1. Introducción histórica y régimen legal.

La responsabilidad del Estado legislador a la que se dedica el presente capítulo, en el sentido de la responsabilidad jurídica que pueda traducirse en resarcimiento patrimonial por los eventuales daños derivados de la aplicación de las leyes a los particulares, comenzó a ser lentamente admitida a mediados del pasado siglo XX mediante la superación de la idea de la inmunidad del legislador. En un primer momento, hay que aclarar, la obligación de reparar daños causados por el Estado sólo se apreciaba con motivo de lesiones causadas por el poder ejecutivo.

Las razones históricas que explican esta reticencia, presente en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, derivan fundamentalmente del principio anglosajón según el cual el Rey no puede cometer ilícito (*the king can do not wrong*) así como del principio de soberanía parlamentaria, que llegó a ser uno de los pilares del Estado liberal clásico, y de acuerdo con el cual las decisiones de los parlamentos no podían ocasionar daños que merecieran reparación pues procedían de los depositarios de la soberanía. En definitiva, la ley que expresa la voluntad del pueblo no puede ser injusta porque nadie se puede causar un mal a sí mismo.

También se citan otras razones derivadas de los propios caracteres definidores de la ley, como son el de su generalidad, que dificulta la identificación o concreción de los perjuicios particulares susceptibles de ser reparados, o la de que por tratarse de una norma inmune al control judicial impide apreciar la concurrencia de falta o culpa del legislador. Tampoco han faltado en este debate argumentos de carácter práctico como el de las cuantiosas indemnizaciones a las que tendría que hacer frente la Hacienda Pública o el del riesgo de petrificación legislativa que podría conllevar el temor a correcciones al legislador por vía judicial.

Hacia mediados del siglo XX, a partir de ideas de autores anteriores como Duguit, comienza a adquirir cuerpo la doctrina de la responsabilidad estatal por hecho del legislador. Sirvió de apoyo a la misma el control de constitucionalidad de las leyes que comenzó a establecerse en algunos ordenamientos europeos así como el mayor recurso a la técnica de las leyes singulares que tenían como destinatarios a un número determinado de personas.

Suele citarse por su importancia histórica en este asunto, así como por haber llegado a ser un verdadero lugar común del derecho público, el célebre *Arrêt La Fleurette* del Consejo de Estado Francés, de 14 de enero de 1938, en virtud del cual se reconoció una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial a la única empresa que se vio en la obligación de cesar en su actividad como consecuencia de la prohibición general de comercializar productos sucedáneos de la leche establecida por una ley francesa de protección del sector lácteo.

Sin embargo, con la excepción de Gallego Anabitarte y Santamaría Pastor, que se refirió en 1972 a la teoría de la responsabilidad del Estado legislador como *“una cuña dirigida a los más profundos reductos de la libre decisión política, de la soberanía”*, la doctrina del *arrêt La Fleurette* fue recibida con muy poco entusiasmo por los autores españoles y por la jurisprudencia patria que, durante la mayor parte del siglo XX, se mantuvo fiel al principio de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos.

Como ha puesto de manifiesto la profesora Consuelo Alonso García, frente a la sólida postura de la inmunidad del legislador sostenida por los más importantes autores, entre los que se encontraba el mismísimo GARCÍA DE ENTERRÍA y LEGUINA VILLA, hay que reconocer que la doctrina favorable a la responsabilidad del Estado legislador en España es una figura de creación jurisprudencial que fue edificándose en los años noventa del pasado siglo no sin algunas limitaciones por parte del Tribunal Constitucional y también del Tribunal Supremo. Es posible apuntar como circunstancias que motivaron este cambio de orientación jurisprudencial el creciente fenómeno de la administrativización de la ley, el control de la ley por la Constitución como norma superior, el reconocimiento del Tribunal Constitucional, la reinterpretación del artículo 139.3 LPC y la responsabilidad del legislador por incumplimiento del derecho comunitario europeo.

Se ha planteado si el artículo 9.3 CE, que garantiza entre otros principios el de responsabilidad de los poderes públicos, y siendo el poder legislativo uno de ellos, resulta suficiente para apreciar la responsabilidad del mismo cuando con su actuación causa lesiones en

el patrimonio de los particulares. El hecho de que exista una regulación específica de la responsabilidad de la Administración (artículo 106) y otra del Estado-juez (artículo 121), sin que exista otra que prevea la del Estado legislador llevó a concluir que no basta la mera mención contenida en el artículo 9.3. Como después se expondrá, el Tribunal Supremo ha reiterado que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 CE, así como tampoco mediante aplicación analógica de los preceptos legales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, siendo necesaria una previsión legal específica.

Durante mucho tiempo la única regulación legal sobre la materia ha sido la contenida en el artículo 139.3 LPC, que establece que: *“Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”*.

De acuerdo con este artículo los perjuicios causados por una ley sólo son indemnizables cuando las leyes que los produzcan prevean expresamente alguna clase de indemnización.

La escasa regulación ofrecida por el artículo 139.3 motivó numerosas críticas doctrinales e interpretaciones que fundamentalmente criticaban el hecho de que el único precepto dedicado a la materia no contemplase el supuesto de responsabilidad por leyes inconstitucionales que en la práctica ha sido el que ha llegado a adquirir más importancia, y acerca del cual el Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina sobre concesión de indemnizaciones. Tampoco establecía el procedimiento que reclamaba la jurisprudencia para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del legislador.

Al cierre del presente trabajo, sin embargo, se han venido a aprobar dos importantísimas leyes publicadas en el BOE de 2 de octubre de 2015, que han venido a sustituir a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se trata de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Precisamente mediante la segunda de ellas se han venido a introducir cambios en la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda.

La nueva regulación ahora en periodo de vacatio legis es la siguiente:

Artículo 32.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 34.1 párrafo segundo.

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

La nueva regulación exige haber obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la resolución administrativa que ocasionó el daño, y que se hubiera alegado la infracción del derecho constitucional o de la Unión Europea, que se entiende lesionado, requisito que como se expone no se exigía hasta ahora en la jurisprudencia.

De acuerdo con la nueva ley, las reclamaciones seguirán resolviéndose en el Consejo de Ministros, si bien, parece que se tramitarán en el Ministerio de Justicia. Y por lo que se refiere al recurso contencioso administrativo seguirá conociendo del mismo, por tanto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el *BOE* o en el *DOUE*, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

El valor de cosa juzgada de la sentencia que produjo el daño en aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional no impide, por tanto, la acción de responsabilidad, pues son dos acciones distintas, frente a dos demandados distintos, y en consecuencia no afectada por el mencionado efecto o valor de cosa juzgada.

1.2. Supuestos generadores de indemnización.

A) Clasificación.

Con anterioridad al artículo 139.3 LRJ-PAC, en la jurisprudencia española se identificaron ya los tres cauces para lograr el resarcimiento de los daños que se causaban por aplicación de las leyes.

Concretamente, se relacionan en la importante STS de 11-X-1991, dictada como consecuencia de un proceso en el que la empresa Pedro Domecq, S.A. recurrió contra diversas leyes que adoptaron medidas tributarias en relación con el impuesto especial de determinadas bebidas alcohólicas, prohibiéndose la publicidad de dichas bebidas y añadiéndose nuevas restricciones en materia de publicidad de bebidas que superasen determinada graduación alcohólica. Esta Sentencia se dictó con base en la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, a la que se aludirá más adelante, y que resolvió acerca del recurso de inconstitucionalidad frente a la LOPJ que anticipaba la edad de jubilación de Jueces y Magistrados.

Aunque aquella demanda se desestimase, el Tribunal Supremo expuso entonces una clasificación de los supuestos en los que puede generarse la responsabilidad del legislador, y que son: medidas legislativas de carácter expropiatorio, leyes declaradas inconstitucionales y un tercer supuesto en el que se encontrarían las leyes que, aun no siendo inconstitucionales y careciendo de contenido expropiatorio, su aplicación condujese a resultados merecedores de algún género de compensación por producir un sacrificio especial con respecto a un ciudadano o grupo de ciudadanos.

La Sentencia declaró entonces que *“se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado-legislador cuando «merezcan algún género de compensación» de los perjuicios económicos –graves y ciertos– que irroge al particular una ley constitucional y no expropiatoria”, que se basaría en los artículos 9 CE y 40 LRJAE y cuyos requisitos deben respetarse: “que la lesión no obedezca a casos de fuerza mayor, que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado y que la pretensión se deduzca dentro del año en que se produjo el hecho que motive la indemnización; siendo por tanto, también, de aplicación a dicha hipótesis la doctrina elaborada por este Tribunal Supremo en torno al mencionado artículo, a la que se refieren –entre otras muchas– las Sentencias de 25-09-1984, 01-04 y 20-09-1985, 11-04 y 15-12-1986, 29-05-1987, 15-04-1988, etc.”.* Esta tercera vía, sin embargo, no alcanzaría a las leyes de naturaleza tributaria, ya que *“si su exacción fuera indemnizable dejarían de ser tributos”.*

Llama la atención, por un parte, el hecho de que la jurisprudencia no aceptase la responsabilidad patrimonial de los daños derivados de leyes inconstitucionales (ilícito legislativo) que luego veremos, hasta bastante tiempo después de haber elaborado, sin embargo, un sistema reparatorio frente a leyes constitucionales que violan el principio de seguridad jurídica o de confianza legítima.

Y además debe completarse la clasificación anterior precisando que la responsabilidad por las lesiones causadas por la ilegitimidad de una disposición legislativa puede fundarse tanto en la contradicción por parte de esa ley de la Constitución española como en la vulneración del derecho europeo.

B) Referencia a los actos de contenido expropiatorio.

La posibilidad aludida de que surja la obligación de responder como consecuencia de actos legislativos de carácter expropiatorio nos obliga en primer lugar a detenernos en este caso, antes de examinar los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador propiamente dicha.

El derecho a ser indemnizado en casos de expropiación se encuentra reconocido constitucionalmente en el artículo 33.3 CE, que garantiza el derecho de propiedad en los siguientes términos: *“nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización*

y de conformidad con lo dispuesto por las leyes". La garantía patrimonial prevista por el artículo citado es la establecida para casos de expropiación mas no frente a daños no expropiatorios, que son los que se encontrarían dentro del ámbito del artículo 139.3 LPC al que corresponde el presente capítulo.

Se puede decir que en la doctrina española ha existido una cierta confusión entre la responsabilidad por leyes y las expropiaciones legislativas. Un amplio grupo de autores (entre los que se encontraban García de Enterría y Garrido Falla) defendió que las lesiones patrimoniales que sufran los particulares como consecuencia de la aplicación de una disposición legal sólo permiten obtener indemnización a través de las llamadas expropiaciones *ope legis*, de manera que es requisito esencial de las leyes materialmente expropiatorias que contengan una cláusula indemnizatoria so pena de inconstitucionalidad.

Sin embargo, a juicio de autores como Galán Vioque, esta posición doctrinal desnaturaliza el alcance de las leyes expropiatorias tal como lo ha entendido el Tribunal Constitucional. Y es que por una parte se encuentran las leyes nacionalizadoras o demanializadoras, mediante las que se transmite la titularidad de unos bienes de un sujeto privado a los poderes públicos, siempre que respeten las garantías del artículo 33.3 CE (Caso Rumasa, ampliación del dominio público hidráulico y marítimo terrestre, llevado a cabo por las Leyes 29/1985, de Aguas, y 22/1988, de Costas) y, por otra, las leyes que introducen una nueva regulación del derecho de propiedad restringiéndolo hasta el punto de calificarse como expropiatorias.

El Tribunal Constitucional emplea frente al legislador la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad a la que se refiere el artículo 53.1 CE como criterio para deslindar las leyes que tan sólo introduzcan una nueva regulación del derecho de propiedad de aquellas otras que sean efectivamente expropiatorias. Se plantea el autor citado, con referencias a pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si es posible que se indemnicen perjuicios causados por leyes que no sean expropiatorias, respondiéndose que le parece insuficiente la garantía expropiatoria para reparar todos los posibles ataques al derecho de propiedad que provengan de disposiciones legislativas o incluso de omisiones legislativas.

Para distinguir cuándo se está ante una expropiación legislativa o ante la responsabilidad del Estado legislador, esto es, para distinguir entre actos legislativos de naturaleza expropiatoria y de naturaleza no expropiatoria, resulta necesario atender a la intención del legislador; y, en concreto, para que se pueda apreciar el primero de ellos, al concepto de privación de bienes y derechos del artículo 33.3 CE, (de manera que pasaría de ser una regulación a "*una privación o supresión del mismo*", en términos de la STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988) El mismo autor se alinea en este punto con Consuelo Alonso García que afirma que no todo lo que no permita ser indemnizado a través de la vía de la garantía expropiatoria puede ser objeto de la garantía patrimonial pues ello sería incompatible con el Estado social y democrático de derecho e impediría al Parlamento innovar el ordenamiento, habida cuenta de la imposibilidad económica de reparar todos los perjuicios económicos derivados de la aplicación de las leyes.

Y llegados a este punto, continuando con el examen de este supuesto, aunque se trate de dos vías diferentes, resulta necesario examinar la expropiación legislativa, que no tiene lugar mediante el procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa sino directamente por ley, pues las reclamaciones suelen invocar de forma alternativa la expropiación y la responsabilidad patrimonial, y también porque en ocasiones el Tribunal Constitucional partiendo de supuestos expropiatorios ha remitido al procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

En la primera ocasión que el Tribunal Constitucional tuvo de pronunciarse acerca de la responsabilidad del legislador declaró la inexistencia de expropiación alguna de hipotéticos derechos adquiridos al enjuiciar la constitucionalidad de las normas relacionadas con la edad de jubilación de jueces y magistrados, funcionarios públicos y profesores de Educación General Básica *“en la medida en que, como se ha dicho reiteradas veces, no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, debe concluirse que de lo que se ha privado a Jueces y Magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria”*.

Tras rechazar que la anticipación por ley de la jubilación constituyera una medida expropiatoria añadió un párrafo en el que se afirmaba que el escalonamiento de la edad de jubilación que establecía la DT 28 LOPJ tenía *“la finalidad evidente de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos”*. Y añadió, apuntando la posibilidad de que existan daños de origen legislativo no expropiatorios que fueran indemnizables, que: *“Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso”* (SSTC 108/1986, de 29 de junio, reiterada en STC 99/1987, de 11 de junio, sobre anticipo de la edad de jubilación de los funcionarios, STC 129/1987, de 16 de julio y 70/1988, de 19 de abril).

Existen otros casos de leyes semejantes como el de la Ley 53/1984, de 26 de noviembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que estableció un régimen más severo de incompatibilidades en la función pública. En la misma línea se pueden mencionar las sentencias, que luego serán examinadas en otro apartado de este trabajo, sobre regulación de profesiones, como es el caso de los Agentes de Aduanas (SSTS de 28 y 31 de mayo y 5 de junio de 1997; de 13 de enero de 1998, de 10 de julio de 1999) y de los Agentes de Cambio y Bolsa (SSTS de 18 de septiembre de 1997 y de 11 de febrero de 1999), como consecuencia de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, rechazando la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1997, el reconocimiento de derechos adquiridos *“cuando no se trata del estatuto funcional sino de la regulación de profesiones sujetas a intervención administrativa en que no ya el interés ligado a la buena organización administrativa, sino los intereses generales de la sociedad son los que directamente llevan al ordenamiento jurídico a autorizar la fiscalización del poder público sobre determinados aspectos de su actividad...”*.

Para concluir con esta cuestión de las leyes expropiatorias, y con el fin de rematar la delimitación de los supuestos, se debe hacer mención de una línea jurisprudencial según la cual una ley expropiatoria que calle sobre la indemnización no necesariamente es inconstitucional, pudiendo considerarse constitucional si se interpreta el silencio en el sentido de admisión tácita de un derecho a ser resarcido que podrá ser declarado por los tribunales ordinarios si se entiende que el legislador quiso que los afectados quedaran indemnes.

Así, la STC 28/1997, de 13 de febrero, declaró la constitucionalidad de las Leyes del Parlamento Balear 1/1984, de 14 de marzo, de Ordenación y Protección de las Áreas Naturales de Interés Especial, y 8/1985, de 17 de julio, de declaración de “Es Trenc-Salobrar de Campos” como área natural, y manifiesta en relación con la ley que causa el perjuicio que *“el hecho de que en ella no se disponga expresamente un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio al derecho de propiedad que se derivan de la misma, no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos”*. El Tribunal Supremo, cuando se le planteó la reclamación de indemnizaciones por perjuicios producidos con ocasión de la declaración de “Es Trenc-Salobrar de Campos” como área natural de especial interés, en que el Tribunal Constitucional había reconocido expresamente su constitucionalidad, confirmó este criterio a través de su Sentencia de 17 de febrero de 1998 (Recurso 327/1993), diciendo que: *“es claro, por tanto, que el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos”*.

Lo mismo puede entenderse en aquellos casos en los que la indemnización reconocida por la norma fuese insuficiente, como señaló la STC 149/91, de 4 de julio, al concluir, tras el examen de la disposición transitoria primera de la Ley de Costas, que *“Es evidente, sin embargo, que para que esa postulada insuficiencia comporte la inconstitucionalidad de la norma que fija la indemnización para la expropiación de un conjunto de bienes, se ha de atender no a las circunstancias precisas que en cada supuesto concreto puedan darse, sino a la existencia de un «proporcional equilibrio» (STC 166/1986, FJ 13.B), entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización ofrecida, de modo tal que la norma que la dispone sólo podrá ser entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aquél y ésta se revele manifiestamente desproporcionada de base razonable [...]. De otro lado, y con ello entramos en el análisis de la supuesta violación del derecho a la tutela judicial efectiva, nada impide naturalmente, que los afectados por la expropiación puedan impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional para deducir ante ella las pretensiones que estimen pertinentes frente al mismo”*. En aquel caso la disposición transitoria

citada se refería a los titulares de espacios de la zona marítimo terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la presente Ley, para los cuales se preveía que pasaran a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre mediante el otorgamiento de una concesión por treinta años, prorrogables por otros tantos, que vendrá a permitir los usos y aprovechamientos existentes sin que el titular tenga obligación de abonar canon alguno.

C) *Leyes constitucionales pero que vulneran el principio de confianza legítima (sacrificios singulares).*

Será expuesto en este apartado aquel supuesto de responsabilidad que preveía la STS de 11 de octubre de 1991, dictada en el caso de Pedro Domecq, S.A., por la aplicación de leyes que aun no siendo inconstitucionales y careciendo de contenido expropiatorio conduzca a resultados merecedores de algún género de compensación por producir un sacrificio especial con respecto a un ciudadano o grupo de ciudadanos.

Como ya se ha dicho, aquella sentencia se dictó con fundamento en la STC 108/1986, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad frente a la LOPJ, que anticipaba la edad de jubilación de jueces y magistrados. La mención que contenía la STC 108/1986 a que “*los efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación*”, motivó que se interpusieran numerosos recursos contra los actos de jubilación que contenían además una pretensión de indemnización. Sin embargo, las primeras sentencias que recayeron sirvieron únicamente para determinar cuál era el órgano administrativo que se considera competente para conocer de estas reclamaciones, llegando a la conclusión de que había de ser el Consejo de Ministros, por encarnar “*la unidad de la Administración*” y ostentar “*la máxima representación del poder ejecutivo del Estado, a la vez que es partícipe del mismo*”, por lo menos cuando se tratase de leyes estatales.

Por aquellos entonces se dictaron importantes sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencias de 15 de julio y de 25 de septiembre de 1987) en las que se reconocía que teóricamente existe una obligación de responder por actos legislativos. Los términos empleados por aquellas sentencias merecen ser reproducidos para comprobar su rotundidad: “*Respecto del primero de los requisitos citados, necesario es tener en cuenta que la responsabilidad del Estado frente al recurrente, en la medida en que ella existe o le alcanza, no dimana exclusivamente de la realización de un acto de la Administración, sino de la producción de éste en cumplimiento de una disposición con rango de Ley Orgánica, con lo cual se plantea el problema de la responsabilidad del Estado dimanante, realmente, de un acto legislativo; como ya se ha indicado en las Sentencias de este Tribunal de 15 de julio último, no se puede negar la efectividad de esa responsabilidad, siquiera su declaración presente el problema de su falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero de ello no puede colegirse que de tal ausencia de regulación derive la exención de responsabilidad para el Estado, pues ello implicaría una*

absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma, así como los Principios Generales del Derecho a que hace referencia el artículo 1.º del Código Civil, en su redacción de 31 de mayo de 1974, desarrollando la Ley de Bases para la reforma del título preliminar de dicho texto de 17 de marzo del año precedente; si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso las leyes, de lo que se infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados si, además, concurren los restantes requisitos señalados en la alegación precedente". Sin embargo, como se dijo al comienzo, tal pronunciamiento no pasó de ser un reconocimiento teórico, pues el Tribunal Supremo concluyó en aquellos casos que esta responsabilidad no podía declararse pues había de exigirse del Consejo de Ministros y no de las Administraciones Públicas que se vieron obligadas a aplicar el adelanto de la edad de jubilación a los funcionarios o del CGPJ en el caso de los jueces y magistrados.

En este contexto se dictaron otras sentencias, como la de 10 de junio de 1988, relativa a la Ley de Amnistía, de 15 de octubre de 1977, que desestimó la responsabilidad patrimonial del legislador porque el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, interpretado de forma progresiva y expansiva por los órganos de la jurisdicción, resulta aplicable a *"los órganos de la Administración"*, no así a las consecuencias producidas por una norma con rango de ley declarada correcta constitucionalmente. Se trataba en aquel caso de la demanda de una empresa que, por encontrarse incurso en liquidación, tuvo que reembolsar a diversos trabajadores determinadas cantidades pues no pudo cumplir con la obligación de readmitirles derivada de aquella Ley.

En este contexto se dictó también la Sentencia de 11 de octubre de 1991, en el asunto de Pedro Domecq, S.A., a la que ya se ha hecho mención por su importancia porque, aunque no consideraba acreditadas en ese caso concreto ni la relación de causalidad entre los daños alegados y las disposiciones legales ni la gravedad y efectividad de los perjuicios, reconocía que *"se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado-legislador cuando «merezcan algún género de compensación» de los perjuicios económicos –graves y ciertos– que irroge al particular una ley inconstitucional y no expropiatoria"*.

Y fue en este período cuando, tres días después de la publicación en el BOE de la Ley 30/1992 (y su artículo 139.3), llegó la esperada sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, sobre la anticipación de la edad de jubilación de los funcionarios, con la que el Tribunal se vino a situar en contra de la jurisprudencia anterior sosteniendo a partir de la misma que, si la responsabilidad administrativa y la del poder judicial precisan de un desarrollo legislativo, también se aprecia para construir *"la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del artículo 9.3 del Texto Constitucional, la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles parece*

más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones, razón suficiente para la desestimación del recurso". Se aclaró en la Sentencia que, "tal expresión (en referencia a «algún género de compensación») no supone, por el modo verbal empleado, el reconocimiento de un derecho a indemnización, ya que más bien se trata de una reflexión dirigida al propio legislador".

A partir de esta Sentencia subsistieron dos líneas jurisprudenciales relativas a daños emanados de la aplicación de normas legales constitucionales: la denegatoria iniciada con la STS de 30 de noviembre de 1992, anteriormente mencionada, y la compuesta por una serie de sentencias que, sin descartar de entrada una eventual responsabilidad legislativa, comprueban las circunstancias de cada caso concreto para concluir si procede o no indemnizar, que fue iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1993, sobre supresión sorpresiva de unas bonificaciones fiscales. Hay que precisar que el reconocimiento de indemnizaciones ha sido ciertamente excepcional.

La segunda línea a la que nos referimos se inició con la Sentencia que enjuició el caso planteado por la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, que en virtud del artículo 93 CE autorizó la celebración del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, y que causó daños a las industrias pesqueras como consecuencia de la eliminación gradual de beneficios fiscales consistentes en cupos exentos de aranceles en un plazo de siete años, lo que ocasionó importantes pérdidas a las empresas españolas que ya no podrían amortizar las inversiones realizadas. El Tribunal Supremo apreció que en aquel caso sí se habían vulnerado los principios de buena fe y confianza legítima y reiteró su doctrina en Sentencias de 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 16 de septiembre de 1997, concluyendo que procedía indemnizar.

No obstante, a pesar de que las consecuencias de la incorporación de España a la Unión Europea también se manifestaron en otros ámbitos, como el sector lácteo o en profesiones que fueron suprimidas, como los corredores de comercio y los agentes de cambio y bolsa, la obligación de responder el Estado no se apreció en estos casos (Sentencia Agentes de Aduanas, de 13 de febrero de 1997, y Sentencia de Agentes de Cambio y Bolsa, de 18 de septiembre de 1997), pues se consideró que el daño era hipotético y que se diferenciaban del de las empresas que se dedicaban a la pesca en que éstas habían realizado importantes inversiones para renovar su flota incentivadas por el Real Decreto 830/1985, de 30 de abril, que estableció medidas de fomento entre las que se encontraba la exención de derechos de aduana por las capturas de pescado realizadas por empresas pesqueras conjuntas españolas y de terceros países.

En los casos enjuiciados, las fuertes inversiones que se vieron frustradas estuvieron motivadas por la confianza suscitada por determinadas medidas gubernamentales de fomento previas, pero era preciso apreciar además si en contra del principio de buena fe, seguridad jurídica, equilibrio de las prestaciones y, en definitiva, del principio de confianza legítima, existió sacrificio particular de derecho o interés patrimonial legítimo. En los supuestos

finalmente indemnizados la clave se encontraba en la concurrencia de varios elementos, que son el de la existencia de una previa acción de fomento, el de la previsión por el legislador de plazos para amortiguar el cambio que no hayan sido tan amplios como para evitar el daño, el de que la medida legal fuese irresistible, el de la existencia de un interés legítimo que resultase lesionado, y el de que la lesión no quedase justificada por un interés general o público que debiese prevalecer.

Dada la importancia que iba adquiriendo la cuestión, algunos reclamaban un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que disipase las dudas que se iban acumulando, el cual llegó con la STC 28/1997, de 13 de febrero, dictada como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada con ocasión de un asunto procedente del Tribunal Superior de Justicia de Baleares a cuenta de una ley autonómica.

Este caso, que permitió comprobar que el legislador autonómico no se quedaba fuera de la obligación de responder, se trataba de la Ley balear de Declaración de Determinados Espacios como Área Natural de Especial Interés, que había ocasionado a unas empresas propietarias de parcelas perjuicios derivados de que se les impidiese concluir la urbanización de unos terrenos. La Sentencia declaró que la ley superaba las críticas de inconstitucionalidad y que, a pesar del silencio legal sobre la procedencia de una indemnización, no puede considerarse que esta exclusión vulnerase el artículo 33.3 CE, sino que este extremo se sometería al régimen jurídico vigente de la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos *“que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos”*. La decisión se fundó por una parte en el hecho de que se trataba de una ley de contenido materialmente administrativo y, por otra, en la existencia de una previsión similar que permite la indemnización en el ámbito urbanístico como consecuencia de un cambio de calificación impuesto por un Plan urbanístico cuando, por causa imputable a la Administración, no se hayan podido adquirir las facultades propias del proceso urbanizador, o no se hayan respetado los plazos para su ejecución en la propia planificación.

En este grupo se encuentran las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1999, 27 de septiembre de 1999, 17 de junio de 2009, 24 de febrero de 2010 y 11 de mayo de 2010, que determinaron la responsabilidad del Parlamento balear por la declaración de determinadas áreas del territorio de las islas como protegidas frustrando los derechos urbanísticos de los propietarios.

Otro supuesto de responsabilidad del legislador autonómico tuvo lugar con ocasión de la Ley Canaria 6/1986, de 28 de julio, del Impuesto sobre Combustibles Derivados del Petróleo, creadora de un impuesto que preveía gravar las entregas de este combustible realizadas por vendedores mayoristas, con o sin contraprestación, con destino al consumo interior de las Islas Canarias. Por el mismo tiempo se vino a dictar la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 1 de agosto de 1986, por la que se establecieron los precios máximos de venta de los carburantes, y que obligó a las empresas distribuidoras de petróleo en Canarias a vender sus stocks de carburantes al precio establecido por la

Orden sin poder repercutir a los compradores el nuevo impuesto indirecto, originando importantes pérdidas económicas. El TSJ de Canarias mediante sentencia –confirmadas por SSTs de 8 de octubre (Texaco), 9 de octubre (Shell) y 20 de octubre de 2008– condenó a la Comunidad Autónoma por mala práctica legislativa, por no haber previsto un régimen transitorio que hubiese impedido la producción de estos daños, más la obligación de abonar los intereses legales desde la fecha de la reclamación. Se consideró que se había establecido un tributo sin considerar las posibles situaciones jurídicas individualizadas preexistentes, en concreto, en lo atinente al combustible ya adquirido en la refinería, que hubo de venderse a precios más bajos a causa del nuevo régimen fiscal. El daño que se aprecia no deriva del sometimiento al nuevo impuesto especial en sí, supuesto excluido de la antijuridicidad, sino en la imposibilidad de las entidades recurrentes de vender el carburante almacenado a un precio libre, pues éste lo fijaba el Gobierno mediante norma reglamentaria.

Se puede recapitular diciendo que el reconocimiento judicial de responsabilidad del legislador en estos supuestos ha sido excepcional pues no cabe duda que encuentra importantes obstáculos como el de la dificultad que entraña apreciar que una ley constitucional pueda infringir el principio de seguridad jurídica que debe ser inherente a la misma. Su apreciación ha tenido lugar, por tanto, cuando se han reunido circunstancias muy concretas, como las que antes se han citado en relación con las pesqueras, los combustibles de Canarias o los terrenos baleares, es decir, que el mantenimiento de una situación preexistente como consecuencia de la previa acción administrativa de fomento sea luego alterado en virtud de una norma legal, la perentoriedad de los plazos impuestos por el legislador para adaptarse a la nueva disposición, y la obligatoriedad de ésta.

La tónica general, en consecuencia, ha sido la desestimación de las reclamaciones por estos daños, como lo demuestran además de las muchas sentencias ya citadas, otras más recientes como las desestimatorias de las reclamaciones que formularon los propietarios de establecimientos expendedores de tabaco por aplicación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y reguladora de la Venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, que les impide expender este producto en determinados espacios públicos (Sentencias de 29 de abril, 8 de junio, 22 de junio de 2010 y 25 de enero de 2011), que fundamentaron la desestimación en que la medida era previsible.

El Tribunal Supremo ha ido añadiendo más argumentos contrarios a la responsabilidad como el de que no es posible discutir en sede judicial el alcance y la cuantía de la indemnización cuando la misma ha sido expresamente prevista por la norma legal (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014).

También se ha venido a desestimar la reclamación en los casos en los que se considera que el perjudicado puede adaptarse a las nuevas condiciones creadas por la Ley en cuestión (SSTs de 14 de febrero, 3, 13 y 20 de abril y 7 de mayo, todas de 2002, sobre la supresión del régimen de monopolio de que disfrutaban los servicios mortuorios de varios municipios

españoles), o en las que el propio legislador prevé las medidas transitorias adecuadas para paliar los efectos negativos de la norma (STS de 10 de junio de 2004), o al menos en los que los plazos de adaptación a la nueva medida son suficientemente amplios.

D) Daños ocasionados por leyes inconstitucionales.

a) Requisitos indemnizatorios.

Los daños que serán tratados a continuación obligan a precisar que la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en una ley, o la constatación de que se ha producido una omisión legislativa contraria a la Constitución, no generan en principio un derecho a ser indemnizado. Es necesario que concurra necesariamente un presupuesto de la responsabilidad que es la sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad.

Se puede decir que éste ha sido el supuesto de responsabilidad que ha recibido mayor tratamiento doctrinal y jurisprudencial y en el que se ha recorrido un amplio trayecto que se extiende desde la absoluta oposición al reconocimiento de responsabilidad a otros pronunciamientos estimatorios en los que se vino a acoger definitivamente un supuesto más.

En esta materia deben diferenciarse los efectos de la sentencia sobre los actos de aplicación de la ley, por un lado, de la indemnización de los daños que estos mismos actos hayan podido causar, por otro.

El primer pronunciamiento favorable a la indemnización a un particular con causa en un ilícito legislativo tuvo lugar con la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000. Se trataba de una empresa de máquinas recreativas que sufrió los perjuicios derivados de la aplicación del gravamen complementario sobre los juegos de suerte, envite o azar para el año 1990, introducido sorpresivamente por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, y que fue anulado con posterioridad por la STC 173/1996, de 31 de octubre, por ser contrario al artículo 9.3 de la Constitución Española. El Tribunal Supremo reconoció que *“por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, 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”*. Y también reconoció que *“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”*.

La Sentencia distinguió entre indemnización de daños causados por la aplicación de una ley inconstitucional y la revisión de los actos firmes en que consiste dicha aplicación y contiene consideraciones importantes sobre los efectos de la cosa juzgada. Y así, dado que es indiscutible la existencia de antijuridicidad, por inconstitucionalidad, como origen

de la lesión patrimonial, procede compensar a través de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, toda vez que no se habían podido devolver las cantidades ingresadas indebidamente.

Muy pocos meses después, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 2000, sirvió para aclarar la cuestión que se había suscitado a consecuencia de haber distinguido entre los perjudicados según que hubiesen recurrido previamente o no, llegando a la conclusión de que la impugnación previa era irrelevante.

Los argumentos que se ofrecían en contra del reconocimiento de la responsabilidad se fundaban en el artículo 40.1 LOTC, según el cual, "*Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad*". Se argumentaba que, de acuerdo con este precepto, los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad tienen carácter *ex nunc* y no resulta posible revisar procesos abiertos con fundamento en la disposición anulada que hubieran concluido.

Ahora bien, cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley lo que puede es pronunciarse sobre los efectos de la constitucionalidad hacia el pasado indicando qué actos de aplicación de la ley permanecerán y cuáles desaparecen, así como también para el futuro. Sin embargo, lo que no puede es enjuiciar o pronunciarse acerca de los concretos perjuicios que hayan podido sufrir los destinatarios de una ley inconstitucional, pues ello corresponde a la jurisdicción ordinaria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2000, explicó la interpretación adecuada que ha darse al artículo 40.1 LOTC, en el sentido de considerar que procede la revisión de aquellos actos. La jurisdicción ordinaria puede pronunciarse sobre su eficacia retroactiva (*ex tunc*) o sus efectos prospectivos (*ex nunc*).

b) Procedimiento y plazo.

Y para concluir con este supuesto de responsabilidad cabe referirse a los medios con los que cuentan los perjudicados por la acción de la norma declarada ilegítima para lograr el resarcimiento. Cabe, por una parte, la posibilidad de instar la revisión de oficio de los actos administrativos derivados de la disposición legal anulada (artículo 102 de la LPC) o bien la devolución de ingresos indebidos en el ámbito tributario, con el correspondiente ejercicio de la acción resarcitoria de manera simultánea o sucesiva. También cabe reclamar directamente, por otra, la indemnización empleando dicha acción de forma independiente de la dirigida a obtener la nulidad del acto administrativo de aplicación, lo cual parece obligado cuando aquellos actos de aplicación hayan devenido firmes.

El plazo para poder reclamar los perjuicios ocasionados por actos de aplicación de una ley que se viene a declarar inconstitucional, es el de un año a contar desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad.

Puede recapitularse lo anterior diciendo que el régimen en la materia quedó definitivamente delimitado a partir de estas Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero, 13 de junio, ya citadas, y en las de 15 de julio, 30 de septiembre y 27 de diciembre de 2000. A partir de las mismas y, en concreto, a partir de la de 15 de julio, se vino a reconocer la posibilidad de revisar las actuaciones administrativas firmes que hubiesen sido dictadas con base en la ley anulada, indicando que el fundamento de la compensación pecuniaria radica en la autonomía de la acción de responsabilidad por leyes inconstitucionales mediante la que se obtiene del legislador autor de la ley anulada la reparación del daño causado. Estas Sentencias resultaron de gran trascendencia pues, como se ha dicho, una vez que se había reconocido ya la responsabilidad por actuaciones u omisiones legislativas contrarias al derecho comunitario y por leyes válidas, quedaba todavía por pronunciarse sobre si la responsabilidad patrimonial del Estado legislador incluía la reparación de daños que tuviesen su origen en la aplicación de una ley después declarada inconstitucional.

c) *Pronunciamientos jurisprudenciales.*

- En la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2010, se reconoció una indemnización por los perjuicios causados por la aplicación del declarado inconstitucional, Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, que suprimió la obligación de pago de los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente en que el empresario optase por la extinción de la relación laboral. Fue declarado inconstitucional por la STC 68/2007, de 28 de marzo, porque no reunía el presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por el artículo 86.1 CE. La Sentencia del Tribunal Supremo dictada con motivo de esta declaración de inconstitucionalidad tiene interés porque deja claro que la condición prevista en el artículo 139.3 LPC, esto es, *“cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”*, *“no es aplicable ni entra en juego cuando la hipotética lesión tiene su origen en la aplicación de leyes o normas con fuerza de ley declaradas inconstitucionales, como es el caso”*. También reviste interés porque ratifica la distinción entre la cosa juzgada de un proceso anterior y la acción de responsabilidad de un nuevo proceso, tras dictarse una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad. Esta Sentencia, ya para concluir con su análisis, tiene interés porque, aunque sólo sea a modo de hipótesis, introduce la posibilidad de encontrar supuestos en los que a pesar de existir una declaración de inconstitucionalidad que ofrezca el elemento de antijuridicidad, estén exceptuados de la obligación de ser indemnizados pues *“sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño”*.

- La hipotética situación en la que exista una obligación de soportar en circunstancias singulares el daño ocasionado por la aplicación de una ley inconstitucional, también ha sido contemplado en esos términos, repetimos que hipotéticos, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2013. En la misma se estimó una reclamación patrimonial formulada como consecuencia de la aplicación de una ley que modificó con carácter retroactivo el ingreso de cuotas a la Seguridad Social y que fue declarada inconstitucional y nula, por contraria al artículo 9.3 CE, en virtud de Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2009, de 20 de abril.
- Otro pronunciamiento de responsabilidad como consecuencia de inconstitucionalidad de la norma fue el del pase a segunda actividad del personal del Cuerpo Nacional de Policía, declarado inconstitucional en virtud de Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1999, de 16 de diciembre, por haberse incluido en una Ley de Presupuestos Generales del Estado, y no ser éste un contenido constitucionalmente apto para este tipo especial de leyes. Se trataba, pues, del reconocimiento de responsabilidad del Estado legislador por inconstitucionalidad de tipo formal.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que había planteado la cuestión de inconstitucionalidad que motivó la citada Sentencia, dictó Sentencia de 7 de julio de 2000, estimando el recurso en el sentido de anular la declaración de pase a la segunda actividad y reconociendo el derecho a percibir la retribución correspondiente a la situación de primera actividad. Porque en este caso el interesado no había recurrido el acto de aplicación de la ley, sino que se había aquietado consintiéndolo, y no fue hasta la declaración de inconstitucionalidad cuando solicitó la reparación, el Tribunal Supremo, siguiendo la línea iniciada por las Sentencias del año 2000 mencionadas más arriba, dictó Sentencia de 17 de julio de 2003, en la que concluyó que *“la Sentencia (del Tribunal Constitucional) no puso límite alguno a su declaración en cuanto a la afectación de las situaciones que hubieran nacido bajo su vigencia, de modo que al no existir sentencia dictada en proceso ya fenecido ni invocar el Tribunal razones de seguridad jurídica para conservar esas situaciones, no existe obstáculo para que esta Sala pueda estimar la demanda planteada”*.

- Otro supuesto importante en el que se ha planteado la cuestión es el de las “tarifas portuarias”, en el que el mediante Sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de abril y 10 de mayo de 2005, se declararon inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado, que regulaban las tarifas que en España cobran las autoridades por la prestación de servicios portuarios. Se declaró que las llamadas tarifas portuarias no son precios privados, sino prestaciones patrimoniales públicas sometidas al principio de reserva de ley, y que sólo por ley formal puede regularse su creación, y la determinación de sus elementos esenciales o configuradores. Entonces se planteó para los principales operadores marítimos la posibilidad de solicitar la devolución de las tarifas devengadas desde 1993 y hasta el año 2000.

Entre otras Sentencias del Tribunal Supremo, en la de 17 de diciembre de 2010, se advierte una tendencia restrictiva del carácter expansivo de esta responsabilidad pues

se concluyó que no puede hablarse de un daño real o efectivo para el obligado que satisfizo la tarifa por la prestación del correspondiente servicio portuario, pues en definitiva se ha beneficiado de la prestación de dicho servicio portuario y que a efectos de la reclamación de responsabilidad patrimonial no basta con acreditar que la devolución del importe no supondría un enriquecimiento injusto, sino que es preciso acreditar además un empobrecimiento injusto. O la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2011, en la que se insiste en la necesidad de la existencia de un daño real y efectivo que, en este caso no quedó acreditado.

- También cabe citar la inconstitucionalidad del recargo del IRPF para las declaraciones y autoliquidaciones realizadas fuera de plazo (entre otras, SSTS de 2 de julio de 2004, 16 de diciembre de 2004, y 24 y 31 de mayo de 2005). En estas Sentencias también se advierte esa tendencia restrictiva a la que se acaba de hacer mención pues se emplea como criterio para apreciar la existencia de obligación reparatoria el de la relevancia del vicio de inconstitucionalidad.
- Otras manifestaciones de la tendencia restrictiva de la que se ha advertido es posible encontrar en algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el cual está incluyendo expresamente declaraciones de efectos prospectivos de sus fallos de inconstitucionalidad, que impiden su análisis en sede judicial ordinaria así como la consideración de cualquier otra acción diferente de la revisión para obtener la reparación pecuniaria del daño causado. Es el caso de la anulación, mediante la Sentencia 194/2000, de la disposición adicional 4.^a de la Ley de Tasas y Precios Públicos, que afectó al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y que dio lugar a diversas Sentencias del Tribunal Supremo de 2003 y 2004 que con base en dicho argumento desestimaron la indemnización a los particulares a los que se había revisado dicho impuesto.

También ocurrió lo mismo con la declaración de inconstitucionalidad de la STC 289/2000, que anuló la Ley balear del impuesto de instalaciones que inciden sobre el medio ambiente, y que dio lugar a la STS de 25 de febrero de 2011, igualmente desestimatoria de la pretensión de la mercantil REPSOL de obtener la reparación del gasto causado por el pago de dicho gravamen.

2. INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

2.1. Concepto.

Se dedicará este primer apartado a tratar el incumplimiento del derecho comunitario y luego, en el apartado siguiente, será examinada la responsabilidad a la que el mismo da lugar.

El artículo 4.3 TUE establece que:

“Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

En España, el ejercicio de la llamada “función europea”, es decir, la participación en la formación del Derecho Europeo, su recepción o incorporación al ordenamiento interno y su aplicación, así como también, por tanto, la responsabilidad política y jurídica por dicho ejercicio, se encuentra como consecuencia de la descentralización política y administrativa, repartido entre el Estado, las CCAA y las EELL.

El incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tiene lugar cada vez que un Estado incumple cualquiera de *“las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados”* (artículo 258 TFUE). Por tanto, es “incumplimiento comunitario” la infracción objetiva del Derecho de la Unión Europea, cualquiera que sea su tipo y el poder público interno del que provenga. En consecuencia, por tanto, desde la perspectiva comunitaria, no son “incumplimiento” las infracciones de los particulares.

Resulta útil en este punto referirse al Informe del Consejo de Estado sobre las garantías de cumplimiento del Derecho comunitario, de 15 de diciembre de 2010, para distinguir dos tipos de incumplimientos del derecho comunitario.

Por una parte se encontrarían los incumplimientos de tipo ordinamental, como la falta de incorporación o la incorporación tardía de las directivas comunitarias; la falta de adopción o la adopción tardía de disposiciones de desarrollo de los reglamentos comunitarios que las precisen; la falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición; la incorporación o el desarrollo defectuoso o incompleto de las directivas y reglamentos comunitarios; o la falta de depuración del ordenamiento nacional (aprobandando o manteniendo en vigor normas incompatibles con el Derecho Europeo).

En segundo lugar, se encuentran los incumplimientos de tipo ejecutivo o administrativo, como la adopción o el mantenimiento de la eficacia de actuaciones (actos y prácticas administrativas o, incluso, judiciales) incompatibles con el Derecho Europeo o los actos de sus instituciones (significativamente, las decisiones adoptadas por la Comisión respecto de un Estado); la omisión de actuaciones (actos jurídicos, actos puramente materiales o técnicos, etc.) requeridas por el ordenamiento comunitario directa o indirectamente (esto

es, por las normas nacionales de transposición); y la falta de ejecución de alguna sentencia del Tribunal de Justicia.

2.2. Declaración del incumplimiento.

De acuerdo con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, el juez nacional está obligado a dejar de aplicar cualquier ley nacional anticomunitaria (doctrina Simmenthal, STJUE de 9 de marzo de 1978), está obligado a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares, pudiendo reconocerlos y restablecer las situaciones jurídicas de los individuos que se hubiesen visto afectados por la vulneración de tales derechos, lo que incluye la condena a reparar los perjuicios indebidamente soportados (esto es, los daños, entendidos como lesión antijurídica, como perjuicio que no existe obligación de soportar).

Las autoridades nacionales son las que primeramente están encargadas de controlar y asegurar el cumplimiento del ordenamiento comunitario, pues el mismo se integra y pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno, todo ello sin perjuicio de las facultades de control que se atribuyen a las propias instituciones comunitarias.

Por su importancia, se expondrá a continuación el control efectuado directamente por la propia Unión Europea.

A) Recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

Puede ser planteado por la Comisión (artículo 258 TFUE) y por cualquiera de los Estados miembros (artículo 259 TFUE). En ambos casos hay una fase precontenciosa en la que la Comisión, tras conceder audiencia al Estado supuestamente incumplidor, emite un dictamen motivado en el que se concreta el incumplimiento y se indican las medidas necesarias para restablecer la legalidad comunitaria y el plazo para adoptarlas. Si el Estado no se atiene a dicho dictamen en un plazo razonable, que suele rondar los dos meses, la Comisión puede plantear el recurso ante el Tribunal de Justicia cuando lo considere oportuno. En caso de que la denuncia provenga de otro Estado también es necesario el dictamen motivado de la Comisión para poder plantear el recurso con idéntica discrecionalidad.

La fase contenciosa o judicial comienza con la interposición de la demanda por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, que no pierde su objeto aunque finalmente el Estado cumpla el dictamen de la Comisión. La existencia o no del incumplimiento debe apreciarse por la situación que se diera en el momento de expirar el plazo señalado para cumplir el dictamen motivado, sin que el Tribunal de Justicia pueda tener en cuenta los cambios ocurridos posteriormente. No obstante, la Comisión o el Estado demandantes pueden solicitar el archivo si el Estado incumplidor finalmente cumple.

La Sentencia del Tribunal de Justicia declara únicamente si la actuación del Estado incumple el ordenamiento comunitario y por qué, pero no anula los actos o disposiciones en los que en su caso se haya concretado el incumplimiento, siendo el Estado el que, frente a la Unión Europea y los demás Estados miembros, queda obligado a realizar en el plazo más breve posible las actuaciones necesarias para acatar la sentencia de incumplimiento (revisando dichos actos o disposiciones, sustituyéndolos por otros, llevando a cabo las actuaciones materiales que correspondan y reparando los daños que hubiera podido ocasionar el incumplimiento).

B) El recurso por inejecución de sentencia.

Si después de dictada la sentencia continúa el incumplimiento existe otro mecanismo que permite a la Comisión pedir al Tribunal de Justicia que imponga al Estado incumplidor una multa coercitiva o le condene al pago de una suma a tanto alzado (artículo 260 TFUE).

También cuenta con una fase precontenciosa ante la Comisión que concluye con un dictamen de la misma en el que se concreta la inejecución y se indican las medidas necesarias para restablecer la legalidad comunitaria y el plazo para adoptarlas.

La Comisión puede demandar al Estado ante el Tribunal de Justicia si éste no cumple en el plazo indicado, indicando el importe de la multa coercitiva o de la suma a tanto alzado que considere razonables. Puede pedir incluso la acumulación de ambas medidas (multa coercitiva por los días que medien hasta la ejecución y condena pecuniaria para sancionar el hecho mismo de la inejecución).

C) La cuestión prejudicial.

No conduce a una declaración de incumplimiento del Tribunal de Justicia, sino del órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión, pues cumple tan sólo una función aclaradora o interpretativa del ordenamiento comunitario. El tribunal nacional, ateniéndose a la respuesta recibida del Tribunal de Justicia, puede constatar y declarar la infracción del ordenamiento comunitario y actuar en consecuencia: dictando la sentencia que corresponda para restablecer la legalidad comunitaria, garantizando su ejecución y poniendo fin al incumplimiento por un cauce de control interno.

2.3. Responsabilidad institucional del Estado por incumplimiento comunitario. Repercusión o traslación a instituciones nacionales.

Cuando se aprecia un incumplimiento en sede comunitaria puede surgir el deber de pagar una multa coercitiva o una suma a tanto alzado o el de soportar determinadas cargas (deducciones, correcciones financieras, reintegros) por parte del Estado, y ello plantea

la necesidad de determinar cómo se traslada o comparte entre las instituciones internas esa responsabilidad exterior del Estado, pues puede ocurrir que el incumplimiento sea imputable, en el caso de un Estado como el español, a alguna de las tres instancias político territoriales (Estado, CCAA y Entidades Locales) que pueden concurrir en el ejercicio de la “función europea”, entendida ésta como formación del Derecho Europeo, su recepción o incorporación al ordenamiento interno y su aplicación.

La jurisprudencia constitucional ha considerado admisible el establecimiento de mecanismos de repercusión –en realidad, de redistribución– que permitan al Estado trasladar total o parcialmente a las CCAA, y habría que incluir a las EELL, las consecuencias que deba soportar en virtud de su responsabilidad exterior o internacional (esto es, ante la Unión Europea) por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en cuanto, en el plano interno, no puede serle atribuido exclusivamente.

Tras introducirse en sectores diversos (como la política agraria, fondos europeos, protección de aguas ambientales, política monetaria, tutela de consumidores, etc.), la corresponsabilidad de los órganos nacionales internos por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea quedó convertida en regla general con la DA 1.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que autorizó al Gobierno a desarrollar reglamentariamente sus previsiones y atribuyó al Consejo de Ministros la competencia para declarar la responsabilidad de cada Administración o entidad afectada, liquidar la deuda correspondiente y acordar su compensación con cargo a las cantidades que deba transferirle el Estado por cualquier concepto (presupuestario y no presupuestario).

Posteriormente, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (artículo 8 y disposición adicional 2.^a), dio expresión positiva y alcance general al principio de corresponsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario, exigiendo que las Administraciones Públicas y cualquiera de las entidades integrantes del sector público que, en el ejercicio de sus competencias, incumplan obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea, asuman, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento por las sanciones impuestas al Reino de España por las instituciones europeas (artículo 8.1).

El Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, reguló los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, si bien, habría venido sólo parcialmente a desarrollar la previsión legal citada, pues regula nada más que los criterios y el procedimiento de repercusión descendente (y haciéndolo exclusivamente, además, para los supuestos de incumplimiento comunitario).

Este procedimiento permite a la Administración del Estado trasladar o repercutir, total o parcialmente, las sanciones o cargas impuestas por un incumplimiento comunitario sobre cualquier entidad del sector público en cuanto dicho incumplimiento la sea im-

putable internamente por tener origen en el ejercicio indebido de las competencias o funciones que tiene atribuidas según la interna organización del Estado. Todo ello sobre la base de la corresponsabilidad patrimonial o financiera de tales instituciones, que deriva de la propia organización del Estado (descentralización política y administrativa, que es tanto territorial como funcional) y su correspondiente contribución o participación al resarcimiento.

Reviste interés el hecho de que si bien existen reconocidos en nuestro ordenamiento la posibilidad e incluso un procedimiento de repercusión “descendente”, no exista, sin embargo, aún en el ordenamiento español un procedimiento de repercusión “ascendente”, que permita a las Entidades Locales ser resarcidas por la Comunidad autónoma correspondiente o el Estado o a las Comunidades Autónomas que puedan ser resarcidas por el Estado.

Esta carencia ha sido estudiada profundamente por Gómez Puente, el cual encuentra en nuestro ordenamiento argumentos que justifican la necesidad de reconocer la posibilidad de una regulación y de un procedimiento de repercusión ascendente que permita poner la reparación de los perjuicios institucionales asociados al cumplimiento del Derecho comunitario a cargo de quien efectivamente los provoca. Para el citado autor, son numerosas las razones que existen para corregir esta carencia de nuestro ordenamiento.

El primer argumento que justifica la necesidad de reconocer un procedimiento de repercusión ascendente se encuentra en la propia existencia, en sentido contrario, de un procedimiento de repercusión descendente, sobre la base de la corresponsabilidad patrimonial o financiera de tales instituciones que deriva de la propia organización del Estado.

La pretendida repercusión ascendente sería, a juicio de este autor, otra manifestación más del ejercicio de la llamada “función europea”, toda vez que la responsabilidad política por dicho ejercicio se halla constitucionalmente repartida en aras de la descentralización política y administrativa, entre el Estado, las CCAA y las EELL.

Del propio principio de corresponsabilidad en la ejecución de la función europea se sigue que las Entidades Locales y la Comunidades Autónomas puedan trasladarse y trasladar al Estado la responsabilidad que asumen ante terceros por la corrección de los incumplimientos que no le son imputables.

La proyección simétrica del principio de responsabilidad de las instituciones políticas y administrativas encargadas de la función europea se deduce también de los principios constitucionales de unidad, lealtad institucional y colaboración de los que deriva aquél.

También ofrece Gómez Puente como argumentos en favor de esta posibilidad de repercusión ascendente los principios de autonomía política y financiera, pues el sistema de financiación autonómico (Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas), basado en los principios de igualdad fiscal, equilibrio

económico, financiación básica, corresponsabilidad, solidaridad interregional, suficiencia o lealtad institucional, quedaría alterado si las CCAA no pudieran resarcirse del perjuicio financiero que les ocasionen los incumplimientos o la corrección de los incumplimientos comunitarios que son imputables al Estado. De ahí que la repercusión ascendente pueda ser también justificada como un mecanismo de garantía de la autonomía financiera y, por lo tanto, como una exigencia propia de su efectividad. Similares argumentos pueden invocarse en respeto de la autonomía financiera de los entes locales.

También se cita por el mencionado autor en apoyo de la proyección simétrica del principio de corresponsabilidad y de la posibilidad de una repercusión ascendente, el principio de sostenibilidad financiera, que se deriva del principio de estabilidad presupuestaria, recientemente constitucionalizado tras la reforma de 27 de septiembre de 2011 del artículo 135 CE. De acuerdo con la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, las Administraciones y demás entidades del sector público deben actuar de modo que no comprometan su capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial. Dicho principio obliga al Estado a soportar los oportunos ajustes en sus cuentas y realizar las compensaciones oportunas a las CCAA afectadas para evitar que su capacidad pueda verse comprometida como consecuencia del ejercicio de la función europea y de un incumplimiento o la corrección de un incumplimiento comunitario que no les sea imputable.

La justificación del resarcimiento ascendente descansa también en la propia distribución constitucional de competencias que condiciona el ejercicio de la función europea. No resulta posible considerar responsable del incumplimiento comunitario a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales si se tiene en cuenta que las normas internas de distribución y articulación de competencias impiden a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales inaplicar las leyes del Estado que consideren incompatibles con el Derecho de la Unión Europea. Y es que aunque las CCAA y EELL dispongan del poder-deber de inaplicar leyes nacionales incompatibles con el ordenamiento comunitario (doctrina Simmenthal, STJUE de 9 de marzo de 1978) hay que poner en relación este poder-deber con la imposibilidad que, por otra parte, tienen las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales de inaplicar las leyes estatales que se reputen contrarias a la Constitución española. Y de este modo, llegar a la conclusión, contenida en el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, de considerar prudente renunciar al reconocimiento expreso en nuestro Derecho de un poder-deber de la Administración de inaplicar normas internas contrarias al ordenamiento jurídico comunitario.

Se trata de un poder-deber con el que cuentan en mayor medida los órganos jurisdiccionales y que resulta de difícil reconocimiento a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

2.4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes contrarias al derecho europeo.

A) Fundamento.

La responsabilidad por los daños que ocasione una disposición legislativa contraria a una norma superior puede fundarse en la infracción de la Constitución o también en la del Derecho europeo. A desarrollar este título de imputación de la responsabilidad del Estado se dedica el presente apartado.

El incumplimiento comunitario también puede vulnerar derechos o intereses legítimos individuales y causar perjuicios que, por su carácter antijurídico, merezcan legalmente la consideración de daños y deban ser reparados. Las instituciones nacionales causantes del daño derivado del incumplimiento contraen el deber de reparar el mismo de acuerdo con los principios y reglas que ordenan la responsabilidad patrimonial extracontractual. Nos encontramos así ante una responsabilidad por daños subjetivos, causados a particulares por el funcionamiento, en este caso anormal, de los servicios públicos (artículos 106.2 CE y 139 y siguientes LRJ-PAC).

El perjuicio puede haber sido ocasionado por una ley nacional y permite ser reclamada su reparación a través de la vía administrativa y posteriormente la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que la infracción del derecho comunitario hace surgir el requisito de la antijuridicidad.

Por ser el ordenamiento comunitario de preferente y directa aplicación por los poderes internos del Estado, al igual que deberían haber adecuado el ordenamiento nacional al comunitario y garantizar su cumplimiento, éstos contraen una responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de su incumplimiento.

Como introducción a la cuestión ha de decirse que el principio de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, que será tratado en el último apartado de este capítulo, constituye una expresión del principio general de los ordenamientos estatales según el cual una acción u omisión ilegal provoca la obligación de reparar el perjuicio causado. A falta de disposiciones en el Tratado que regulen de manera expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho comunitario por los Estados miembros, la remisión a los principios comunes antes citados atribuye al Tribunal de Justicia la función de intérprete de los Tratados mediante la que ha ido edificando el principio de responsabilidad de los Estados.

El principio de responsabilidad de los Estados miembros por daños causados a particulares mediante actuaciones contrarias al Derecho comunitario, como se acaba de comenzar diciendo, no se encuentra plasmado en ninguna norma expresa de los Tratados pero se encuentra garantizado por numerosos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha elaborado un cuerpo amplio de doctrina sobre la responsabilidad extra-

contractual de los poderes públicos. Se trata de uno de los principios jurídicos básicos que regulan la relación con los ordenamientos estatales y que, en definitiva, se relaciona con los principios de eficacia directa y primacía del derecho de la Unión, pues si los particulares no tienen la posibilidad de obtener reparación cuando sufren un perjuicio ocasionado por los poderes públicos dichos principios quedaría en entredicho. En su Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, el Pleno del Tribunal de Justicia, llegó a concluir que este principio es constitutivo de una de las funciones “*esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho establecido por los Tratados*”.

El fundamento de esta responsabilidad también es posible encontrarlo en el antiguo artículo 10 TCE, actual artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, de acuerdo con el cual, por parte de los Estados miembros han de adoptarse las medidas apropiadas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre ellos en virtud del Derecho comunitario, una de las cuales es la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario, ya se trate de normas invocables o no directamente ante los tribunales por los ciudadanos. Se trata del principio según el cual los particulares tienen derecho a obtener una reparación de los poderes públicos cuando sufran un perjuicio causado por éstos y que se ha ido configurando por el Tribunal desde que fuese por primera vez reconocido en la Sentencia Francovich y Bonifaci (C-6/90 y 9/90), de 19 de noviembre de 1991. En aquella Sentencia el Tribunal de Justicia consideró que unos trabajadores asalariados, por darse el caso de la insolvencia del empresario, sufrieron los perjuicios que se derivaban directamente de la no adaptación por parte de la República de Italia del Derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE que pretendía garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario.

La Sentencia concluyó que: “*La posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente asunto, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario. De todo ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado*”.

B) Requisitos.

Poco después el principio quedó definitivamente consolidado mediante la Sentencia del Pleno, de 5-III-1996, recaída en el caso Brasserie du Pêcheur S.A. y República Federal de Alemania y The Queen y Secretary of State for Transport ex parte: Factortame III, C-46/93 y C-48/93. En esta Sentencia se replanteó el asunto y se vino a concluir que: “*los particulares lesionados tienen derecho a una indemnización cuando la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferirles derechos, la violación esté suficientemente caracterizada y exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el*

perjuicio sufrido por los particulares". A raíz de esta Sentencia quedan establecidos los tres requisitos que se vienen exigiendo por el Tribunal de Luxemburgo como *"necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos"*.

Esto es, se trata de un principio que resulta indisponible para los Estados pero que además tiene carácter de mínimo, pues puede ser mejorado por los mismos. La Sentencia de 4 de julio de 2000, Haim II (C-424/97) y la Sentencia de 1 de junio de 1999, Konle, C-302/97, han precisado que incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho comunitario, con independencia de la autoridad pública que haya incurrido en el incumplimiento, y sea cual fuere aquella a la que, con arreglo a su derecho interno, le corresponda hacerse cargo de la reparación.

Aunque, por una parte, los requisitos sustantivos del derecho a la indemnización que se acaban de exponer se encuentran determinados por el Derecho de la Unión Europea, las mismas Sentencias citadas, por otra, dejaron sentado en lo que al marco normativo en el que han de desarrollarse las correspondientes reclamaciones de responsabilidad se refiere que, *"a falta de una normativa comunitaria"* la reclamación que se dirija al Estado por este motivo debe someterse al ordenamiento estatal en materia de responsabilidad, remitiendo, por tanto, en lo que al ejercicio de la acción indemnizatoria contra el Estado se refiere, a cada Derecho estatal.

C) Especial examen del requisito de la violación suficientemente caracterizada.

De los tres requisitos sustanciales que se vienen exigiendo desde la Sentencia Brasserie para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea repetimos: a) que se trate del incumplimiento de normas destinadas a conferir derechos a los particulares; b) que se trate de un incumplimiento cualificado, por reunir las características de una *"violación suficientemente caracterizada"* del Derecho de la Unión Europea, y c) que exista un nexo de causalidad directo entre el incumplimiento estatal y el daño sufrido por el particular afectado, parece necesario detenerse en el de la *"violación suficientemente caracterizada"* ya que, por su indeterminación y su marcado carácter subjetivo, ha generado un mayor número de pronunciamientos jurisprudenciales y opiniones doctrinales. Los requisitos primero y tercero estaban ya presentes en la Sentencia Francovich, mientras que acerca del segundo hay que destacar la importancia de la Sentencia Brasserie en cuanto que establece criterios para determinar cuándo se está ante una violación suficientemente caracterizada.

En la Sentencia Brasserie se llegó a la conclusión de que la protección de los derechos que a los particulares otorga el Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño, y que, por tanto, los requisitos exigidos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los parti-

culares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. Por tanto, se vino a incorporar al régimen de la responsabilidad estatal el requisito de la violación suficientemente caracterizada, reconocido en materia de responsabilidad extracontractual de la Unión (artículo 340 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; antiguo artículo 288 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), resultando desde entonces irrelevante que el incumplidor del derecho europeo sea una institución comunitaria o un estado miembro, y que deba responder por ello la Unión o uno de los estados miembros.

La exigencia de que para que pueda ser indemnizado un daño es preciso que el incumplimiento del derecho de la Unión europea del que deriva sea de una relevante importancia es un requisito creado por el Tribunal de Justicia y que procede del ámbito de la responsabilidad extracontractual del derecho de la Unión europea por actos normativos que implicaban opciones de política económica. El fundamento del requisito de la violación suficientemente caracterizada, es decir, de la cualificación de la ilegalidad cometida por una institución europea reside en que el interés general justifica el incumplimiento de la legalidad sin incurrir en responsabilidad en algunos casos en los que no se ha traspasado un determinado límite de razonabilidad.

El requisito de la violación suficientemente caracterizada también quedó descrito por la Sentencia Brasserie, en relación con estos casos, como la violación manifiesta y grave del derecho comunitario en el sentido que lo venía haciendo para la responsabilidad extracontractual por incumplimiento, en los siguientes términos: *“sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha exlmitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades”* (Brasserie, apartado 45). Inobservancia manifiesta y grave por parte de un Estado o, como luego se expondrá, de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

Pero hay que añadir que la indeterminación con la que aparecía reconocido este requisito motivó enseguida que se añadieran precisiones al mismo e incluso que recibiese críticas muy autorizadas como las de los Abogados Generales Leger y Tesauro que lo calificaron de insatisfactorio y de demasiado riguroso porque, en definitiva, hacía depender la responsabilidad de la gravedad del incumplimiento y no de la gravedad del daño sufrido por la víctima.

El mismo Tribunal de Justicia, con el objeto de que los órganos jurisdiccionales estatales a los que corresponda resolver alguna reclamación de este tipo, pudiesen aplicar correctamente este presupuesto, consideró oportuno ofrecer en la Sentencia Brasserie algunos elementos a tener en cuenta para concluir si se está ante una violación suficientemente caracterizada, a saber:

- 1) el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada,
- 2) la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales,
- 3) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado,

- 4) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y
- 5) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución de la Unión Europea hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho de la Unión.

Más adelante, la Sentencia de 4 de julio de 2000, Haim II (C-424/97), ha añadido que la mera infracción puede ser suficiente para demostrar una violación suficientemente caracterizada y que la obligación de reparar no puede supeditarse a un requisito basado en el concepto de culpa que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada.

Poco tiempo después, desde la Sentencia Hedley Lomas, de 23 de mayo de 1996, el sistema fue simplificado en el sentido de exigirse la violación suficientemente caracterizada en todos los casos, y no sólo en los que el legislador dispusiese de amplias facultades de apreciación. No obstante, el margen de apreciación, o discrecionalidad, que pudiese haber tenido el legislador se emplea para apreciar la concurrencia del requisito de la violación suficientemente caracterizada. Así, de haber existido margen de apreciación, será necesario probar que se ha producido una extralimitación grave o manifiesta por parte del Estado de tal margen para que se pueda considerar acreditado el requisito de la violación suficientemente caracterizada. En los casos en los que, por el contrario, como ocurre más bien cuando se trata de los Estados, se carece de margen de apreciación o éste es reducido, el mero incumplimiento puede equivaler a violación suficientemente caracterizada, y en definitiva el sistema opera como un régimen de responsabilidad por ilegalidad de corte objetivo.

Pero, como apunta Guichot Reina, estando a las circunstancias del caso concreto, lo que parece más prudente es considerar que incumplimiento equivale a violación suficientemente caracterizada en los casos de omisión absoluta de transponer directivas en plazo, y ello siempre que no pueda alegarse que la normativa nacional permitía pensar que no era necesaria la adaptación del derecho interno. En realidad, como sostiene este mismo autor, sólo son indemnizadas las violaciones del derecho de los particulares que se consideran más reprochables atendiendo a la conducta del sujeto público autor de la misma, pudiendo afirmarse así que se trata de un régimen de responsabilidad “penalista” o “culpabilista” en el que lo decisivo no es tanto la situación patrimonial efectiva en la que queda el particular sino la violación manifiesta de una norma precisa.

En realidad, aparte del carácter manifiesto y grave del incumplimiento, no se han realizado muchas precisiones más en orden a determinar de forma más precisa el concepto de violación suficientemente caracterizada. En algún recurso por indemnización contra la Unión resuelto por el Tribunal General se considera cumplido el requisito de la violación suficientemente caracterizada cuando se compruebe *“una irregularidad que no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias”* (Sentencia Artegodan, de 3 de marzo de 2010, T-429/05, apdo. 62).

La Sentencia Brasserie, en un pronunciamiento aún vigente, aclaró que siempre habrá una violación suficientemente caracterizada en los siguientes casos:

- a) Cuando a pesar de haberse dictado una sentencia que declare la existencia del incumplimiento estatal (ex artículo 260 TFUE), el incumplimiento hubiera perdurado.
- b) Cuando a pesar de existir una sentencia prejudicial interpretativa de la que se deduzca el incumplimiento, el incumplimiento hubiera perdurado, pues a través de esas sentencias resulta posible conocer Derecho estatal incompatible con el de la Unión.
- c) En aquellos casos en los que exista una jurisprudencia reiterada en la materia, de la que resulte el carácter de infracción del comportamiento estatal en cuestión.

Pero en la exposición del asunto es preciso tener en cuenta que la remisión a los cauces del derecho interno debe completarse con una doble prevención que viene representada por los principios del Derecho de la Unión Europea de equivalencia y de efectividad, y que ya estaba prevista también en la Sentencia Francovich al decir ésta que: *“las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan «prácticamente imposible» o «excesivamente difícil» obtener la indemnización”*.

En relación con este asunto cabe distinguir dos etapas en la jurisprudencia española. La primera de ellas se manifiesta en las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 (relativas a la pretensión de responsabilidad planteada por unos empresarios frente a unas liquidaciones tributarias de IVA en que se había aplicado la regla de prorrata declarada contraria al Derecho de la Unión Europea), y en ellas se distinguieron dos regímenes de responsabilidad patrimonial en función de que el perjuicio viniese provocado por una ley inconstitucional o por una ley que fuese contraria al Derecho europeo. El Tribunal Supremo no permitía la aplicación a los casos de responsabilidad por ley incompatible con el Derecho de la Unión Europea de su doctrina relativa a la responsabilidad del Estado legislador por ley inconstitucional, expuesta en el apartado anterior y desarrollada a partir de las Sentencias de 14 de diciembre de 2000. En consecuencia, se consideraba que en el caso de actos de aplicación de una ley después considerada incompatible con el Derecho de la Unión Europea el particular tenía que invocar ante los tribunales la contradicción entre el ordenamiento estatal y el de la Unión y recurrir el acto de aplicación. Si no lo hacía no le resultaba posible solicitar la indemnización por el perjuicio sufrido, pues se lo impedía un acto firme y consentido.

La segunda de las etapas viene marcada por la conocida como Sentencia “Transportes Urbanos” del Tribunal de Justicia, de 26 de enero de 2010, C-118/08, dictada tras plantear el propio Tribunal Supremo la cuestión prejudicial comunitaria, y en la que se alcanza la conclusión de que la diferencia de regímenes anteriormente citada resulta inaceptable y contraria al principio de equivalencia, pues la diferencia radica tan sólo en el Tribunal que declara la infracción jurídica. Como consecuencia de la Sentencia Transportes Urbanos, el Tribunal Supremo corrigió su doctrina anterior mediante el dictado de tres Sentencias de fecha 17 de septiembre de 2010. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador

en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario, sin que sea posible distinguir, como antes, entre los afectados que hubiesen agotado los recursos administrativos y jurisdiccionales, según se tratase de actos aplicativos de leyes inconstitucionales o de leyes contrarias al Derecho comunitario.

Estas cuestiones han llevado a plantear la cuestión de si el requisito de la violación suficientemente caracterizada debe ser excluido de nuestro sistema e incluso si en nuestro Derecho el principio de equivalencia podría verse vulnerado por el requisito de violación suficientemente caracterizada pues este requisito viene a identificarse con violación manifiesta y grave del Derecho de la Unión Europea, que no exige el derecho estatal.

Aunque consciente del problema que supone la exigencia del requisito de la violación suficientemente caracterizada en el Derecho español, el Consejo de Estado ha concluido que no procede excluirla porque considera, remitiéndose al artículo 139.3 LPC, que el régimen español de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no es más beneficioso que el que resulta de aplicar el requisito de la violación suficientemente caracterizada.

El Tribunal Supremo por su parte también ha abordado la cuestión y, hasta el momento, se pueden distinguir en sus sentencias dos etapas.

Un primer bloque de sentencias correspondientes a los años 2012 y 2013 en los que se exige el requisito de la violación suficientemente caracterizada y la respuesta se basa en tres razones. La primera, en que el principio de equivalencia sólo se refiere a requisitos procesales o formales, y no sustanciales. La segunda, en que así lo impone el principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Y la tercera, porque la antijuridicidad del daño depende del margen de apreciación y, en ese sentido la Constitución de cada estado y el Derecho de la Unión no son términos iguales en caso de ser infringidos (Sentencias de 18 de enero, 28 de febrero, 2 y 9 de octubre de 2012, y de 10 y 11 de junio de 2013).

En el momento actual, una Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014 (Recurso 390/2012), ha venido a concluir que no existe semejanza entre ambos casos y que los principios de equivalencia y efectividad no resultan de aplicación. Por la misma razón también se rechaza la inaplicación del requisito de la violación suficientemente caracterizada. Los argumentos que emplea la Sentencia se recogen en el siguiente fragmento: *“los actos administrativos dictados en virtud de una ley que luego es declarada inconstitucional quedan sobrevenidamente viciados. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que estima un recurso por incumplimiento tiene, en cambio, un carácter meramente declarativo; es decir, se limita a constatar que el Estado miembro ha infringido el derecho de la Unión Europea. Ciertamente, de conformidad con el artículo 260 TFUE, de la Sentencia que declara el incumplimiento dimanar determinados deberes para el Estado miembro, como es señaladamente poner fin al incumplimiento y, cuando éste consiste en una regulación legal contraria al derecho de la Unión Europea, proceder a su derogación o modificación. Pero es claro que la estimación del recurso por incumplimiento*

no determina, por sí sola, la invalidez ex tunc de la ley nacional afectada ni de los actos administrativos dictados en aplicación de la misma. No es impertinente, en este sentido, la comparación que el Abogado del Estado hace con los supuestos de inconstitucionalidad por omisión: el deber que surge, es el de adaptar diligentemente la legislación". La Sentencia del Tribunal Supremo distingue, en consecuencia, en materia de indemnización, entre el régimen de las leyes inconstitucionales al que considera de aplicación el establecido por la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, y para las leyes contrarias al ordenamiento de la Unión, para el que remite a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Esta posición jurisprudencial ha originado reacciones doctrinales pues aunque los tres requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia son necesarios y suficientes también pueden ser mejorados. Las diferencias entre la infracción de la Constitución o del derecho de la Unión Europea no justifican un distinto régimen indemnizatorio. Los últimos pronunciamientos jurisprudenciales han considerado que no se da la similitud que permitiría una comparación entre los dos sistemas indemnizatorios y que, por ello, no es posible compararlos con el fin de determinar si nuestro sistema es más beneficioso que el europeo, cuando la realidad es que la Sentencia "Transportes Urbanos" antes citada consideró que las dos reclamaciones tenían *"exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado"* y que la única diferencia existente consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica, y esta diferencia *"no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia"*.

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales el Tribunal Supremo se ha limitado a exigir para apreciar la responsabilidad el hecho de que se haya aplicado una ley posteriormente declarada inconstitucional sin exigir cualificaciones sobre la mera inconstitucionalidad. Sirva como ejemplo reciente de ello el pronunciamiento contenido en la Sentencia de 22 de septiembre de 2014: *"la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales no exige, en principio, hacer ninguna valoración sobre la gravedad de la infracción de la Constitución"*. Parece, por tanto, que la exigencia por el mismo Tribunal Supremo en las reclamaciones de indemnizaciones por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea del requisito de la violación suficientemente caracterizada contradice la regla establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de aplicación de la norma nacional más favorable.

En contra de esta posición jurisprudencial se han alzado autores como Guichot Reina, Carrillo Donaire y López Menudo, que abogan por la exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada. Por su parte, Cobreros Mendazona ofrece como propuesta la de que se regule directamente en España la responsabilidad patrimonial por el hecho de leyes inconstitucionales, de manera similar a la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia no impone la fórmula indemnizatoria más generosa posible, sino, con respeto siempre del mínimo de la violación suficientemente caracterizada, que no se puede rebajar, la igualdad de tratamiento.

D) Efectos de las sentencias.

Por último, y acerca de los efectos de las sentencias, hay que referirse de nuevo a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de septiembre de 2010, dictada con ocasión de la Sentencia TJUE, de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos, y mediante la que se ha venido a rectificar también la jurisprudencia existente relativa a los efectos de las leyes declaradas inconstitucionales. Tanto si se declara la inconstitucionalidad de una ley como si la norma contraviene el Derecho de la Unión, habrá de estarse a la delimitación de los efectos contenidos en la Sentencia, pero si la Sentencia no contiene ningún pronunciamiento sobre la eficacia temporal, el Tribunal Supremo vuelve a remitir a los jueces y tribunales la cuestión de decidir sobre la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad. De esta manera se viene a adoptar el criterio del TJUE.

E) Ejemplos de responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del derecho europeo.

Llegados a este punto de la exposición, y ya para terminar, resulta oportuno hacer mención de algunos supuestos en los que, tras haber sido enjuiciadas leyes estatales españolas y declaradas contrarias al Derecho comunitario europeo, se ha planteado la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

- Uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales estimatorios de responsabilidad estatal por incumplimiento del derecho de la Unión europea fue el recaído en el asunto Canal Satélite Digital (STS de 12 de junio 2003), cuyo fundamento reside en la incorrecta incorporación al ordenamiento español de la Directiva sobre transmisión de señales de televisión, que había sido apreciada por el propio Tribunal de Justicia en la Sentencia Canal Satélite Digital, de 22-01-2002, C-390/99 (contestando a una cuestión planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo).
- También pueden citarse las Sentencias de la Audiencia Nacional, de 7 de mayo de 2002, sobre responsabilidad del Estado español, por vulneración del derecho comunitario, al no trasponer al derecho nacional la Directiva 94/47/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmueble en régimen de tiempo compartido. Presentan la peculiaridad de que, a diferencia del resto de los casos que se han expuesto, no fueron resueltos por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.
- Las Sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2010 y 25 de enero de 2013, dictadas como consecuencia de la limitación del derecho a la deducción del IVA soportado, con fundamento en el incumplimiento por parte del Estado Español de las obligaciones que le incumben en esta materia de IVA soportado la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977 (Sexta Directiva en materia de

IVA), según declaró el TJUE en Sentencia de 6 de octubre de 2005, dictada en el asunto C-204/03.

- También debe citarse el supuesto resuelto por las Sentencias del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2012 y 20 de noviembre de 2013, relativas al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de Operaciones Societarias.
- De especial interés resultarán las consecuencias que en nuestro Derecho vayan a tener las recientes Sentencias del TJUE de 27 de febrero de 2014, que declara contrario a las disposiciones europeas el Impuesto sobre Ventas Minoristas de determinados hidrocarburos (conocido como “céntimo sanitario”), creado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social. Se trataba de un impuesto del que la STJUE ha reprochado al Estado español y a las Comunidades Autónomas su falta de buena fe pues, pese a las dudas sobre la legalidad comunitaria del mismo, optaron por la recaudación y estuvo vigente más de diez años, permitiendo una recaudación de alrededor de trece mil millones de euros (1,25 del PIB español de 2011), lo que ha dado lugar a que la sentencia deniegue expresamente la prospección o limitación de sus efectos en el tiempo. Se trataba de un tributo de titularidad (y gestión) estatal que tenía un tramo estatal y otro autonómico, cuyo rendimiento se cedía a las CCAA. De la sentencia resulta que los contribuyentes podrían solicitar la devolución de lo abonado con los correspondientes intereses. Pero esta devolución, sin embargo, no correrá a cargo de las CCAA, pues la ha asumido el Estado, recayendo sobre su Hacienda el coste de esta retrocesión de las liquidaciones tributarias practicadas en infracción del ordenamiento comunitario y garantizando así la indemnidad financiera de las CCAA en lo que respecta a esta partida de ingresos.

Otros problemas añadidos que ofrece la Sentencia del “céntimo sanitario” son los relativos a atender la devolución de los ingresos indebidos, si la norma afecta a tributos satisfechos, incluso cuando el procedimiento de reembolso de los mismos haya ya prescrito.

- También cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2014, sobre la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, tributo esencialmente regulado por el Estado y que recaudan las CCAA para sus Haciendas como parte de la financiación que institucionalmente les corresponde y les reconoce la propia legislación estatal. La sentencia declara incompatible con el Derecho europeo la regulación española sobre el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en el sentido de que discriminaba a los no residentes en nuestro país respecto de los residentes en España, obligándoles a satisfacer el pago de cuotas tributarias más elevadas.

3. DEBER RESARCITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA POR ACTOS DE NATURALEZA NORMATIVA DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

3.1. Introducción.

En el proceso de elaboración del régimen comunitario en materia de responsabilidad extracontractual es posible distinguir dos etapas.

Desde la década de 1970 se fue construyendo a partir de los principios generales comunes a los Derechos de la responsabilidad de los Estados miembros, conforme a lo dispuesto por los constituyentes de Roma en lo que es el actual artículo 340.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (sucesivamente numerados como 215 y 288, con ocasión de las distintas versiones de los Tratados).

A partir de los noventa, y una vez construido el régimen de responsabilidad con fundamento en los principios estatales citados, fue aplicado por el Tribunal de Justicia a la responsabilidad de los Estados cuando infringían el Derecho comunitario.

El artículo 340.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que: *“En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”*.

El tenor literal del precepto contenía una remisión al análisis comparado que tenía como objetivo establecer un régimen de responsabilidad relacionado con el de los diferentes sistemas nacionales, y que, en definitiva, se basa en el proceso de integración jurídica que persigue alcanzar auténtico Derecho común europeo.

Mediante el análisis comparado de los ordenamientos nacionales es posible identificar las siguientes líneas generales sobre las que se fundan sus regímenes de responsabilidad, las cuales, sin embargo, no resultan de fácil aplicación por el Juez comunitario y precisan de una adaptación a la realidad sobre la que pretenden proyectarse.

- a) En lo que se refiere al régimen general de responsabilidad por actos ilegales es posible encontrar importantes coincidencias en los que se refiere, en primer lugar, a la necesaria constatación de la existencia de un perjuicio cierto de cualquier naturaleza, físico, moral o patrimonial; así como en lo que se refiere a la culpa, que tiende a objetivarse e identificarse en general con la ilegalidad; y, en tercer lugar, en lo concerniente al nexo de causalidad, acerca del cual prevalece en los ordenamientos la teoría de la causalidad adecuada.
- b) En segundo lugar, se encuentra el régimen de responsabilidad por actos legales, que tiene un carácter excepcional, y que se resume en que se indemnizan los daños especiales y anormales que genere la acción pública.

- c) También se aprecia el hecho de que el régimen de responsabilidad que se encuentra más consolidado con carácter general es el de la responsabilidad de la Administración nacional, y no tanto el de los legisladores o el del poder judicial de cada Estado.

3.2. La responsabilidad por ilegalidad.

A) Grado de antijuridicidad.

En el año 1971 fueron dictadas dos sentencias mediante las que el Tribunal de Justicia, tras preguntarse cuáles serían sus principios generales comunes, dejó sentado a grandes rasgos el régimen de la responsabilidad comunitaria.

La primera de ellas es la STJUE de 28 de abril de 1971 (Alfons Lütticke GmbH contra la Comisión, Asunto 4/69), en la que se vino a determinar cuál es el régimen de responsabilidad extracontractual de la CEE y se alude simplemente a la ilegalidad. Y la STJUE de 2 de diciembre de 1971 (Aktien-Zuckerfabric Schöppenstedt contra Consejo, Asunto 5/71), en la que se vino a establecer el régimen de responsabilidad aplicable cuando el daño trae causa de un “*acto normativo que implica opciones de política económica*”, en concreto un Reglamento del Consejo por el que se instaura una organización común de mercado (OCM), llegándose a la conclusión de que además del requisito de la ilegalidad es necesario que concurra un requisito de “*violación suficientemente caracterizada de una norma superior protectora de los particulares*”.

Los pronunciamientos de ambas Sentencias constituyen la base sobre la que se ha asentado con posterioridad el régimen sobre la materia, del que se expondrá un somero análisis.

El fundamento y la justificación de este régimen fue recogido pocos años después en la STJUE de 25 de mayo de 1978, Bayerische HNL, que tuvo por objeto un Reglamento del Consejo en materia de política económica agrícola que, ante una situación grave de acumulación de excedentes, acordó una medida de compra forzosa que fue declarada desproporcionada en la Sentencia. El Tribunal recordó que la responsabilidad de la Comunidad depende de que se aprecie una “*violación suficientemente caracterizada de una norma superior para la protección de los particulares*”, pero además explicó que añadir este requisito a la mera ilegalidad es una directriz que resulta del propio derecho comparado y que responde a la idea de que el poder legislativo no debe verse limitado en su actividad ante hipotéticas acciones de responsabilidad. Por tratarse de actos que se sitúan en el campo de la política económica es posible que en algunos casos el particular se vea obligado a soportar dentro de límites razonables determinados efectos desfavorables producidos por actos normativos dictados en el ejercicio de una amplia discrecionalidad.

La realidad es que la exigencia de este requisito se generalizó en la práctica judicial posterior debido al carácter expansivo que adquirió el concepto de “*acto normativo que implica opciones de política económica*” y a que se aplicó a todo acto de alcance general que

dictara el Parlamento, el Consejo o la Comisión. El régimen general, por contraposición al especial al que nos estamos dedicando, se aplicó a partir de entonces exclusivamente a los daños derivados de decisiones individuales y de actuaciones materiales y a sus respectivas omisiones.

Por entonces el requisito de la violación suficientemente caracterizada fue apreciado de dos maneras: como daño singular y grave, que dejó de aplicarse pronto, y como infracción cualificada, de manera que la responsabilidad quedó condicionada a que se constataste un comportamiento manifiestamente ilegal.

La STJUE de 4 de julio de 2000, *Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm, S.A. y Jean Jacques Goupil contra Comisión*, Asunto C-352/98, supuso el paso decisivo para que se extendiera el requisito de la violación suficientemente caracterizada a cualquier género de reclamaciones. La Sentencia, trasladando aquí a la responsabilidad de la Unión Europea los mismos criterios que ya había formulado en la Sentencia *Brasserie du pechêur*, en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, aclaró que el criterio decisivo que permite determinar si concurre la violación suficientemente caracterizada es *“la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido”*. La exigencia de una ilegalidad grave rige siempre que la Institución en cuestión que adoptase la medida gozase de un margen de apreciación considerable, o sea, con independencia del autor del acto y del carácter normativo o no del mismo, y, por tanto, no sólo en relación con daños derivados de opciones legislativas de política económica.

La jurisprudencia que se ha venido a desarrollar resulta muy restrictiva y se ha generalizado, exigiéndose que concurra un comportamiento cercano a la arbitrariedad para que se aprecie el derecho a ser indemnizado. Existen muchas opiniones doctrinales proclives a que se suprima este requisito de la cualificación de la ilegalidad.

B) *Vulneración de norma atributiva de derechos.*

Como se ha dicho ya, la violación suficientemente caracterizada ha de ser de una norma *“para la protección de los particulares”*, criterio que procede del derecho alemán, o de *“una norma para la protección de los particulares”*, criterio que procede de la responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario, como también se ha dicho.

Se reconoce por la jurisprudencia comunitaria la condición de norma atributiva de derechos a las libertades comunitarias de circulación y establecimiento, a los principios generales del Derecho comunitario y, en general, a cualquier norma comunitaria sustantiva, mientras que le viene siendo negada la misma a las normas procedimentales o de atribución de competencias, así como a las normas internacionales o a las normas comunitarias que establecen principios, reglas u obligaciones entre Estados.

Ha venido a superarse por la jurisprudencia actual el requisito exigido durante mucho tiempo de que se tratase del incumplimiento de una norma superior, como puede comprobarse en la Sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2005, Cofradía de Pescadores de San Pedro de Bermeo contra el Consejo de la Unión Europea.

C) El requisito del perjuicio indemnizable.

La indemnización que se satisfaga debe corresponder a los daños causados y, en principio, debe cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante, aunque se aprecia que no siempre resulta fácil determinar este segundo concepto para discernir lo que pueden ser pretensiones abusivas o desproporcionadas.

En ocasiones, ante este tipo de pretensiones la jurisprudencia ha adoptado una actitud moderadora que puede justificarse por el contexto de intervencionismo económico en el que las medidas impugnadas se adoptan. Y así, puede ocurrir que se haya limitado la indemnización como consecuencia de que la finalidad del acto normativo impugnado origen del daño sea la de proteger a los operadores ante pérdidas derivadas de la inestabilidad de los mercados pero no a garantizar la obtención de beneficios, como ocurrió en el caso de la STJUE de 14 de mayo de 1975, Comptoir National Technique Agricole S.A. contra la Comisión, en el que se excluyó la reparación de lucro cesante porque el sistema de los montantes compensatorios monetarios está encaminado a evitar daños derivados de la inestabilidad monetaria, pero no para garantizar un determinado nivel de beneficios a los importadores y exportadores; o bien porque los concretos perjudicados por una medida resultan ser los beneficiados globales de un sistema como el agrícola, como ocurrió en el caso resuelto por la STJUE de 18 de mayo de 1993, Comisión contra Stahlwerke Peine-Salzgitter AG, en el que se admitió a los efectos de una compensación, la posibilidad de tomar en consideración las ventajas obtenidas del conjunto de la regulación de la que forma parte la norma causante del daño. En otras ocasiones, la moderación del lucro cesante responde a razones más concretas como la de que se trate de empresas que reclaman con fundamento en auténticos fallos de la normativa comunitaria.

Para el caso de que se enjuicien pretensiones de indemnización por daños causados por actuaciones administrativas se viene exigiendo una prueba rigurosa de la certeza y realidad del daño y, en todo caso y con carácter general, la jurisprudencia excluye la indemnización de daños puramente hipotéticos e indeterminados y atribuye la carga de probarlos al demandante. El perjuicio que se alegue ha de ser actual, concreto, evaluado o evaluable de acuerdo con criterios que se ofrezcan en la demanda.

La medida del perjuicio debe ser evaluada en el escrito de demanda, admitiéndose sólo en casos excepcionales que se aporte al menos una base que permita su cálculo.

La experiencia demuestra que el Juez comunitario emplea con frecuencia la técnica de solucionar estas reclamaciones indemnizatorias limitando su pronunciamiento a reconocer

la existencia del derecho a la indemnización, al alcance del daño, al interés aplicable y a la fecha de comienzo del cómputo, pero no a la fijación de una cuantía indemnizatoria concreta, recurriendo a la original solución de dejar en manos de las partes la fijación de la cuantía mediante acuerdo entre las mismas. La cantidad debe actualizarse a la fecha de la sentencia. Para la fijación de los intereses de demora se suele fijar un tipo de interés autónomo, distinto o independiente del que esté vigente en el Estado al que pertenezca el demandante.

Como supuesto concreto de interés puede citarse el de la manera de cuantificar el beneficio empresarial dejado de obtener, el cual se calcula estimando los beneficios medios que habría obtenido un operador del sector del mismo tamaño de no haberse aprobado la medida normativa en cuestión.

En lo que se refiere a gastos de defensa y representación, no se indemnizan los que se generen en vía administrativa, mientras que los correspondientes a la fase procesal se determinan en sede de fijación de costas y no como indemnización de daños.

D) La relación de causalidad.

La jurisprudencia afirma acerca de esta condición que *“el requisito relativo a la causalidad exigido por el artículo 288 CE, párrafo segundo, se trate de una relación suficientemente directa de causa a efecto entre el comportamiento de las instituciones comunitarias y el daño”* (Sentencia TJUE de 18 de marzo de 2010, C-419/08 P, Trubowest Handel GmbH, Viktor Makarov contra Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea).

En torno a esta condición se relacionan elementos propios de diversas teorías de la causalidad, en concreto, la causalidad adecuada, pues no se indemnizan aquellos daños que constituyen una consecuencia imprevisible o desproporcionada de la acción comunitaria, y la causalidad exclusiva, pues no se indemnizan aquellos daños que se presentan como consecuencia de concurrir una serie de factores y no sólo de la medida comunitaria.

Las dificultades que entraña identificar una medida comunitaria como la causa adecuada para provocar un determinado resultado que se considera desproporcionado, como el cese de actividades, exige una ardua tarea probatoria que obliga a examinar detenidamente cada caso. Además se hace difícil demostrar la causalidad frente a otros factores pues, por ejemplo, a una ventaja a los competidores no siempre va aparejada un perjuicio para el operador.

La jurisprudencia viene exigiendo además un alto grado de diligencia, tanto para evitar la producción de los daños como para atenuarlo una vez que los mismos se han producido. Son numerosos los pronunciamientos de los que se concluye que los operadores han de soportar los daños que sobrevengan con motivo de una normativa cuya adopción podían prever en aquellos casos en que emprenden una actividad a pesar de condiciones des-

favorables o bien cuando acometen operaciones que por su propia naturaleza pueden considerarse arriesgadas (producciones que se inician cuando ya se iniciado el proceso de supresión de subvenciones, optar por operaciones especulativas en vez de por otras más seguras...).

En general, se señalan como dos factores que se repiten en la adopción de las decisiones judiciales acerca de la apreciación de la relación de causalidad el de la necesaria adaptación al cambio de las condiciones del mercado como connatural al sistema de libre mercado intervenido, y el de que los demandantes se caracterizan como grandes empresas especializadas con cualificados recursos técnicos y económicos. La apreciación, en definitiva, se encuentra en función de las circunstancias del caso y de los medios a disposición de las grandes empresas.

La obligación de diligencia se exige con una importante atención a la previsibilidad del daño hasta el punto de que a veces se fundamentan las desestimaciones en que la medida comunitaria causante del daño a una actividad iniciada con posterioridad pudo al menos preverse.

Asimismo, la obligación de diligencia incluye también la de atenuar la magnitud del daño sufrido en la medida que ello resulte posible repercutiendo costes en los compradores, emprendiendo actividades alternativas, y descontando del perjuicio causado los ingresos obtenidos de esta manera, por ejemplo. Puede citarse en este sentido la Sentencia TJUE de 19 de mayo de 1992, J. M. Mulder y otros contra Consejo y Comisión, en la que se afirmó que *“por lo que se refiere a la magnitud del daño que ha de reparar la Comunidad, procederá, salvo si se dan las circunstancias particulares que justifiquen una apreciación diferente, tomar en consideración el lucro cesante constituido por la diferencia entre, por una parte, los ingresos que los demandantes habrían obtenido normalmente con las ventas de leche que habrían efectuado si se les hubiesen asignado las cantidades a las que tenían derecho [...] y, por otra parte, los ingresos que hayan obtenido efectivamente con las ventas de leche realizadas durante dicho periodo al margen de toda cantidad de referencia, a los que habrán de añadirse los ingresos que hayan obtenido efectivamente, o que habrían podido obtener, con eventuales actividades de sustitución durante ese mismo período”*. Y acerca de tales ingresos hipotéticos se refiere a los mismos como los que se habrían podido obtener *“si se hubiesen dedicado a tales actividades siguiendo criterios razonables. Esta conclusión se impone a la luz de un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, según el cual la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola. No pueden imputarse a la Comunidad las eventuales pérdidas de explotación que sufran los demandantes en el ejercicio de tal actividad de sustitución, puesto que el origen de tales pérdidas no se encuentra en los efectos de la normativa comunitaria”*.

Cuando se trata de daños derivados de actuaciones puramente materiales la tendencia jurisprudencial es la de no ser tan rigurosa en la exigencia del nexo causal y si concurre

con la negligencia del perjudicado no excluir la totalidad de la indemnización sino estimar la reparación parcial.

Por último, debe precisarse que si bien la carga de la prueba del nexo causal corresponde al demandante, en ocasiones en atención al principio de facilidad probatoria se invierte la carga de la misma y se desplaza a las Instituciones cuando éstas se encuentran en mejor situación para acreditar la inexistencia de dicho nexo.

3.3. Responsabilidad objetiva.

Tras exponer en los anteriores apartados la responsabilidad por actos ilegales serán expuestas algunas consideraciones acerca de la responsabilidad objetiva en el Derecho comunitario.

La cuestión relativa a la admisión del principio de responsabilidad objetiva viene siendo tratada desde hace tiempo por los juristas, los cuales han puesto de manifiesto las dificultades que la misma entraña.

Los tribunales comunitarios han abordado el tema en sentencias como la del Asunto Dorsch (Sentencia del Tribunal General, de 28 de abril de 1998, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH contra Consejo y Comisión, y STJUE de 15 de junio de 2000). En la Sentencia del Tribunal de Justicia recaída en dicho asunto, en concreto, se vino a establecer como posibilidad que: *“la responsabilidad extracontractual de la Comunidad sólo se habrá generado a consecuencia de un acto «lícito», como en el presente caso, si se cumplen cumulativamente los tres requisitos recordados en los dos apartados anteriores, a saber, la realidad del perjuicio supuestamente sufrido, la relación de causalidad entre éste y el acto que se reprocha a las Instituciones de la Comunidad y el carácter anormal y especial de dicho perjuicio”*.

La cuestión se replanteó en la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2005, Fabbrica italiana Accumulatori Motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies, Inc (FIAMM Technologies) contra el Consejo de la Unión Europea y Comisión, en la que se declaró que *“160. En caso de un daño causado por un comportamiento de las instituciones de la Comunidad del que no se haya demostrado que es ilegal, la responsabilidad extracontractual de la Comunidad puede nacer cuando se cumplan acumulativamente los requisitos relativos a la realidad del perjuicio, la relación de causalidad entre éste y el comportamiento de las instituciones comunitarias, y el carácter anormal y especial del perjuicio de que se trate (véase la Sentencia de 15 de junio de 2000, Dorsc Consult/Consejo y Comisión)”*.

Se dictaron sentencias que reprodujeron los principios expuestos, como ocurrió en la que resolvió acerca del caso de las “vacas locas” y sus daños en humanos y animales (SSTG de 13 de diciembre de 2006), hasta que el Tribunal de Justicia, conoció del recurso de

casación en el caso antes citado, Fabbrica italiana, y dictó la Sentencia de 9 de septiembre de 2008, en la que recogió toda la teoría general de la responsabilidad desarrollada en su jurisprudencia, a los efectos de destacar que se basa en un principio de responsabilidad por ilegalidad grave destinado a no coartar la libertad de decisión de las Instituciones y, en ese mismo marco, declaró lo siguiente acerca de la responsabilidad sin ilegalidad.

“167. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia que reconoce en virtud del artículo 288 CE, párrafo segundo, la existencia del régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad por el comportamiento ilegal de sus instituciones y los requisitos para la aplicación de dicho régimen está así firmemente asentada. En cambio, no es éste el caso de un régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad sin tal comportamiento ilegal.

168. En primer lugar, en contra de lo afirmado por el Tribunal de Primera Instancia en las sentencias recurridas, no cabe deducir de la jurisprudencia anterior a esas sentencias que el Tribunal de Justicia haya asentado el principio de tal régimen.

169. Muy al contrario, como el Tribunal de Justicia recordó en particular en la Sentencia Dorsch Consult/Consejo y Comisión, antes citada, a la que se refiere el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 160 de la Sentencia FIAMM y 153 de la Sentencia Fedon, el Tribunal de Justicia se ha limitado hasta la actualidad, en reiterada jurisprudencia, a precisar algunos de los requisitos para que tal responsabilidad pudiera originarse en el supuesto de admitirse en el Derecho comunitario el principio de responsabilidad de la Comunidad por un acto lícito (véase asimismo, en términos análogos, la Sentencia de 6 de diciembre de 1984, Biovilac/CEE, 59/83. Rec. pg. 4057, apartado 28). Sólo en ese sentido el Tribunal de Justicia recordó al respecto, en el apartado 19 de la citada Sentencia Dorsch Consult/Consejo y Comisión, antes citada, que, si tal responsabilidad llegara a ser reconocida en su principio, requeriría como mínimo la concurrencia de tres requisitos cumulativos, constituidos por la realidad del perjuicio, la relación de causalidad entre éste y el acto en cuestión y el carácter anormal y especial de dicho perjuicio [...]

175. Por último, es preciso observar a este respecto que, si bien el examen comparativo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros ha permitido que el Tribunal de Justicia procediera muy tempranamente a comprobar, como se recuerda en el apartado 170 de la presente Sentencia, la convergencia de esos ordenamientos jurídicos en el reconocimiento de un principio de responsabilidad por actos u omisiones ilícitos de la autoridad, incluso de naturaleza normativa, no es así en absoluto en lo que atañe a la eventual existencia de un principio de responsabilidad por actos u omisiones lícitos de la autoridad pública, en particular cuando éstos son de naturaleza normativa.

176. En virtud del conjunto de las anteriores consideraciones, procede declarar que, en el estado actual de evolución del Derecho comunitario, no existe un régimen de

responsabilidad que permita exigir la responsabilidad de la Comunidad por un comportamiento comprendido en la esfera de su competencia normativa, en una situación en la que la eventual disconformidad de tal comportamiento con los acuerdos OMC no puede ser invocada ante el juez comunitario.

177. Pues bien, es preciso recordar que en el presente asunto el comportamiento que, según alegan las recurrentes, les ha causado un daño se integra en el marco del establecimiento de una organización común de mercado y que manifiestamente forma parte de la esfera de actividad normativa del legislador comunitario.

178. En ese sentido es indiferente que dicho comportamiento tenga que calificarse como un acto positivo, a saber, la adopción de los Reglamentos 1637/1998 y 2362/1998, a raíz de la Resolución del OSD de 25 de septiembre de 1997, o como una omisión, a saber el hecho de haberse abstenido de adoptar los actos apropiados para la correcta ejecución de dicha resolución. En efecto, la abstención de las instituciones comunitarias también pertenece al ámbito de la actividad legislativa de la Comunidad, en especial en el marco del recurso en materia de responsabilidad (véase en ese sentido la Sentencia Les Grands Moulins de Paris/CEE antes citada, apartado 9).

179. De todo lo expuesto resulta que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al reconocer en las sentencias recurridas la existencia de un régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad derivada del ejercicio lícito de las actividades de ésta comprendidas en la esfera normativa”.

La Sentencia también precisa que siempre cabe al legislador comunitario establecer compensaciones en la propia norma, situándose entonces fuera del mecanismo propio de la responsabilidad (181), y que asimismo la protección de los derechos fundamentales de propiedad y de libre ejercicio de las actividades profesionales impide que puedan someterse a una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados (183), por lo que su vulneración podría dar lugar a responsabilidad, por actos ilegales (véanse en particular las Sentencias de 11 de julio de 1989, Schröder HS Krafffutter, 265/87, Rec. pg. 2237, apartado 15; Alemania/Consejo, antes citada, apartado 78, y de 30 de junio de 2005, Alessandrini y otros/Comisión, C-295/03 P, Rec. pg. I-5673, apartado 86).

De ello se sigue que podría originar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad un acto normativo comunitario cuya aplicación condujera a restricciones del derecho de propiedad y del libre ejercicio de una actividad profesional, las cuales puedan causar una lesión desmesurada e intolerable de la propia esencia de dichos derechos, precisamente sin haber previsto, en su caso, una indemnización apropiada para evitar o mitigar dicha lesión.

La Sentencia aclara también que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que un operador económico no puede reivindicar un derecho de propiedad sobre una

cuota de mercado que ostentaba en un momento determinado, puesto que dicha cuota de mercado únicamente representa una posición económica momentánea expuesta a los imprevistos de un cambio de circunstancias y que las garantías conferidas por el derecho de propiedad o por el principio general que protege el libre ejercicio de una profesión no pueden extenderse a la protección de meros intereses o expectativas de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de la actividad económica (Sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold/Comisión, 4/73, Rec. pg. 491, apartado 14).

Esta Sentencia representa el último capítulo en el reconocimiento de la responsabilidad sin ilegalidad, por actos u omisiones normativas en el Derecho comunitario, y parece que impide o cierra el paso al mismo, pero dejando que los supuestos o reclamaciones que se planteen puedan quedar cubiertos mediante las garantías derivadas de los principios de no discriminación, proporcionalidad y confianza legítima, así como por los derechos de propiedad y libertad de ejercicio de actividades profesionales y empresariales.

Autores como Guichot Reina sostienen, sin embargo, que en el Derecho comunitario existe un campo propio para la responsabilidad sin ilegalidad por sacrificio singular y anormal como expresión de lo que puede considerarse un principio general común a los Derechos de los Estados miembros, y que debería ser aplicado con prudencia y restricción pues está previsto para reparar situaciones límite. Es decir, para que sea tratado, como dijera R. Chapus –al que el mismo autor cita– al referirse a la doctrina del Consejo de Estado francés en materia de responsabilidad legislativa sin falta, como un producto de lujo y no de uso cotidiano.

3.4. Procedimiento.

Existe un sistema exclusivo, propio y completo de control jurisdiccional del Derecho de la UE, con vías de impugnación de naturaleza diversa (recursos de anulación y de inactividad, cuestión prejudicial, etc.), pero coordinadas entre sí, de tal suerte que en su seno queda garantizada la tutela judicial efectiva.

Está sólidamente reconocida la autonomía de la acción de responsabilidad respecto a las demás vías procesales comunitarias. Se diferencia del recurso de anulación en que no tiende a la supresión de una medida determinada sino a la reparación del perjuicio ocasionado por una Institución. Puede venir precedida por un pronunciamiento relativo a la legalidad del acto generador del perjuicio, bien por la vía de recurso o por la de la cuestión prejudicial de validez.

Esta acción de responsabilidad puede venir acompañada de la adopción de medidas cautelares para asegurar el fin legítimo del proceso si bien las mismas son excepcionales pues resulta difícil acreditar el *fumus boni iuris* de las distintas condiciones de la responsabilidad comunitaria, como es el caso de la violación suficientemente caracterizada.

- a) Tribunal competente. En 1993 se encomendó al Tribunal General el conocimiento de la totalidad de los recursos de responsabilidad interpuestos por personas físicas o jurídicas (Decisión 93/350 del Consejo, de 8 de junio de 1993).

Al Tribunal de Justicia, por su parte, le corresponde a través de los límites del recurso de casación corregir y modular las decisiones del Tribunal General. También ha sido el responsable de los principios y de la jurisprudencia que durante años ha ido configurándose por la vía de la cuestión prejudicial en materia de responsabilidad de los Estados.

- b) Legitimación. La activa corresponde exclusivamente a quien haya sufrido el perjuicio directamente o al que se haya subrogado en su lugar, siempre que no haya mediado abuso. La Sentencia de 18 de marzo de 1975, *Union Syndicale SPE contra Consejo*, negó la legitimación de entidades asociativas, corporaciones o sindicales que, sin embargo, sí se ha venido a admitir cuando actúan en nombre de los perjudicados o cuando han sido directamente perjudicadas.

Para hablar con propiedad la legitimación pasiva le corresponde a la Unión Europea representada por la Institución o Instituciones autoras del acto, aunque la jurisprudencia admite que se demande de forma genérica a la Comunidad o a las Instituciones autoras del acto. El círculo de Instituciones parece amplio pues, aunque se ha excluido la del Consejo Europeo, se ha planteado la posibilidad de derivar la responsabilidad por la incorrecta actuación del Defensor del Pueblo Europeo (STJUE de 23 de marzo de 2004, *Defensor del Pueblo Europeo contra Frank Lamberts*) y se ha planteado que podría admitirse también en supuestos cualificados de mal funcionamiento de la Administración judicial a semejanza de la que se ha reconocido de manera expresa en el ámbito de responsabilidad de los Estados por infracciones del Derecho comunitario imputables a los tribunales internos.

Quedan, por tanto, excluidos los daños derivados de actos no comunitarios, como los Textos constitutivos, que son acuerdos entre Estados, o los derivados de la aplicación de previsiones contenidas en las Actas de Adhesión de nuevos Estados o en sus Anexos.

Se admite la intervención de terceros en apoyo de las conclusiones de las partes (artículo 37 del Estatuto del TJUE).

- c) Plazo. El artículo 43 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que:

“Las acciones contra la Comunidad en materia de responsabilidad extracontractual prescribirán a los cinco años de producido el hecho que las motivó. La prescripción se interrumpirá bien mediante demanda presentada ante el Tribunal de Justicia, bien mediante reclamación previa, que el damnificado podrá presentar a la institución competente de la Comunidad. En este último caso, la demanda deberá presentarse en el plazo de dos meses previsto en el artículo 173 del Tratado CE; cuando proceda, serán aplicables las disposiciones del párrafo segundo del artículo 175”.

Capítulo V

OTROS SUPUESTOS ESPECIALES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

(continuación)

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE ACTOS DE CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS

Por Antonio Luís Fernández Mallol

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de una institución tan compleja y fundamental en nuestro ordenamiento jurídico como es la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas merece dedicar una visión particular a la relación que mantiene con la contratación pública. Un análisis que resulta más necesario aun en la actualidad, situados en pleno siglo veintiuno en el contexto de un estado compuesto y plenamente integrado en la Unión Europea donde existe una diversidad de entidades contratantes y donde la responsabilidad patrimonial se erige en uno de los principales cauces para resarcir las lesiones patrimoniales a los ciudadanos.

En esta línea, como señala Entrena Cuesta, el carácter central del contrato administrativo en la Teoría General del Derecho Administrativo obedece a que no existe mejor piedra de toque para averiguar la medida en que un ordenamiento jurídico está dominado por los principios que informan el régimen administrativo que la de examinar la regulación que nos ofrecen los referidos contratos¹. Otros autores por su parte, como Meilán Gil², destacan

¹ ENTRENA CUESTA, R.: "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración", *RAP*, n.º 24, p. 39, Madrid, 1954.

² MEILÁN GIL, J. L.: "La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica", *RAP*, n.º 99, p. 8, Madrid, 1982.

su carácter central en el Derecho Administrativo, a la vez que lo califican como una auténtica *“piedra de escándalo, catalizador de polémicas”* llegando a afirmar este autor incluso que las vicisitudes del contrato administrativo son ni más ni menos que las controversias propias del Derecho Administrativo.

En definitiva, la trascendencia del examen de la contratación pública deriva no sólo de su incidencia sobre la realidad económica de un Estado sino también sobre el análisis de la actuación de la Administración conforme a la legalidad y de acuerdo con los valores y principios que inspiran el ordenamiento jurídico (artículos 1 y 9 CE).

Por consiguiente, dentro del esquema general de la obra, parece muy acertado destinar algunas páginas a examinar las principales cuestiones de la responsabilidad que surge de las Administraciones Públicas cuando existe un funcionamiento anormal de los servicios públicos en el ámbito de la contratación pública con un perjuicio sobre los ciudadanos. Un tratamiento especial que se fundamenta en las peculiaridades que derivan de la contratación pública en la actualidad, tanto por el espacio que ocupa en la actividad administrativa como por sus indudables consecuencias sobre la esfera del ciudadano. Particularidades que se plantean cuando entre el ciudadano y la Administración Pública participan contratistas o los concesionarios de servicios. Singularidades cuando la responsabilidad se exige a una entidad privada que participa en la gestión de un servicio público o especialidades de un ámbito, el de la contratación pública, mediatizado por el Derecho Europeo de la Contratación Pública.

A través de este capítulo trataremos de sistematizar las singularidades de la responsabilidad patrimonial en la contratación pública, identificar los principales supuestos en los que se produce en la práctica y examinar fallos judiciales sobre la materia. Todo ello con una especial consideración a la intervención de la Administración autonómica y a las peculiaridades que se han producido en el ordenamiento jurídico andaluz.

La trascendencia de este cometido resulta evidente si se examinan distintos elementos que justifican la incidencia de la contratación pública en la esfera de ciudadano y la importancia de la responsabilidad patrimonial como garantía del lesionado como consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios públicos.

Estos factores son:

A) *La incidencia de la contratación pública en la economía de un país o región y en la actividad administrativa.*

La incidencia de la contratación pública en la economía de un país de la Unión Europea se cifra aproximadamente en el 18% de su Producto Interior Bruto (PIB) y en el caso de España en el 18,5% del PIB.

Por otra parte la incidencia principal de la contratación pública en la actividad administrativa es incuestionable. Son muchos los datos que se pueden ofrecer para justificar esta aseveración, no obstante podemos citar la Memoria Anual de Contratación Pública del año 2013, elaborada por la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía. De este documento se revela que el importe total de los contratos celebrados por la Administración Pública fue de 232.343.395 euros, en 5.954 expedientes de contratación. Igualmente este documento destaca que los entes instrumentales de la Administración autonómica licitaron por un importe de 1447.287.970 en 65.315 expedientes de contratación. Datos que reflejan, sin duda, la trascendencia de la contratación pública en relación con la actividad administrativa y la cantidad de expedientes y recursos personales que emplea la Administración Pública para la adecuada ejecución presupuestaria.

B) Nuevas formas de gestión administrativa.

Otro de los factores de gran impacto sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial en materia de contratación pública deriva de la aparición de nuevas formas de gestión de los intereses públicos.

Las grandes modificaciones de la normativa contractual están enlazadas necesariamente con un modelo de Administración concreta. A medida que la Administración ha ido variando en su configuración o en sus caracteres se ha producido una adaptación de la normativa contractual hasta llegar al complejo ámbito subjetivo del TRLCSP³. De forma correlativa el régimen de responsabilidad tanto contractual como extracontractual –patrimonial en caso de las Administraciones Públicas– ha ido modificándose a medida que se han ido desarrollando nuevas formas de gestión pública y nuevos entes instrumentales.

C) Los efectos de las medidas de la Unión Europea en materia de contratación pública.

La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 como uno de los instrumentos esenciales para lograr el desarrollo de una economía competitiva con alto nivel de empleo, basada en el conocimiento y la innovación, el uso más eficaz de los recursos y la cohesión social y territorial.

³ En este sentido, sobre la correlación entre contratación pública, entes instrumentales y régimen de responsabilidad resulta ilustrativa GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J.: “El ámbito subjetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Especial referencia a los organismos autónomos y las entidades empresariales. Respuesta jurisprudencial”, en las *IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Editorial Comares, p. 287, Granada, 2001.

En este contexto, se han promulgado las nuevas Directivas sobre contratación pública: la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE⁴.

En este contexto, resulta evidente que este factor influye en el régimen de responsabilidad que se deriva de la contratación pública. No sólo en el régimen de responsabilidad contractual, donde es evidente que la normativa europea comienza a preocuparse, con este nuevo paquete normativo, sobre la fase de ejecución de los contratos, sino también desde un punto de vista de la responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados a terceros cuando no existe vínculo jurídico.

Desde Europa se ha fomentado una serie de garantías en el procedimiento de licitación como son la creación de los Tribunales Administrativos⁵ de recursos contractuales, el fortalecimiento de las medidas cautelares en la fase de adjudicación o la creación de un régimen especial para los contratos que superen determinadas cuantías.

Pues bien, en la medida en que el Derecho Europeo de la Contratación Pública constituye una fuente fundamental en la configuración de la contratación pública en nuestro ordenamiento interno, también va a ser un elemento esencial para determinar el régimen de responsabilidad contractual o extracontractual ante lesiones patrimoniales a los ciudadanos. Por ello, lo consideramos un factor notable cuando analizamos la responsabilidad patrimonial en la contratación pública.

⁴ En la actualidad, las instituciones europeas han intentado impulsar una más eficiente contratación pública en el seno de la Unión Europea con la adopción, junto a las Directivas mencionadas, de una serie de medidas: la *Estrategia UE 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Comunicación de la Comisión Europea de 3 de marzo de 2010; la *Agenda Territorial Europea 2020 de 19 de mayo de 2011*; las *Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza en el mercado único europeo*, Comunicación de la Comisión adoptada en abril de 2011; el *Marco de calidad de los Servicios de Interés General*. Comunicación de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 y finalmente *Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, el Libro Verde de 27 de enero de 2012.

⁵ La Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, cuyo objetivo es la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, exigía que la resolución de esos recursos se atribuyera a un órgano jurisdiccional o administrativo, pero exigiendo en este último caso que el mismo tenga carácter independiente, sus miembros sean inamovibles y sus resoluciones susceptibles de recurso en sede jurisdiccional. Por ello la Ley 34/2010, de 5 de agosto, modificó la Ley de Contratos del Sector Público y creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la previsión correspondiente para su creación en otros poderes adjudicadores.

D) Las singularidades en materia de contratación pública en el ámbito de la Junta de Andalucía.

El artículo 47.1.1.^a del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva sobre la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía. Al amparo de esa competencia se han adoptado medidas que suponen particularidades en el régimen de contratación pública en Andalucía. Por ejemplo, en virtud del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, se creó el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa comunitaria y estatal, como órgano de carácter especializado, que actúa con plena independencia funcional⁶.

Así mismo el artículo 47.2.3.^a del Estatuto contempla como competencia compartida la relativa a contratos y concesiones administrativas. Sobre esta materia se han promulgado multitud de disposiciones que regulan las particularidades de la contratación pública en la Administración andaluza, entre las que podemos destacar las siguientes: el Decreto 10/2013, de 5 de febrero, por el que se modifican el Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, y el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados; el Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa o la Orden de 16 de junio de 2008, por la que se regula el perfil de contratante de los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales⁷.

Estos son, a nuestro juicio, los factores determinantes cuando se analiza la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en materia de contratación pública. Unos condicionantes que deben exponerse, aunque sea de forma somera, para contextualizar de forma adecuada el alcance y las dimensiones de la responsabilidad patrimonial en la contratación pública.

⁶ Este órgano ha realizado una excelente labor tal y como reflejan las memorias del Tribunal de los años 2012 y 2013. Destacar que hasta el 31 de diciembre de 2013 el tribunal ya había dictado 283 resoluciones en tan solo dos años de ejercicio con un porcentaje mínimo de impugnaciones jurisdiccionales.

⁷ También deben citarse las siguientes disposiciones promulgadas en materia de contratación pública en Andalucía: La Orden de 8 de octubre de 2008, por la que se delegan competencias en relación con determinados edificios administrativos de uso múltiple y en materia de contratación; el Acuerdo de 11 de octubre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se adoptan, para los años 2012 y 2013, disposiciones sobre el régimen de garantías a constituir en los procedimientos de adjudicación de los contratos que se liciten por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entes Instrumentales; la Resolución de 8 de enero de 2001, por la que se dispone la publicación de la relación, aprobada por el Pleno, de las disposiciones que preceptúan la audiencia del Consejo Consultivo; el Decreto 68/2008, de 26 de febrero, por el que se suprime la aportación de la fotocopia de los documentos identificativos oficiales y del certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía y se establece la sede electrónica para la práctica de la notificación electrónica.

2. NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En esta materia pueden formularse una serie de notas que permiten describir las particularidades de la responsabilidad patrimonial en la contratación pública.

No puede concluirse que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en materia de contratación sea distinta al régimen general o bien, tampoco se puede afirmar que reúna elementos diferentes a los ya enumerados en otra parte de la obra. No obstante, sí es cierto que existen determinados aspectos de la responsabilidad patrimonial en materia de contratación que merecen ser señalados para una mejor caracterización de la figura. Estas notas son:

1. *La dicotomía entre la responsabilidad patrimonial y responsabilidad contractual.* Entrando en el examen de la responsabilidad patrimonial en materia de contratación pública, la primera consideración debe ser, aunque parezca una obviedad, la de distinguir responsabilidad patrimonial y responsabilidad contractual. Es imprescindible identificar el ámbito concreto en el que se puede desenvolver la responsabilidad patrimonial en materia de contratación porque, *a priori*, el jurista tiende a presuponer que las lesiones patrimoniales que se producen en torno a un contrato generan exclusivamente una responsabilidad contractual⁸.

Es decir, con carácter general, siguiendo una construcción *netamente civilista*, se tiende a pensar que los daños y perjuicios que se generan en torno a un contrato exclusivamente son resarcibles a través de la responsabilidad contractual con arreglo al artículo 1.101 del Código Civil. Esta errónea asimilación presupone que toda lesión patrimonial que se produce próxima a un contrato genera un resarcimiento basado en el vínculo contractual. En consecuencia, hay un contrato y, por tanto, cualquier lesión patrimonial debe articularse a través de una reclamación basada en una responsabilidad contractual. Sin embargo esto es totalmente cierto.

La responsabilidad contractual surgirá cuando exista un incumplimiento por una de las partes del negocio jurídico, de la obligación que dimana del contrato (artículos 1.091 y 1.101 del Código Civil). Este incumplimiento generará un perjuicio patrimonial, con arreglo al artículo 1.106 del Código Civil que facultará, al perjudicado a reclamar la correspondiente responsabilidad contractual.

Continuando con esta reflexión desde un prisma del Derecho Privado, puede suceder también que durante la ejecución del contrato se generen daños a terceros que no forman

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, (coord. GÓMEZ FERRER-MORANT, R.), Editorial Civitas, p. 116, Madrid, 2004.

parte del negocio jurídico originario; puede que en la ejecución del contrato se genere un perjuicio a una persona ajena al negocio entre las partes. Pues bien esta lesión patrimonial debiera articularse por los terceros a través del cauce de la responsabilidad extracontractual, con arreglo a los artículos 1.902 del Código Civil, ya que, entre los terceros y la parte del negocio jurídico, causante del daño al tercero no existe ningún vínculo que les una. De esta manera se llega al elemento diferenciador de la responsabilidad extracontractual y contractual: la existencia de un vínculo jurídico previo, la existencia de un contrato entre las partes.

Esta explicación se puede trasladar al ámbito del Derecho Público, al Derecho Administrativo, si bien con algunas diferencias y semejanzas⁹.

La principal semejanza es que, siguiendo el esquema clásico del Derecho Civil, la lesión patrimonial que se produzca a una de las partes del contrato deberá articularse como una reclamación de responsabilidad contractual por un cumplimiento de la obligación que no sea exacto, íntegro o puntual, con arreglo a al esquema diseñado en el Derecho Civil en los artículos 1.094 a 1.100 del Código Civil. De esta manera, cuando la Administración Pública en la prestación de un servicio público produzca un perjuicio al contratista por un funcionamiento anormal, la vía adecuada para articular la pretensión será a través de una reclamación de responsabilidad contractual, no patrimonial.

Por el contrario, si la Administración Pública en ejecución de un contrato causara un perjuicio a un tercero este debiera articular la pretensión como una reclamación de responsabilidad extracontractual frente a la Administración Pública (responsabilidad patrimonial).

Sin perjuicio de que ahondemos en esta distinción con posterioridad, lo cierto es que la identificación del cauce adecuado para articular la pretensión no es una cuestión sencilla en la práctica. En multitud de ocasiones se planten dudas sobre cuál es la vía adecuada. Identificar si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual o patrimonial (de naturaleza extracontractual) ha sido una cuestión controvertida en ocasiones.

Pueden citarse los siguientes casos donde el órgano judicial ha considerado que los daños reclamados no derivaban de responsabilidad patrimonial sino de responsabilidad contractual.

Así lo consideró la Sentencia de la Audiencia Nacional 21/10/2011 (Recurso 460/2010), en una reclamación de responsabilidad patrimonial motivada por los perjuicios irrogados al contratista por la paralización de un contrato de obras. La Sentencia señala que:

⁹ PARADA VÁZQUEZ, J. R.: *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Editorial Instituto García Oviedo, p. 21, Sevilla, 1963.

“El presente Recurso trae causa de una relación contractual entre la Administración y la hoy demandante y las incidencias habidas en el ámbito del contrato deberá dirimirse y resolverse conforme a la Ley de Contratos vigente en el momento de la contratación, es decir la Ley 13/1995. Y las obligaciones sancionadas directamente por la ley se rigen por los preceptos de aquella que las hubiera establecido y, en lo no previsto en la misma, por las disposiciones generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos (artículo 1.090 del Código Civil. Y ello lleva a excluirlas del régimen específico de la responsabilidad aquiliana y, por ende, del régimen propio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por funcionamiento de los servicios públicos (STS de 7 de diciembre de 1999)”.

Igualmente resulta ilustrativa la STSJC de 24/01/2012 (Recurso 1/2012), que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial por al considerar que la resolución de un contrato administrativo no genera responsabilidad patrimonial sino responsabilidad contractual en virtud del extinto artículo 113.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (2/2000). En términos parecidos se pronuncia la STSJM de 13/11/2009 (Recurso 309/2008), cuando afirma que no nos hallaríamos en ningún caso ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que los daños que se reclaman se derivan de la cesación de una relación contractual de arrendamiento de servicios de asistencia médica; luego su procedencia y cuantificación dependerá siempre de las normas que regulan el contrato y no puede aplicarse la normativa de la responsabilidad patrimonial.

Por lo tanto, el examen del supuesto que acontece, la identificación del origen de la lesión patrimonial, la determinación de la relación existente (o inexistente) entre el demandante y la Administración Pública son elementos esenciales a la hora de concluir si procede o no la responsabilidad patrimonial que se reclama¹⁰.

2. La responsabilidad patrimonial no constituye una vía alternativa de impugnación de actos. Ahondando en esta caracterización es necesario recalcar que el instituto de la responsabilidad patrimonial no se puede utilizar como un cauce para contravenir actos consentidos y firmes. Enlazando con la idea anterior, la pretensión de responsabilidad patrimonial en materia de contratación, en ocasiones, se utiliza de forma fraudulenta para tratar de iniciar un cauce indebidamente abordado. Pues bien, según han recalcado de forma reiterada los distintos fallos judiciales esto no es posible. La responsabilidad patrimonial tiene una finalidad determinada y unos requisitos concretos que el administrado no puede tergiversar. A través de este cauce no se puede pretender revisar nuevamente actos consentidos y firmes, impugnar de forma indirecta situaciones consolidadas o generar una nueva vía de revisión de los actos distinta a la fijada en la norma correspondiente.

¹⁰ Sobre la necesidad de identificar la naturaleza de la pretensión este asunto pueden citarse las STSJA de 18/10/2001 (Recurso 1210/2006), STSJA de 16/11/2009 (Recurso 5408/2002) o STJA de 17/07/2008 (Recurso 988/2003).

Muy ilustrativa resulta, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 08/04/2014 (Recurso 393/2012)¹¹, cuando señala que:

“Conviene destacar que no resulta controvertida en este proceso la existencia de una aparente vinculación contractual entre la Confederación Hidrográfica del Duero y la demandante con motivo del suministro de equipos y material hidrométricos, efectuado por esta a aquella en septiembre de 2007, cuya nulidad fue declarada a instancias de la compañía suministradora, tal y como pone de manifiesto el escrito de demanda y los documentos con ella aportados, obrantes también en el expediente administrativo. En sentido análogo al expuesto, nuestra jurisprudencia ha afirmado que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos por no haberse utilizado los cauces establecidos para su impugnación (SSTS de 9 de abril de 2010, Recurso 1970/2008, de 3 de mayo de 2010, Recurso 3523/200). Es decir, transcurrido el plazo para recurrir un acto administrativo no cabe emplear la acción de responsabilidad patrimonial para cuestionar su legalidad y obtener la correspondiente indemnización, so pretexto del perjuicio derivado del mismo, pues la falta de utilización de esa vía impugnatoria impide apreciar el necesario requisito de la antijuridicidad del hipotético perjuicio. Por ello, la jurisprudencia expresada considera improcedentes las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el tardío pago de pensiones de retiro, cuando los concretos actos de liquidación no hubieren sido recurridos. En definitiva, la falta de utilización de tal vía impugnatoria conllevaba el deber jurídico de soportar los perjuicios alegados y derivados de los actos consentidos y firmes”.

En efecto, la responsabilidad patrimonial debe utilizarse a través del cauce pertinente y, en concreto, cuando se ha utilizado para impugnar actos consentidos y firmes, la jurisprudencia de forma constante ha señalado que no concurría la antijuridicidad, como factor necesario para declarar la responsabilidad patrimonial correspondiente.

3. *Ámbito de intervención habitual de la responsabilidad patrimonial en materia de contratación.* Generalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en materia de contratación puede producirse en dos planos muy diferentes. Uno es el de la ejecución del contrato. Supuesto muy similar al que podría concurrir en el ámbito privado, en el tráfico jurídico entre particulares. Por ejemplo cuando en ejecución de un contrato se produce un daño a un tercero ajeno a la relación contractual. En este caso, el perjudicado podrá exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sin perjuicio de la acción de repetición que ostenta ésta frente al contratista.

¹¹ En el mismo sentido la STS de 26/05/2010 (Recurso 3431/2008), 08/06/2011 (Recurso 3201/2007) y 19/07/2011 (Recurso 4912/2007).

Además, en el ámbito de la contratación pública, también puede concurrir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cuando exista un incumplimiento de la normativa contractual que ocasiona una lesión patrimonial a quien ostente interés en la licitación. Este plano es totalmente novedoso en relación al tráfico jurídico privado. Aquí un incumplimiento de la normativa contractual puede generar en un licitador un perjuicio económico individualizado y antijurídico que no tiene obligación de soportar. Esta responsabilidad derivada de un inadecuado cumplimiento de las normas de licitación se puede generar en diversas fases del procedimiento, en la adjudicación del contrato, en la adopción de una medida cautelar o bien, incluso, en la indebida incautación de garantías que generen un perjuicio a los licitadores¹².

Estos son los dos planos fundamentales en los que se desenvuelve la responsabilidad patrimonial en la contratación pública, en la fase de la preparación y adjudicación del contrato en relación a los interesados en el procedimiento de licitación o bien en la fase de ejecución en relación a los daños que se ocasionen a terceros ajenos al contrato.

4. *Diferencia con el enriquecimiento sin causa.* De forma sucinta podemos establecer la diferencia entre la acción de responsabilidad patrimonial y la de enriquecimiento sin causa, siguiendo a Rebollo Puig. Considera este autor que la pretensión es distinta en la acción de responsabilidad y en la acción de enriquecimiento. Según afirma, en el primer caso se pretende el resarcimiento total de los daños y perjuicios causados por la Administración de manera que sea ésta la que soporte finalmente la pérdida o menoscabo patrimonial sufrido por el particular. Al final, por tanto, si prospera la acción, la Administración soportará el daño que ella misma causó y sufrirá normalmente una disminución patrimonial respecto a la situación anterior a la producción del daño.

Con la acción de enriquecimiento sin causa contra la Administración, en cambio, sólo se persigue la restitución de un valor injustificadamente ingresado por aquella a costa del reclamante y en la medida en que este sea empobrecido, es decir, en la medida en que debía corresponder a este último; de lo que se trata es de que, finalmente, la Administración tenga una situación patrimonial igual a la anterior a producirse un indebido enriquecimiento y, con distinta composición. Pues –como afirma este autor– normalmente conservará la cosa o utilidad de cualquier tipo pero a cambio del valor. Su patrimonio no sufrirá ninguna merma o disminución¹³.

¹² Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial puede citarse la obra de AHUMADA RAMOS, F. J.: en *La Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexa causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2004.

¹³ GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (coord.): *Manual de Contratación del Sector Público, estudio sistemático de las obligaciones de la Hacienda Pública los contratos y convenios de la Administración y el resto del Sector Público*, Editorial Comares, p. 1.029, Granada, 2011.

5. *Particularidades procedimentales.* Sin perjuicio de que se examina con posterioridad, en el caso de daños ocasionados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato, el artículo 214.3 TRLCSP introduce una particularidad procedimental. La posibilidad de que el interesado requiera a la Administración Pública para que, previa audiencia al contratista, señale quién es el responsable de los daños ocasionados; si el contratista o la entidad contratante.

Por otra parte, también debe destacarse como aspecto procedimental relevante que, en la responsabilidad patrimonial en materia contractual suele ser frecuente la participación de múltiples interesados en el proceso administrativo y también la presencia de una pluralidad de partes en sede contencioso administrativo. Si se trata de responsabilidad derivada de la fase de preparación o adjudicación del contrato será frecuente que intervengan los demás licitadores interesados en la adjudicación ya sea para mantener la legalidad de la resolución administrativa, ya sea para participar en la impugnación de la resolución adoptada. En el caso de responsabilidad derivada de la ejecución de los actos administrativos junto con el perjudicado y la Administración, también participara el contratista y las entidades aseguradoras correspondientes si las hubiere¹⁴.

3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE LA PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

Como señalamos anteriormente, uno de los planos principales en los que se puede generar una lesión patrimonial, individualizable que el administrado no tenga el deber de soportar se produce en las fases de preparación y adjudicación del contrato. Concretamente pueden ser en uno o en varios actos dentro del procedimiento que originen una lesión patrimonial al ciudadano. Siguiendo los requisitos clásicos de la responsabilidad patrimonial señalaríamos que es necesario para que concurra, los siguientes elementos:

- A) *La efectiva realidad de un daño evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas que no tengan la obligación de soportarlo (antijuridicidad del daño).*

Aspecto que puede ocurrir fácilmente en un procedimiento de licitación si existe una adjudicación indebida a un licitador y se generan perjuicios evidentes al participante mejor situado. También se puede ocasionar esta lesión patrimonial si se adoptan medidas caute-

¹⁴ La participación de entidades aseguradoras en la ejecución de contratos suele ser lo más frecuente en la práctica. No solo porque generalmente el propio Pliego de Cláusulas Administrativas suele exigirlo sino también porque en la actualidad, cada vez son más las entidades públicas que cuentan con seguros de responsabilidad civil.

lares de suspensión del procedimiento de licitación, situación que conllevará un evidente perjuicio patrimonial al adjudicatario provisional¹⁵.

Además en estos casos, resulta evidente que el licitador no tiene el deber de soportarlo. Los licitadores presuponen que la Administración cumplirá las normas en materia de contratación pública o que en, caso de error, no serán ellos los que deban soportar la culpa o negligencia de la Administración Pública en la tramitación del expediente de contratación.

B) *Que la lesión patrimonial sufrida sea consecuencia de una actuación del poder público o actividad administrativa, en desarrollo de funciones de la misma naturaleza en una relación de causa a efecto.*

En la contratación pública los entes contratantes que licitan solo pueden celebrar aquellos contratos que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de sus fines, a tenor del artículo 22 TRLCSP, con lo que el requisito de la actividad administrativa como causante de la lesión ya estaría cubierto.

Otra cosa es el nexo de causalidad, que es probablemente, el factor más complejo y determinante para declarar la responsabilidad patrimonial. Es igualmente requisito “*sine qua non*” la concurrencia del nexo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, sin interferencias extrañas que pudieran anular o descartar aquél, no suponiendo el carácter objetivo de esta responsabilidad que se responda de forma “*automática*” por la sola constatación de la existencia de la lesión.

Así, la STS de 13/09/2002 unifica criterios en torno al alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración respecto al funcionamiento de sus servicios públicos, recordando que:

“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 en la Sentencia de 13 de noviembre de 1997 (Recurso 4451/1993), también se afirma por el Alto Tribunal que «Aun cuando la res-

¹⁵ Sobre la responsabilidad patrimonial y la naturaleza de lesión al particular resulta muy ilustrativa la obra de BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Editorial INAP, Madrid, 1997.

ponsabilidad 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».

Su apreciación depende del conjunto de factores que concurran en el supuesto, al igual que sucede respecto a la responsabilidad patrimonial derivada de otras actuaciones materiales de la Administración Pública.

C) Que el daño no se haya producido por fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima.

Se trata de otro requisito que generalmente concurrirá en el caso de reclamaciones de responsabilidad patrimonial en materia de contratación pública.

Descendiendo, de forma paulatina, en el análisis de los principales supuestos de responsabilidad patrimonial que se pueden producir en la contratación pública, podemos reproducir las principales secuencias en la que se puede plantear una cuestión de esta naturaleza. Igualmente trataremos de identificar cuáles son los principales problemas que se suelen suscitar en la práctica. Podemos detenernos en las siguientes hipótesis:

3.1. Responsabilidad patrimonial derivada de una adjudicación declarada nula.

Se trata de uno de los supuestos más frecuentes en la práctica. Licitador posicionado en una situación preferente sufre una lesión patrimonial ya que la adjudicación del contrato recae de forma ilícita en otro licitador.

En este tipo de supuestos resulta determinante cuantificar de forma adecuada el daño sufrido. Debe evaluarse si el perjuicio deriva de la imposibilidad total de ejecución del contrato –al haberse ejecutado íntegramente en el momento en el que se declaró nula la adjudicación– o si cabe la posibilidad de ejecutar en parte el contrato en cuyo caso la cuantificación debe tener en cuenta esta circunstancia¹⁶.

Por otra parte, la cuantificación del perjuicio sufrido debe articularse desde el punto de vista de la valoración del lucro cesante que ha sufrido el licitador mejor situado al no poder ejecutar la prestación. Una cuantificación del beneficio dejado de obtener que debiera cal-

¹⁶ El Dictamen 7324/2014 del Consejo Consultivo de Andalucía, versa precisamente sobre un supuesto similar donde se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por considerar que el contratista contribuyó al daño efectivo sufrido.

cularse teniendo en cuenta informes periciales de técnicos competentes que evalúen los gastos que se habían producido y el beneficio real.

Sobre esta cuestión resulta muy ilustrativa la STS 08/02/2012 (Recurso 285/2011), que estimó el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de febrero de 2011 y declaró el derecho de un grupo editorial a percibir una indemnización de 99.000 euros, tras los perjuicios ocasionados en un procedimiento de licitación.

Junto con esta situación, existe una casuística muy amplia de aparentes supuestos de responsabilidad patrimonial cuando se declara la nulidad de la adjudicación.

En este sentido, un repaso a la jurisprudencia sobre la materia, permite identificar multitud de casos en los que no se declara la responsabilidad ya que el actor no acredita que, de no haberse dictado la resolución injusta, el recurrente habría resultado adjudicatario. Es decir, no se reconoce la responsabilidad del ente licitador ya que el recurrente no acredita una lesión patrimonial efectiva sino basada en meras suposiciones o hipótesis. Así lo declara la Sentencia de 21/6/2005 (Recurso 2576/2003), cuando dispone que:

“[...] En este sentido, debe recordar que según consolidada jurisprudencia, para que la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial sea procedente no basta con que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración Pública (en el caso de autos la celebración por el Ente Público RTVE de un contrato nulo de pleno derecho), sino que es necesario que el particular que formula la reclamación haya sufrido una lesión en sus bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos, que no se ha producido, desde el momento que no hay razón válida alguna para concluir que si se hubiese convocado el concurso, éste hubiese tenido que ser adjudicado conforme a derecho necesariamente al Sr. Luis Carlos”¹⁷.

Otra cuestión que puede plantearse, es la responsabilidad patrimonial por lucro cesante cuando se declara la nulidad del expediente de contratación por una causa exclusivamente imputable a la Administración Pública. Se trataría, por ejemplo de supuestos en el que el adjudicatario del contrato pierde esta posibilidad de negocio porque la licitación se ha producido por ejemplo, por un órgano manifiestamente incompetente, circunstancia no atribuible al licitador.

Pues bien, en este caso no existe una posición unánime. Existen pronunciamientos favorables y en contra a la declaración de responsabilidad patrimonial tras la declaración de

¹⁷ En este sentido puede citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6/2/2012 (Recurso 314/2006), cuando señala que: *“[...] sin que sean procedente los restantes pedimentos, ya que, como bien señala el abogado del Estado, la adjudicación al recurrente no es segura por el mero hecho de valorar su oferta económica, y la posible responsabilidad patrimonial de la Administración habría de iniciarse ultimado el expediente de contratación”.*

nulidad del expediente de contratación, pudiendo citarse la STS de 11/01/2013 (Recurso 5820/2010)¹⁸.

3.2. Responsabilidad patrimonial por actos preparatorios de los contratos.

Cabe la posibilidad de que se cause una lesión patrimonial en la fase de preparación de los contratos, ya sea en la configuración de los pliegos de cláusulas administrativas (114 TRLCSP) o prescripciones técnicas (artículo 116 TRCSP), bien en la determinación de los requisitos de solvencia económica o financiera, técnica y profesional (artículo 74 TRLCSP), o en los tramites de publicidad de la licitación (artículo 141 TRLCSP).

A nuestro juicio, en estos casos, aunque es indudable que puede producirse un funcionamiento anormal del servicio público –no deseable en ningún caso– será difícil acreditar el perjuicio patrimonial efectivo y evaluable del reclamante que le haya ocasionado un perjuicio que deba ser resarcido. Principalmente porque se trata de una fase inicial de la contratación donde el reclamante deberá justificar que pudiera haber resultado adjudicatario, salvo que reclame perjuicios concretos de otra naturaleza que le haya podido irrogar el procedimiento de licitación. En este sentido se pueden citar la Sentencia de 22/1/2014 (Recurso 420/2011), que declara nula la adjudicación de un contrato al haberse producido estando pendiente de tramitación el recurso especial de contratación al amparo del extinto artículo 37.7 LCSP, condenando exclusivamente a retrotraer las actuaciones al momento en el que se debió paralizar la tramitación del recurso conservando así los actos hasta ese momento. También resulta de interés la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28/2/2013 (Recurso 607/2011), en la que se desestima por falta de acreditación del daño una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de una prohibición para contratar.

En definitiva, el éxito de una reclamación de esta naturaleza va a quedar condicionada a la prueba de un verdadero e individualizable perjuicio sufrido por el actor, aspecto de gran dificultad por la fase inicial del expediente de contratación en la que se ha producido.

3.3. Responsabilidad patrimonial por los daños perjuicios sufridos de la incautación de garantías.

Otro supuesto que puede ocasionar la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en materia de contratación se produce cuando se lleva a cabo la

¹⁸ En esta Sentencia del Tribunal Supremo que contiene un voto particular, el núcleo esencial consistía en la posición contraria a reconocer el abono del lucro cesante producido a la entidad mercantil recurrente, como consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato de gestión de un servicio público, de depuración de aguas residuales, por causas imputables única y exclusivamente a la Administración, al entender que la entidad adjudicadora era manifiestamente incompetente para adjudicar un contrato que se solapaba con otro de gestión, otorgado por un Ayuntamiento, previamente existente.

incautación indebida de garantías prestadas en la licitación con un perjuicio evidente para el licitador. Sobre un supuesto parecido se pronuncia la STJCL de 04/10/ 2002 (Recurso 245/2000).

“...Pues bien, habiéndose formalizado ese aval como fianza definitiva para responder del cumplimiento de contrato de recaudación, y no habiéndose llevado a puro efecto la adjudicación completa de los trabajos de colaboración en la recaudación, al haberse revocado el Acuerdo de 11 de abril de 1997, por otro posterior de 24 de julio, que fue anulado por esta Sala, sin que fuese ya posible ejecutar en sus propios términos el meritado Acuerdo de 11 de abril de 1997, cabe concluir que el aval presentado por la recurrente, como fianza definitiva, y los gastos de mantenimiento que el mismo conlleva, han originado a la actora unos perjuicios económicos que no debió soportar, encontrándonos por tanto ante un daño real y efectivo, que exige para su completa reparación, no solo que el Ayuntamiento demandado abone a la recurrente los gastos de formalización y mantenimiento que viene generando ese aval desde el 30 de abril de 1997 hasta la fecha...”.

De esta manera, en situaciones en que el administrado sufre una lesión patrimonial fácilmente identificable, como es en el caso de las garantías en el procedimiento de licitación, la Administración Pública causante debe responder de los perjuicios que se generen, ya que el perjuicio ocasionado es fácilmente cuantificable, concurre una antijuricidad manifiesta y un evidente nexo causal entre el comportamiento de la Administración Pública y el resultado lesivo.

3.4. Responsabilidad patrimonial derivada de la adopción de medidas cautelares por parte del ente adjudicador.

La adopción de medidas cautelares por parte del adjudicador se produce en situaciones sensibles donde existe una confluencia de intereses como consecuencia de una circunstancia sobrevenida que no estaba prevista inicialmente en el procedimiento de licitación.

En puridad se trata de una actuación administrativa que puede llevar a cabo tanto en la fase de preparación, adjudicación o ejecución del contrato. No obstante por razones de sistemática la examinaremos en este epígrafe.

Generalmente la suspensión del procedimiento de licitación o bien la suspensión de la ejecución suelen ser las medidas cautelares más frecuentes. La Administración Pública aprecia una circunstancia sobrevenida e imprevista y, previa ponderación de los intereses concurrentes, decide adoptar la decisión de suspensión como medida más adecuada para garantizar el interés general. Esta circunstancia es muy relevante para analizar la antijuricidad de la conducta a efectos de una eventual responsabilidad patrimonial posterior.

Es decir, si la suspensión que efectúa el órgano administrativo se efectúa mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, razonando y motivando la decisión

que adopta la Administración Pública con la finalidad de lograr la mejor medida para los intereses en juego, será muy difícil justificar una eventual responsabilidad patrimonial ulterior.

Cualquiera que sea posteriormente el pronunciamiento judicial sobre la conformidad o no a Derecho de la actuación administrativa lo que es evidente es que será muy difícil probar que concurre una antijuridicidad en la actuación de la Administración Pública. Por una razón muy sencilla, el fundamento y la finalidad de las medidas cautelares es precisamente la de garantizar, de la mejor manera posible, los intereses generales cuando existe una colisión de expectativas legítimas *a priori*. Son un instrumento para evitar males mayores. Por ello si la resolución está bien motivada y resulta coherente y proporcionada será muy difícil articular una pretensión resarcitoria sobre un eventual perjuicio.

Sobre esta cuestión resulta muy ilustrativa la STS de 04/11/2014 (Recurso 182/2012), donde se enjuiciaba la conformidad a Derecho de la desestimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, por los daños y perjuicios que se estimaba se le habían ocasionado a la recurrente con la suspensión y declaración de lesividad de la resolución por la que se le había adjudicado el concurso para la determinación de tipo para el suministro de elementos de señalización exterior e interior con destino a la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el periodo 1999-2001.

La Sentencia del Tribunal Supremo confirma la Sentencia de 27 de octubre de 2011, dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo 689/2007, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, y declara algunos aspectos de interés.

En primer término recuerda que el contenido del artículo 142.4.º de la Ley 30/1992 cundo dispone que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, es decir, que no basta la anulación del acto para tener derecho a indemnización, que solo procederá cuando anulado el mismo concurren todos los requisitos que la ley exige para que se pueda declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que son que el daño o la lesión sean efectivos, evaluable económicamente e individualizado con relación con una persona o grupo de personas.

Por ello, afirma la Sentencia, es cierto que la regla general es que ha de mediar la anulación del acto para que proceda declarar la responsabilidad patrimonial. Pero no es menos cierto, y ahí radica el núcleo de interés, que puede haber casos en los que la causación del perjuicio no tenga su origen tanto en la producción de un acto inválido como en las consecuencias que se derivan para el particular de la emisión de un acto que se ajusta al ordenamiento.

Es decir –tal y como señalábamos– la antijuridicidad no se referiría en tales supuestos a la vulneración por el acto administrativo del ordenamiento jurídico, sino a la producción de

determinados efectos en la esfera patrimonial del administrado respecto de los cuáles, aun amparándose en un acto válido, pudiera afirmarse que no existe deber jurídico de soportar. En consecuencia es posible que habiendo dejado ese acto válido firme, pueda quien así proceda, de acuerdo con lo dispuesto en el número 5 del artículo 142 de la Ley 30/1992, entablar una acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración autora de ese acto.

Y en relación con los efectos de la decisión anulada, la Sentencia señala:

“como recogemos en la Sentencia de 8 de mayo de 2007, 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, que se plasma, entre otras, en Sentencias de 05-02-1996, 04-11-1997, 10-03-1998, 29-10-1998, 16-09-1999 y 13-01-2000, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por la existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados” (Sentencia de 2 de diciembre de 2009, Recurso de casación 3650/2005).

De esta manera concluye el enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, disponiendo la resolución judicial que debe desestimarse la pretensión en base a la siguiente consideración:

“Pues bien, a la vista de la doctrina expuesta no puede estimarse que en el presente supuesto pueda considerarse que la Sentencia infringiera los preceptos en que se funda el motivo, por el hecho de considerar que la decisión de ordenar la suspensión de una resolución que había declarado lesivo la adjudicación de un contrato, por la concurrencia de una eventual causa de anulación, no estuviera razonada y fundada habida cuenta de que con ello se evitaba que se iniciase, no se suspendía, la eficacia de un contrato que valorado con la perspectiva temporal cabía pensar que más perjuicios ocasionaba su no efectividad, caso de poder confirmarse la anulación, que la no suspensión, caso de que así sucediera. Las razones expuestas obligan a la desestimación del motivo cuarto del recurso”.

De esta manera examina el Alto Tribunal los elementos de la responsabilidad patrimonial ante una medida cautelar de suspensión en materia de contratación pública. A nuestro juicio, se refrenda lo expuesto al inicio del epígrafe. Cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de una medida cautelar debe partir de una crítica consistente y férrea de la medida adoptada. La argumentación para una eventual estimación de la responsabilidad debe ser muy coherente con la naturaleza y finalidad de este tipo de medidas y debe adolecer de forma ostensible de la motivación, coherencia y proporcionalidad razonable, según el caso, para que pueda prosperar¹⁹.

¹⁹ En un sentido similar puede citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional 22/09/2005 (Recurso 1289/2003), que además efectúa un análisis muy acertado sobre el quantum de las indemnización reclamada en ese caso.

3.5. Responsabilidad patrimonial por vicios en el proyecto.

Al igual que lo señalado anteriormente, la responsabilidad de la Administración Pública por la lesión patrimonial a terceros como consecuencia de vicios en el proyecto de la obra puede ubicarse en la fase de preparación o adjudicación del contrato o bien en la fase de ejecución del mismo.

En cualquier caso se trata de uno de los supuestos típicos de análisis de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tal y como señala Ruiz Ojeda²⁰. Este autor se centra en examinar la responsabilidad a través del extinto artículo 97.2 TRLCAP, pero sería plenamente extrapolable a lo recogido en el actual artículo 214 TRLCSP que reproduce, casi de forma literal, el tenor de aquel. Concretamente este autor considera que solamente será responsabilidad exclusiva de la Administración cuando se trate de un proyecto íntegro elaborado por ella, tal y como reza el artículo 214 TRLCSP cuando dispone en su apartado tercero que:

“Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación”.

Por ello concluye este autor que, a su juicio, el texto de la norma debe mantener el sistema previsto en la normativa contractual para que el perjudicado puede ejercitar la acción contra cualquiera de los agentes intervinientes en el proceso de ejecución del contrato sin perjuicio del sistema de repetición que determina la normativa contractual.

Compartimos con este autor que se trata de supuestos muy excepcionales donde el proyecto depende exclusivamente de la Administración Pública. Igualmente puede afirmarse que, en caso de producirse un daño en estas condiciones no sería difícil que prosperara la correspondiente responsabilidad patrimonial ya que los elementos de este instituto patrimonial serían fácilmente acreditables. Sobre esta cuestión resulta interesante la STSJA de 13/02/2002 (Recurso 544/2000), cuando dispone que:

“De esta regulación legal se colige sin dificultad que durante la ejecución del contrato el contratista asume una serie de responsabilidades, así responde por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato, y también frente a terceros, debiendo indemnizar a estos por daños en la ejecución del contrato, si bien la Administración

²⁰ RUIZ OJEDA, A.: “La responsabilidad de la Administración contratante en los supuestos de daños causados a terceros por sus contratistas y concesionarios (inercias y atolladeros del instituto resarcitorio en el ámbito de la contratación administrativa)”. “Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, (coord. BERNALDO DE QUIRÓS, J. G.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, II, 2002, Madrid, 2003.

responde directamente frente a terceros, a pesar de haberse causado el daño durante la ejecución del contrato, cuando el daño causado se hubiera producido como consecuencia directa e inmediata de una orden de la Administración y cuando el daño deriva de vicios del proyecto. En definitiva, quien controla el proceso de ejecución del contrato, asume las responsabilidades de cara a tercero por un cumplimiento irregular. De ahí que, con plena coherencia, se excluya tal responsabilidad cuando en el proceso de ejecución interfiere la propia Administración, bien a través de una orden directa e inmediata, bien a través del vicio del proyecto elaborado por ella misma que se ejecuta”.

De acuerdo con ello, parece meridiano que en este tipo de incumplimientos que genera la responsabilidad es preciso que el nexo de causalidad quede totalmente acreditado con un “domino de la acción constructiva” por parte de la Administración Pública con la elaboración exclusiva del proyecto cuya ejecución ocasiona el perjuicio patrimonial²¹.

En síntesis estos son los principales escenarios en los que se puede plantear una eventual reclamación de responsabilidad patrimonial en materia de contratación pública. Sin un ánimo exhaustivo hemos tratado de exponer, desde un prisma eminentemente práctico, cuales son los elementos principales en cada escenario y que elementos han sido determinantes por parte de la jurisprudencia a la hora de estimar o desestimar, en su caso, la reclamación de responsabilidad patrimonial en esta materia.

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE ACTOS DE CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS

Examinada la responsabilidad que se puede generar en la fase de preparación y adjudicación del contrato, resta analizar las principales cuestiones que se suscitan cuando se ejecuta los contratos públicos.

En este ámbito el núcleo de la problemática se centra en identificar, cuando se ejecuta un contrato público, quién debe responder y que normas sustantivas y procesales deben enjuiciar las pretensiones resarcitorias.

Como señala Villalba Pérez, en esta materia, desde hace ya varias décadas se vienen suscitando dudas acerca de cuestiones de tanto calado como la forma en que debe distribuirse la responsabilidad entre la Administración y el contratista, o el régimen de respon-

²¹ Un examen más actual de la cuestión lo encontramos en la Sentencia TSJCL de 9/03/2012 (Recurso 2799/2003).

sabilidad extracontractual a que éste último debe ser sometido, incluyendo los aspectos procesales de la reclamación a formular por quien se considera perjudicado²².

Por ello para una mejor comprensión del estado actual de la materia resulta necesario examinar brevemente, los principales antecedentes normativos sobre esta cuestión.

1.º Antecedentes legislativos

Siguiendo a Ruiz Ojeda²³ podemos sistematizar los principales hitos normativos en esta materia de la siguiente forma:

a) *La Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954.*

El artículo 121.2 de la Ley establece que en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento de éste. Además el artículo 123 del mismo cuerpo legal señala que cuando se trate de servicios concedidos la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión en la forma prevista en el párrafo segundo del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién deba pagarla

b) *El Reglamento de Expropiación Forzosa, aprobado por el Decreto de 26 de abril de 1957.*

Este Reglamento estableció en su artículo 133 –responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños– que:

“7. Dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente, en los supuestos a que se refieren los artículos 120 y 121 de la Ley con arreglo al procedimiento regulado en los artículos siguientes. 2. Las Corporaciones locales y Entidades institucionales quedan sujetas también a la responsabilidad que regula este capítulo”.

Además en su artículo 137 –especialidades del procedimiento de reclamación de daños causados por servicio público concedido– concretó que:

²² VILLALBA PÉREZ F.: “La responsabilidad extracontractual del contratista por los daños producidos a terceros durante la ejecución del contrato”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 297, pp. 87 y 88, Madrid, 2005.

²³ *Opus cit.*

“En el caso de servicios públicos concedidos se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 134, con las especialidades siguientes:

- a) El lesionado deberá presentar una copia simple de su reclamación y de cuantos documentos acompañe.*
- b) Presentado su escrito se dará traslado de la copia al concesionario para que en el plazo de quince días exponga lo que a su derecho convenga y aporte cuantos medios de prueba estime necesarios”²⁴.*

Obsérvese que se reguló la responsabilidad de la Administración en la normativa referida a la expropiación forzosa. No es casual, considerado desde la perspectiva de lo que constituyó la preocupación del legislador en 1954, cual era regular, además de la expropiación forzosa, la responsabilidad extracontractual de la Administración.

De estos preceptos se puede extraer, como señala este autor, una regla general, una regla especial y una excepción a la regla especial.

Regla general: La Administración Pública responde, sin perjuicio de sus acciones frente a los funcionarios intervinientes, en los supuestos de dolo o culpa grave del funcionario encargado del servicio causante del daño, así previsto en el artículo 135 de dicha Ley.

Regla especial: En los servicios públicos concedidos la indemnización correrá a cargo del concesionario (artículo 123 de la Ley).

Excepción a la regla especial: A cargo de la Administración, cuando el daño se cause por verse obligado el concesionario a cumplir alguna cláusula impuesta por la Administración (artículo 121 de la Ley).

- c) La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.*

En esa normase reprodujo, en esencia, los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, si bien silenciando en absoluto el supuesto de existencia de concesionario interpuesto²⁵.

²⁴ Hay que hacer aquí un inciso para decir que el Capítulo II (Responsabilidad por daños) del Título IV de este Reglamento, fue derogado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprobó el vigente Reglamento de Procedimiento de la Administración sobre Responsabilidad Patrimonial.

²⁵ Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 9/05/1989 “En el ánimo de los redactores de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado debió pesar la preocupación sistemática de separar lo que veían como dos cuestiones distintas: responsabilidad de la Administración y responsabilidad del concesionario. De esta manera, lo que en la Ley de Expropiación Forzosa se regula como un tema unitario –responsabilidad de la

d) *El Reglamento General de Contratación aprobado mediante Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.*

Esta disposición señalaba en su artículo 134 que serían de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hubieran sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También sería responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto. Además añadía que las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable.

En consecuencia se introducía vía reglamentaria una nueva posibilidad de responsabilidad para la Administración, cual es que los daños fueran consecuencia de los vicios del proyecto. Se entiende, evidentemente, aunque no lo haga explícitamente la norma, que así será siempre que el proyecto haya sido redactado o encargada su redacción por la Administración.

En consecuencia, según esta norma respondía el contratista, y tan solo responde la Administración, bien por daños consecuencia directa de una orden de la Administración o bien por vicios del proyecto. Por otra parte, se pronuncia el citado Reglamento sobre la obligación de ejercitar la acción frente a la Administración, la cual, con audiencia al contratista, dictará Resolución en el correspondiente procedimiento administrativo.

e) *La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de la Administraciones Públicas, y el Texto Refundido aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.*

Con la publicación de estas dos normas legales, sucesivas en el tiempo, se mantuvo en los mismos términos que en la legislación anterior los aspectos materiales de la responsabilidad de la Administración, pero, sin embargo, con la publicación de la Ley 13/1995 se incrementaron las incertidumbres sobre todo en los aspectos procesales. Se generó cierta inseguridad sobre quien el orden competente para conocer de las reclamaciones que se produjeran por los daños ocasionados a terceros, si el orden civil o el orden contencioso-administrativo.

Administración, actuando o no mediante la interposición del concesionario-, en la legislación posterior aparece distorsionado y, en consecuencia, mal comprendido.*

Según la doctrina tal distorsión ya se había iniciado en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que en su artículo 128.1.3º, regula ya la responsabilidad del concesionario frente a terceros como tema autónomo, es decir, desconectado totalmente de la Ley de Expropiación Forzosa y de su Reglamento, y continuó la misma desconexión en la legislación de Contratos del Estado.

El artículo 98 de la Ley 13/1995 reguló la cuestión procesal de forma distinta a que lo habían hecho hasta entonces la Ley de Expropiación Forzosa y Reglamento General de Expropiación Forzosa, que venían estableciendo un sistema de reclamación obligatoria en vía administrativa en el que la Administración declaraba a quién era imputable la responsabilidad.

La redacción del citado artículo 98 en sus apartados 3 y 4 suscitó una gran variedad de interpretaciones y no pocas críticas²⁶.

El Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 mantuvo la misma literalidad, al igual que la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y actual artículo 214 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2.º Estado actual de la cuestión según la legislación vigente y la jurisprudencia actual

El precepto clave en esta materia en la actualidad es el artículo 214 TRLCSP. Dispone este precepto que:

“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiere la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

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

De esta manera el perjudicado puede:

²⁶ Para algunos autores dicho precepto no alteraba el anterior sistema, otros consideraron que imponía la vía civil, y otros que instauró un sistema de doble opción, en cuya virtud la víctima podía optar entre demandar al contratista en vía civil, o bien reclamar ante Administración y contratista en vía administrativa y contencioso-administrativa.

- a) Dirigir directamente su reclamación frente a la Administración, dando lugar a la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial que se tramitará y resolverá conforme al vigente Reglamento aprobado por el citado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, pero solamente para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de los contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración, o de vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. En esta materia debemos referirnos obligatoriamente a los artículos 34 y 35 de la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y los artículos 81, 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.
- b) Hacer uso de la facultad de solicitar de la Administración que se pronuncie sobre los daños, lo cual no es una verdadera reclamación, para que ésta resuelva sobre cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por daños.

En este segundo supuesto, si la Administración acepta su responsabilidad el reclamante habrá de iniciar un segundo procedimiento, de responsabilidad patrimonial, para cuantificar los daños si no lo ha hecho cuando formule su solicitud, pues en este caso, si la Administración acepta su responsabilidad y la cuantía reclamada concluirá la reclamación. Si por el contrario la Administración imputa la responsabilidad al contratista, el perjudicado podrá recurrir esta resolución en vía contencioso-administrativa, solicitando que se declare la responsabilidad de la Administración, y que sea condenada al pago de la indemnización que proceda.

Por ello, lo más frecuente en la práctica es que el perjudicado reclame contra la Administración Pública y ésta tramite el expediente de responsabilidad patrimonial correspondiente. En consecuencia, tras agotar la vía administrativa, el enjuiciamiento de la conformidad o no a Derecho de la resolución que estima o desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial será enjuiciada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Normalmente, el contratista y la eventual entidad aseguradora que pudiera intervenir deben haber participado en el expediente de responsabilidad patrimonial y su intervención en el proceso será como codemandadas con arreglo al artículo 21 LJCA²⁷.

En caso de que estas entidades no hayan participado en el procedimiento administrativo previo, la Administración Pública, al remitir el expediente, debiera emplazarlas como interesadas con arreglo al artículo 48 LJCA, para que se personen en concepto de codemandadas.

²⁷ Recuérdese que la letra c) del punto 1 del artículo 21 de la LJCA, redactado por la disposición adicional 14.1 de la Ley Orgánica 19/2003, establece que las aseguradoras de las Administraciones Públicas serán siempre parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

De esta manera, será la Sentencia que resuelva el procedimiento la que se pronuncie sobre la existencia o no de responsabilidad por los daños causados a terceros y sobre a quién le corresponde responder y también en relación con el régimen de distribución de responsabilidad en el caso de supuestos de corresponsabilidad.

Ahondando en esta reflexión, la sentencia que estime la demanda contra la resolución administrativa impugnada contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos, con arreglo al artículo 71 LJCA. A saber:

- Declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública al estimar probada la lesión patrimonial del perjudicado debido a una orden de ésta al contratista o bien debido a un vicio en el proyecto.

Sobre esta posibilidad debemos señalar que la imputabilidad de la Administración Pública en estos casos no se limita exclusivamente a la existencia de una “orden” o “el vicio en el proyecto” tal y como preceptúa el actual artículo 214 TRLCSP. En estos casos, la casuística ha demostrado, que puede atribuirse a la Administración Pública otros reproches de distinta naturaleza como puede ser *la culpa in vigilando*, tal y como desgranaremos en el apartado siguiente.

- Estimar la falta de legitimación pasiva de la Administración Pública por considerar que no existe prueba del nexo causal del comportamiento de la Administración y el resultado lesivo.

En este escenario la Sentencia condenará al contratista si considera ciertos los elementos de la responsabilidad extracontractual. Lo más probable es que si existe una lesión patrimonial probada, concurre la antijuricidad de la conducta y no existe culpa de la víctima, la falta de diligencia sea atribuible exclusivamente a la entidad contratista.

- Finalmente, puede ocurrir que se condene todos los codemandados de forma solidaria por considerar que son corresponsables del resultado lesivo. De hecho, también es factible que la Sentencia declare la responsabilidad de todos los codemandados pero atribuya una cuota de responsabilidad diferente según su grado de participación y la antijuricidad de la conducta que se le atribuye.

Como se puede apreciar, la configuración procesal de la reclamación de responsabilidad extracontractual en estos casos parte de un presupuesto esencial: la responsabilidad directa de la Administración Pública.

Con este presupuesto procesal se acentúa el carácter garantista de la responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 9 y 106 CE.

Se trata de un pilar elemental con una lógica evidente. Las distintas formas de gestión del servicio público no pueden incidir de forma negativa en el administrado a la hora de

poder ejercitar una acción de esta naturaleza. Es decir, las contrataciones que efectúe la Administración Pública para el desarrollo de sus cometidos o las nuevas personificaciones que adopte a través de entes instrumentales no pueden conllevar un perjuicio al ciudadano.

Según esta concepción, el ciudadano no puede limitar su tutela judicial por la existencia de un conglomerado de entes que participan en un servicio público. Por eso, la responsabilidad de la Administración debe ser directa y principal sin perjuicio del derecho de repetición que ostenta frente a quienes sean los auténticos responsables de la lesión ocasionada.

En este sentido, es tal este papel primordial de la Administración en la resolución de estas acciones de responsabilidad extracontractual que los órganos jurisdiccionales señalan que constituye un auténtico deber la tramitación y resolución de estos expedientes llegando a ser un argumento más para apreciar la propia responsabilidad de la Administración en la lesión que reclama el perjudicado.

A este respecto podemos reproducir la STSJA de 20/04/2014 (Recurso 62/2011), cuando recogiendo una posición común de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Granada, señala:

“Una vez establecida la unificación y exclusividad jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial de la Administración [artículos 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA], los supuestos en los que la actividad causante del daño no obedece únicamente a la actividad de la propia Administración, sino también a una entidad privada no integrada en la Administración Pública a la que presta sus servicios en virtud de un contrato o concesión que le atribuye la ejecución o gestión de un servicio público o de una obra pública, y en aplicación del artículo 97 antes citado, se ha venido considerando por diversas Salas (concretamente por Sentencia de 10 de mayo de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León) que, en aquellos casos en que la Administración se limita a declinar su responsabilidad en los hechos, sin indicar al perjudicado a cual de las partes contratantes corresponde responder por los daños causados, esta omisión por parte de la Administración constituye motivo suficiente para atribuir la responsabilidad por daños a la propia Administración, sin que pueda verse exonerada por la aplicación del párrafo primero del precepto, que con carácter general atribuye la obligación de indemnizar a la empresa contratista o concesionaria y ello, porque la resolución que dicte la Administración, asumiendo o no la responsabilidad, es susceptible de recurso en esta vía contencioso-administrativa, tanto por el perjudicado, como por la empresa contratista, lo que lleva a considerar, que cuando la Administración demandada incumple lo dispuesto y no da a conocer al perjudicado, si de los daños por él sufridos, debe de responder la propia Administración, o bien la contratista de las obras o la concesionaria del servicio, la Administración no puede exonerarse de responsabilidad, imputándola a ella el resarcimiento de los daños causados”.

De forma sucinta este es el estado actual del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública en los supuestos de daños ocasionados a terceros por los contratistas o concesionarios.

No obstante lo anterior, se pueden efectuar una serie de precisiones para ahondar sobre las particularidades que se plantean en los litigios de esta naturaleza y cuáles son los principales fallos judiciales sobre la materia hasta el momento.

3°. Principales aspectos procesales y sustantivos en la responsabilidad patrimonial derivada de actos de concesionarios y contratistas

La experiencia en este tipo de procedimientos permite establecer unas bases sobre las principales cuestiones controvertidas que se suelen plantear por las partes la hora de dilucidar la conformidad o no a Derecho de una resolución sobre responsabilidad patrimonial por lesiones ocasionadas por actos de concesionarios y contratistas.

Se trata de recoger unas breves pinceladas sobre los principales aspectos de interés ya que la enorme enjundia de la problemática que se plantea podría dar lugar a varios estudios de investigación sobre este particular.

1. Pluralidad de partes e intervención de entes de distinta naturaleza.

Una de las notas típicas de este tipo de procedimientos deriva de la participación, con carácter general, de una pluralidad de partes con una naturaleza diversa. Normalmente, junto con la Administración Pública puede participar un ente instrumental –de distinta naturaleza– que participe en la gestión de la actuación pública y, junto con ellos, también participara el contratista o el concesionario del servicio²⁸.

Además puede suceder que hayan resultado adjudicatarios del contrato entidades constituidas en unión temporal de empresas o formas asociativas equivalentes. Incluso es relativamente habitual que exista alguna subcontratación de determinadas prestaciones en el contrato público, por lo que cabe la posibilidad de que, si la imputación versa sobre actuaciones materiales realizadas por la entidad subcontratista, esta deba comparecer igualmente en el procedimiento judicial.

Además, para complicar aún más el esquema procesal expuesto, puede suceder que concurren al litigio las entidades aseguradoras de cada uno de los participantes anteriores

²⁸ Por ello debemos enlazar esta cuestión con las diferentes formas de gestión administrativa como uno de los factores relevantes en esta materia. A medida que se plantean nuevas formulas de gestión pública se derivan consecuencias procesales evidentes.

para ejercer de la mejor manera posible, y con los medios de prueba que considere necesarios, una defensa de sus intereses en juego.

Con este panorama, la cuestión principal en la mayoría de los casos es determinar la imputabilidad de la conducta que merece reproche e identificar la infracción legal que se ha producido o bien, la falta de diligencia correspondiente que ha ocasionado el resultado lesivo. Una circunstancia estrechamente ligada a la prueba que presente el actor y la valoración que efectúa el órgano jurisdiccional.

2. *Títulos de imputación a la Administración Pública: la orden del ente licitador, el vicio en el proyecto de la Administración e imputaciones equivalentes.*

Otro aspecto de interés versa sobre cuál es la razón o el argumento por el que se atribuye una responsabilidad a la Administración Pública en estos casos.

El artículo 214 TRLCSP atribuye responsabilidad en dos casos. En el supuesto de “orden al contratista” que sea causa directa e inmediata del efecto lesivo en el actor y en el caso de “vicios del proyecto”.

Pese a que el texto señala que debe ser una orden que origine una consecuencia directa e inmediata, en la práctica que ha flexibilizado este requisito.

Se puede imputar un resultado lesivo por determinaciones escritas u orales, por directrices del funcionario encargado del proyecto y por instrucciones que revelen en “dominio de la acción” por parte de la Administración Pública. Este es el extremo fundamental. Que se trate de un comportamiento en el que se refleje que el dominio de la acción se lleva a cabo por parte de la Administración Pública y que se refleje, además, que un nexo casual sobre el resultado lesivo.

Por otra parte respecto a la “cláusula de imputación” de los vicios en el proyecto, se exige que se trate de proyectos elaborados íntegramente por la Administración Pública. En consecuencia, la entidad pública no debe responder si, a su vez, se trata de una prestación elaborada por otro contratista encargado de diseñar las determinaciones técnicas, tal y como, por otra parte, suele suceder en grandes obras donde las determinaciones técnicas se elaboran a los adjudicatarios de contratos de servicios (antiguamente consultorías y asistencia).

Junto con lo expuesto, los títulos de imputación en este tipo de contratos no se ciñen a los enunciados en el artículo 214 TRLCSP. A la entidad adjudicadora se le reconoce un deber de vigilancia de las obras que encomienda o del servicio que adjudica que origina la denominada “culpa in vigilando” para el caso de que no se efectúe un control o supervisión de lo que realmente se está llevando a cabo.

En este sentido señala la STSJA de 18/11/2013 (Recurso 777/2007) que:

“Y si bien, en el presente caso el servicio era prestado por un empresa concesionaria, que asumiría la responsabilidad por los daños ocasionados a tercero; no puede olvidarse que en última instancia la Administración tiene atribuido el deber de vigilancia respecto de la concreta forma en que los concesionarios desarrollan los contenidos de la concesión con aquella formalizado, sobretodo cuando afecta a la prestación de un servicio público. Y en el supuesto de hecho se determina que la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño se produce por el mecanismo de la culpa in vigilando de la Administración Pública, sin que pueda prosperar el argumento de una falta de recepción total, cuando se dio una licencia para un aparcamiento subterráneo. Ello sin perjuicio, en todo caso, del derecho de repetición. Debe por tanto confirmarse la sentencia dictada”.

En esta línea, el examen de los pronunciamientos judiciales en casos similares permite señalar que el título de imputación no queda totalmente acotado con los criterios expuestos anteriormente. También existe atribuciones de responsabilidad a la Administración Pública por *culpa in eligendo* por dilación en determinadas actuaciones administrativas.

3. Particularidades en la prueba con arreglo al artículo 217 LEC.

Otra circunstancia de relevancia en la materia es la flexibilidad probatoria que acontece en este tipo de litigios derivada, fundamentalmente, de las particularidades que conllevan actuaciones administrativas tan complejas.

Esta tolerancia probatoria incide tanto en relación con los medios de prueba que puede utilizar el perjudicado para fijar como probados los hechos que invoca, como con la valoración que debe efectuar el juzgador sobre las pruebas que se presentan y se circunscribe principalmente a la determinación del nexo de causalidad. Siendo este elemento, probablemente, el de mayor dificultad de certeza en las mayoría de las ocasiones. Máxime cuando existe una intervención de tantas partes en la ejecución del contrato.

Con respecto a la prueba que deba ser determinante en este tipo de procedimientos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manifestado que la regulación de esta materia:

“no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte”²⁹.

Por tanto, entendemos que se trata de una garantía para el perjudicado que puede gozar de ciertos privilegios en relación al régimen general de la prueba en el proceso.

²⁹ STS de 09/02/1994, 28/01/1991 y 22/02/1991.

4. *La intervención de la entidad aseguradora y la incidencia del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato del Seguro.*

La participación de la entidad aseguradora en estos supuestos se efectúa para responder de la eventual responsabilidad del asegurado. Cabe plantear si, en consecuencia, el demandante puede exigir el cualificado régimen de interés que previene el artículo 20 de la Ley del Contrato del Seguro.

Es decir si el perjudicado que observa cómo ha transcurrido con creces el plazo para abonar el siniestro, puede invocar el régimen de recargo que dispone el legislador para paliar, precisamente, situaciones en las que la entidad aseguradora no atiende a su finalidad fundamental: abonar la indemnización en caso de siniestro.

Así, en STSJA de 02/05/2012 que puso fin al Recurso 408/2009, señala:

“Por último, y por lo que se refiere a los intereses que se reclaman en base a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 19-09-2006, Recurso 4858/2002, señala que Las previsiones del precepto se dirigen a gravar la demora del asegurador en la satisfacción de la indemnización de los daños y perjuicios en su relación directa con el tomador del seguro o asegurado en general y con carácter particular, respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, como resulta del núm. 1 del precepto en relación con el número 6.º, párrafo tercero, que se refiere a la reclamación o acción directa formulada por el tercero perjudicado, en cuanto la demora en el reconocimiento del siniestro y la correspondiente reparación es imputable a la compañía aseguradora que interviene”.

Sin embargo, existe una posición judicial que no los reconoce en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, al entender que la acción que se ejercita no es una acción derivada del contrato de seguro, sino de responsabilidad patrimonial y, por el contrario, existe otra posición que los reconoce, siempre y cuando exista un requerimiento previo dirigido a la entidad aseguradora, como justificativo del conocimiento inicial de la reclamación de responsabilidad extracontractual³⁰. De esta forma, esta opción, considera que se acredita que el perjudicado inició de forma simultánea una acción de responsabilidad directa, basada en el artículo 76 LCS.

³⁰ Así se puede inferir, entre otras, de la STSJA de 30/06/2014 (Recurso 622/2013) y STSJA de 02/05/2012 (Recurso 408/2009).

5. *La modulación de la responsabilidad en la concesión de servicio público tras la nueva configuración que proviene de la Directiva la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.*

Finalmente un último apunte sobre la materia. Cuando se trata de concesiones, la nueva configuración que proviene de Europa debiera modular el régimen de responsabilidad de la Administración Pública respecto a los daños ocasionados a terceros por los concesionarios. Principalmente porque, como destaca Villalba Pérez, el eje de la nueva regulación parte de la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario³¹.

En consecuencia, si se admite a todas luces que el concesionario del servicio asume el riesgo de explotación, resulta evidente que también deberá responder de las consecuencias de sus actos con una mayor intensidad que la Administración Pública.

Este argumento parece bastante sólido para situar a la entidad licitadora en una posición secundaria y de menor entidad en la eventual responsabilidad que se pueda ocasionar en supuestos de daños ocasionados por los concesionarios.

Estas son las premisas principales de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en su actividad contractual. Las notas fundamentales que se pueden efectuar en relación a la responsabilidad que se genera por los daños de la entidad licitadora tanto en la fase de preparación y adjudicación del contrato como en la fase de ejecución el mismo, con una especial referencia a contratistas y concesionarios.

³¹ VILLALBA PÉREZ, F.: "La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho comunitario. Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica-Nueva Época*, n.º 2, julio-diciembre de 2014.

Capítulo V

OTROS SUPUESTOS ESPECIALES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

(continuación)

III. RESPONSABILIDAD POR ANULACIÓN ADMINISTRATIVA O JUDICIAL DE ACTOS O DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

Por Nicolás González-Deleito Domínguez

1. INTRODUCCIÓN. LA ANULACIÓN DE UN ACTO O DISPOSICIÓN COMO PRESUPUESTO DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN

El precepto específico que en nuestro ordenamiento jurídico se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos o disposiciones es el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), cuyo contenido es el siguiente:

“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”.

Los precedentes normativos de este precepto son el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de igual redacción (a salvo de un añadido que incorporaba respecto a la prescripción) y el antiguo artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, cuyo apartado 2, tras indicar que el daño alegado ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, establecía que “[l]a simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización”.

La Ley nos dice que el derecho a una indemnización no es un efecto necesario de la anulación; pero nada más, puesto que ni indica cuándo será procedente esa indemnización, ni tampoco el alcance de la misma. Realmente, el único contenido normativo que podríamos extraer de este enunciado, a sensu contrario, sería el de que en determinados casos, que el precepto no indica, la anulación de un acto o una disposición administrativa podría dar lugar a una indemnización. Como recoge la memoria del Consejo de Estado del año 1990, *“el artículo 40 (de la entonces vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) que examinamos sólo dice que «no presupone», es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo supuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios si concurren los requisitos establecidos legalmente”*. Estos requisitos son, como es sabido, daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la Administración y resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo.

Esta obscuridad de la Ley hemos de salvarla a través de la jurisprudencia, la cual reiteradamente ha afirmado que nos encontramos ante un supuesto normal de responsabilidad administrativa, que procederá cuando concurren los supuestos que, con carácter general, dan lugar al nacimiento de la responsabilidad contractual, como se ha analizado en los capítulos anteriores de esta obra (por todas, STS Sección 6.ª, de 4 de noviembre de 2014, Recurso casación 182/2012). La idea es clara. La responsabilidad derivada de la anulación de algún acto o disposición no es sino una modalidad de responsabilidad patrimonial de la Administración que responde a las reglas generales de esta institución, por lo que no tendría peculiaridad alguna relevante, más allá del plazo de prescripción.

Sin embargo, la realidad no es tan sencilla. Históricamente, en palabras de García de Enterría, *“[r]arísima y completamente excepcional es la anulación de un acto que va acompañada de un deber de reparación por los daños causados por la ejecución previa y coactiva de dicho acto”*. Como explica Medina Alcoz, posiblemente ha sido la concepción meramente revisora de esta jurisdicción y la consideración de que mediante la anulación del acto se conseguía una reparación completa lo que explicaría esta postura, afirmando que *“la jurisprudencia concebiría el resarcimiento como un remedio alternativo a la anulación y a las órdenes de hacer, como una modalidad subsidiaria de tutela, relegada a los casos en los que la mera anulación no aporta nada al recurrente y en los que no cabe la adopción de otra medida restauradora de la situación jurídica afectada por la resolución ilegal. Esto, a sensu contrario, supondría que los Tribunales en los demás casos, cuando la anulación tenía alguna virtualidad tutelar (v.gr. anulación de un acto de gravamen) o cuando se adoptaba otra medida igualmente restablecedora (por ejemplo, condena al libramiento de un acto favorable o, sencillamente de una nueva resolución), se abstendrían de fijar una cantidad en concepto de indemnización porque entendían que el daño había sido reparado in natura”*. La realidad es que, como podremos ver, estas ideas, con distintas vestes, siguen aún resonando en nuestro sistema.

Esta explicación entronca con una realidad que cabe apreciar a partir del análisis de la legislación y la jurisprudencia, la distinción entre la responsabilidad derivada de la anulación de actos declarativos de derechos, por una parte, y, por otra, la derivada de la anulación de actos de gravamen o de los que se derive alguna limitación o imposibilidad de disfrutar de algún derecho. La diferencia viene de la tradicional contradicción a la que se enfrenta la jurisprudencia y la doctrina española entre la proclamación del carácter objetivo de la responsabilidad y la fijación de mecanismos que permitan limitar la responsabilidad dentro de unos límites razonables. Como ya dijera Alejandro Nieto en 1975, *“la exigencia de responsabilidad no puede ser ni infinita ni imprecisa. La responsabilidad necesita de un contrabalance técnico que ponga límite a su ambiciosa formulación inicial”*. Lo curioso es que el contrabalance técnico con el que se limita la responsabilidad derivada de la anulación de uno u otro tipo de actos es diferente: así, para los actos declarativos de derechos cobra un valor estrella la concurrencia de culpas (que está incluso positivado en la legislación urbanística), mientras que, para los actos de gravamen, el foco se sitúa en la antijuridicidad desde la perspectiva del deber jurídico de soportar. Esta utilización de diversos criterios para justificar los mecanismos de limitación de la responsabilidad, sin cuestionar el carácter objetivo de la responsabilidad, ha sido agudamente criticada por Medina Alcoz, pero, en todo caso, es el contexto jurisprudencial dentro del cual hemos de movernos.

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DE LA ANULACIÓN DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS

El estudio de la responsabilidad derivada de la anulación de los actos declarativos de derechos ha de comenzarse por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuyo artículo 16, que la reconoce con gran amplitud, ha tenido una enorme influencia en la formación de la jurisprudencia sobre la materia. Su texto es el siguiente:

“2. Podrán ser anuladas las licencias y restituidas las cosas al ser y estado primitivo cuando resultaren otorgadas erróneamente.

3. La revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación y la anulación por la causa señalada en el párrafo anterior comportarán el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren”.

La regla general es, pues, la indemnización de daños y perjuicios en caso de anulación de actos declarativos de derechos. Una precisión necesaria es que, aunque este precepto no lo hace, desde las categorías constitucionales, es necesario distinguir entre anulación y revocación, en la medida en que esta última, al igual que figuras como el rescate, caducidades por motivos de oportunidad y otras actuaciones previstas en las leyes, como las delimitaciones de derechos, pueden tener un matiz expropiatorio más o menos intenso. En estos casos, hemos de estar a la garantía expropiatoria, que se activa ante toda actuación que implique privación de derechos, situándonos pues, en el ámbito del artículo 33.3 CE y no en el del 106 CE, a partir del cual se establece el régimen de responsabilidad patri-

monial de la Administración. Lo propio de la responsabilidad derivada de la anulación de actos declarativos de derechos es que no estaríamos ante una privación o limitación de un derecho, sino ante su desaparición de la vida jurídica, derivada de la existencia de un vicio originario en el acto o disposición que lo reconociese, pues la anulación solo cabe por motivos de legalidad.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPACAP), hace una referencia específica a esta modalidad de responsabilidad en el artículo 106, al socaire de la regulación de la revisión de oficio, pero que asimismo, habría que reconocer ante la anulación de un acto también en vía de recurso:

“4. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”.

Para la LPACAP se trata de una responsabilidad que no tiene peculiaridad alguna. La realidad es que es una responsabilidad que se reconoce con gran amplitud y que tiene, al margen del citado Reglamento de Servicios de las Corporaciones Legales, otra importantísima manifestación en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre) que establece que:

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

[...]

d) 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”.

La cuestión que plantean estos supuestos indemnizatorios es, al margen obviamente de la cuantificación de la indemnización (algo común a todo caso de responsabilidad patrimonial), la concurrencia de culpas, debiéndose negar el derecho a la indemnización en los casos en que medie dolo o culpa o negligencia graves imputables al perjudicado. Lo que sí parece claro es que no se niega la antijuricidad del daño, derivada de la confianza legítima que se ha de presumir en quien actúa amparado en un título administrativo, de modo que solo el dolo o la culpa grave enervarían su derecho a la indemnización. La jurisprudencia lo reconoce con amplitud, pudiéndose citar, por todas, la STS (Sección 6.ª) de 20 de enero de 2005:

“A los efectos de la cuestión debatida, procede recoger lo señalado entre otras en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 30 de enero de 1987, en la que se señala: «Segundo. –**La indemnización de daños y perjuicios por causas de anulación de licencias municipales (de obra, edificación, etc.) es correlativo lógico de toda revocación de licencias por tal causa**, tal como prevenía el artículo 16 del Reglamento de Disciplina Urbanística al proclamar el principio de responsabilidad de la Administración conforme al régimen jurídico general, por ser indudable que la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado. Por ello es claro que el administrado en estos supuestos sufre una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración, y así la procedencia de la indemnización que como regla nadie discute con base en la declaración de responsabilidad que los preceptos citados consagran en relación con el principio constitucional consagrado en el artículo 106 de la Constitución, de 26 de febrero y 14 de marzo de 1980, 26-09-81 y 14-12-83, etc.–»”.

La generalización de este régimen y su proyección a otros ámbitos de la actividad administrativa proviene tanto de su adecuación a las reglas generales de la LRJSP como de su fundamento, esto es, el carácter de acto declarativo de derechos que posee la resolución cuya anulación da lugar a la indemnización –como afirma la STS (Sección 6.ª) de 2 de octubre de 1999 (Recurso casación 2294/1994): “Sentadas las bases de la posibilidad de que por consecuencia de la anulación del acto declarativo de derechos en que consiste la licencia, se deriven daños indemnizables [...]”–.

La STS (Sección 6.ª) de 27 de mayo 2008 (Recurso casación 1678/2004), es una buena expresión de la necesidad de abordar la posible concurrencia de culpas y los criterios conforme a los cuales la jurisprudencia ha ido delimitando el alcance concreto de la responsabilidad en estos supuestos:

“La propia jurisprudencia va señalando los criterios para apreciar supuestos de exclusión de la responsabilidad administrativa por dolo o culpa grave del perjudicado. Así, en la Sentencia de 15 de abril de 2003, se alude a «la forma de presentar el proyecto, actuación en el procedimiento, demás circunstancias concurrentes, etc. mediante formas o modos inexactos que pudieran razonablemente inducir a error a la Administración» [...], y «ocultando o desfigurando datos que puedan inducir a error a la Administración» [...]. Por su parte la Sentencia de 28 de mayo de 1997, [...] señala que «es doctrina jurisprudencial reiterada que la culpa o negligencia graves (y, por supuesto, el dolo) no se originan por el conocimiento más o menos completo que se pueda tener de la infracción, porque **la ‘gravedad’ exige que la conducta sea tan intensa que la licencia no se hubiera dado sin ella** –Sentencia de 4 de julio de 1980– **y que se proyecte sobre el procedimiento de concesión**, puesto que las normas urbanísticas obligan a la Administración y a los administrados y el Ayuntamiento no puede prescindir de un examen acabado para comprobar si el proyecto está o no conforme con el Plan»”.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DE LA ANULACIÓN DE ACTOS LIMITATIVOS O DE GRAVAMEN

La forma en que la jurisprudencia ha limitado la responsabilidad de la Administración derivada de la anulación de actos limitativos o de gravamen ha sido a través de la fijación del alcance del *deber jurídico de soportar* (el daño) *de acuerdo con la Ley* (artículo 32.1 LRJSP). En este sentido, no deja de ser llamativo que el resultado sea la admisión con toda naturalidad de la existencia de un deber jurídico de soportar las consecuencias económicas derivadas de actos ilegales.

Hemos de ser conscientes de que una excesiva expansión de este tipo de responsabilidad podría cuestionar los fines del Estado Social de Derecho que proclama nuestra Constitución (artículo 1.1 CE), pues la permanente amenaza de la responsabilidad podría dar lugar a un efecto paralizante de la acción administrativa imprescindible para la procura de tales fines. Por ello, sobre la base normativa común de la LRJSP, la jurisprudencia ha modulado este tipo de responsabilidad, acudiendo primero a la doctrina del margen de tolerancia que implicaba una cierta subjetivización de la misma (exigencia de culpa en la Administración), para luego desarrollar la doctrina del margen de apreciación que matiza la anterior con la finalidad de mantener la objetividad de la responsabilidad, pero incidiendo en el elemento de la antijuridicidad del daño, del deber jurídico de soportarlo, para excluir la postura conforme a la cual nadie tendría el deber jurídico de soportar las consecuencias económicas derivadas de cualquier acto ilegal. En todo caso, se rompe la ecuación conforme a la cual la anulación del acto unida a la producción del daño daría lugar al derecho a percibir una indemnización. Pero, como hemos indicado, a la vez, esta doctrina jurisprudencial implica reconocer el deber jurídico de soportar actuaciones ilegales de la Administración, sin valorar, al menos teóricamente, la existencia de culpa de la Administración, sino si esta ha actuado dentro de un margen de apreciación razonable y razonado.

La jurisprudencia ha evolucionado en esta materia desde la denominada doctrina del margen de tolerancia (a la que luego se han reprochado unas claras connotaciones subjetivas que la relaciona con la teoría subjetiva de la culpa) hacia la más objetivista del margen de apreciación, con la cual se pretende mantener más claramente en la ortodoxia de la responsabilidad objetiva.

Según la inicial teoría del margen de tolerancia, un daño será indemnizable si media una ilegalidad cualificada del acto anulado que fue el generador del daño reclamado. Aunque todo acto ilegal es susceptible de generar daños, esos daños sólo serían ilegítimos si la ilegalidad del acto implica rebasar determinados límites o márgenes de tolerancia. Si la Administración actuó diligentemente, aunque el acto se anule, no existiría responsabilidad administrativa, sino el deber jurídico de soportar los efectos del acto inválido. Desde esta consideración, la responsabilidad derivada de la anulación de actos vendría a tener un claro elemento subjetivo de culpa de la Administración.

Como se recuerda por Doménech Pascual, en el origen de esta jurisprudencia sobre el margen de tolerancia *“se encuentran unas pocas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en la segunda mitad del siglo pasado que declaran no indemnizables los daños que a los recurrentes les había ocasionado la Administración al denegarles ilegalmente licencias urbanísticas o de actividad. El argumento decisivo que subyace en todos los casos es que no hubo negligencia en la denegación, por más que, paradójicamente, alguna sentencia afirme el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”*.

Este planteamiento supuso una clara separación de la línea jurisprudencial mayoritaria y un choque con los planteamientos casi unánimes de la doctrina. De hecho, como también pone de manifiesto Doménech Pascual, *“el único respaldo doctrinal con el que inicialmente contaba esta jurisprudencia era el proporcionado por la tesis doctoral del profesor Blanco Esteva, en cuya opinión sólo debían considerarse resarcibles los daños causados por actos administrativos que incurriesen en ilegalidades «inexcusables», constitutivas de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, debiendo determinarse ese carácter inexcusable en función de varios criterios: la evidencia de la irregularidad cometida, su gravedad, los recursos disponibles por la Administración para actuar, el grado de precisión, oscuridad y complejidad de las normas jurídicas aplicables, y la materia sobre la que hubiese recaído el acto, pues «hay objetos de la acción administrativa en los cuales no es excusable ninguna ilegalidad... (como, por ejemplo, el de) los derechos y libertades públicas»”*.

El problema de la formulación de esta doctrina es que, al introducir el elemento subjetivo de la culpa de la Administración, resulta difícil la conciliación con la concepción general del artículo 106 CE, pues aunque el derecho a la indemnización es un derecho de configuración legal, el parecer mayoritario es que consagra una responsabilidad objetiva. Esta contradicción la vino a superar la importantísima STS (Sección 6.ª) de 5 de febrero de 1996 (Recurso casación 2034/1993), por el ponente Sieira Míguez, que rechazó la doctrina del margen de tolerancia, pero desarrolló la del margen de apreciación. En ese caso, se reclamaba una indemnización por los daños derivados de una denegación ilegal de una autorización de apertura de farmacia. La discrepancia estribaba en la existencia de un núcleo aislado de población que la Administración corporativa y el Tribunal de primera instancia no apreciaron, pero que el Tribunal Supremo admitió. Al resolver sobre la responsabilidad derivada de esta anulación, el Tribunal Supremo toma muy en cuenta que el concepto núcleo de población es un concepto indeterminado y, por ello, ha sido uno de los que mayor discusión han generado desde el punto de vista jurídico a la hora de aplicar la legislación específica. Y además, su aplicación al caso concreto presentaba especiales dificultades por la falta de certeza en cuanto a la posible existencia de un obstáculo que dificultase la comunicación del núcleo con el resto de la población. Pues bien, en este contexto, esta Sentencia rechaza la doctrina del “margen de tolerancia”, siguiendo la Sentencia de 20 de febrero de 1989, al afirmar que:

“[L]a responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado **es una responsabilidad objetiva** que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente, (por lo que) expresamente **rechaza la tesis de lo que se ha denominado «margen de tolerancia», rechazo que reiteramos** por las razones expuestas en la citada Sentencia en el sentido de que tal tesis, que pudiera ser aplicada en casos extremos, pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos establecidos en la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; [...] de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización en el sentido que anteriormente señalábamos de darlo por supuesto, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que tal anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, **no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo**, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración”.

Sostiene esta doctrina que, cuando se trate de potestades discrecionales o se exija la valoración de conceptos jurídicos indeterminados, el particular tiene el deber jurídico de soportar la actuación administrativa, siempre que se desenvuelva en unos márgenes de apreciación razonados y razonables. El elemento diferencial de la responsabilidad derivada de este tipo de actos pasa a ser, pues, la antijuridicidad del daño. Ello le permite establecer una diferenciación entre los supuestos antes indicados “*sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración*”. Se exige, por tanto, la delimitación del alcance del deber jurídico de soportar el daño:

“El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza; esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.

En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos

parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

El caso que contemplamos, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

El siguiente paso en la evolución de la doctrina del margen de apreciación (inicialmente formulada para actos discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados) ha sido su extensión a actos absolutamente reglados. Así, la STS (Sección 4.ª) de 13 de diciembre de 2011 (Recurso casación 5854/2010) y 16 de febrero de 2009 (Recurso casación 1887/2007):

“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)”.

Es cierto que aunque todavía puede encontrarse alguna resonancia de esta doctrina del margen de tolerancia, si bien con un carácter meramente nominal –así la STS (Sección 4.ª) de 11 de octubre de 2011 (Recurso casación 5813/2010)–, lo cierto es que el rechazo a la misma es reiterado –así, las SSTs (Sección 6.ª) de 29 de octubre de 1998 (Recurso apelación 2776/1991), (Sección 6.ª) de 16 de septiembre de 1999 (Recurso casación 3816/1995), (Sección 6.ª) de 18 de diciembre de 2000 (Recurso casación 8669/1996), (Sección 4.ª) de 12 de julio de 2011 (Recurso casación 2496/2007), (Sección 6.ª) de 21 de abril de 2005 (Recurso casación 222/2001), (Sección 6.ª) de 31 de enero de 2008 (Recurso casación 4065/2003), (Sección 6.ª) de 16 de septiembre de 2009 (Recurso casación 9329/2004) o (Sección 6.ª) de 19 de mayo de 2010 (Recurso casación 610/2006)–. Como señala la STS (Sección 4.ª) de 15 de junio de 2010 (Recurso casación 4634/2008): *“La verdad es que ésta es una doctrina antigua, que hace ya tiempo fue abandonada por la jurisprudencia. La orientación actual queda expuesta, por ejemplo, en la Sentencia de 5 de febrero de 1996”.* Se reitera, así, que estamos ante una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente (margen de tolerancia), pues, aunque ello pudiera ser aplicado en casos extremos, pugna con el artículo 106 CE, *“no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración”.*

No cabe duda de que esta doctrina ha alcanzado una notable consistencia en nuestra jurisprudencia. Pero no debemos pasar por alto las críticas recibidas, en cuanto desdibuja los límites de la objetividad de la responsabilidad administrativa por dictar actos ilegales. Como sostiene Medina Alcoz, dado que la LRJSP no encorseta esta responsabilidad en una regla general de culpa, debe admitirse como título de imputación, cuando se trata de actuación formal de la Administración, *“el incumplimiento”,* de lo que cabría inferir con naturalidad que *“la Administración responderá, independientemente del grado de prudencia empleado, porque ha incumplido la obligación de dictar una resolución legal (y porque este incumplimiento le es imputable)”.*

Sin embargo nuestra realidad jurisprudencial no es esta y el Tribunal Supremo, aun afirmando que no tiene en cuenta la culpa de la Administración como elemento que da lugar a su responsabilidad, sostiene que el particular tiene el deber jurídico de soportar los daños derivados de actos administrativos ilegales, limitativos de sus derechos, si la Administración ha actuado dentro de un margen de apreciación razonado y razonable, incluso si se trata del ejercicio de potestades regladas. Asimismo, hemos de destacar que la concreta aplicación de este margen de apreciación ha dado lugar a un casuismo excesivo, que genera una notable falta de previsibilidad en su aplicación. Como se podrá apreciar al examinar la juris-

prudencia, que a continuación se cita, existen demasiadas variables y elementos implícitos no siempre suficientemente claros, que determinan la solución que se da a cada caso (tipo de potestad que se actúa; índole del supuesto de hecho concurrente; preexistencia de un derecho en el afectado y su naturaleza; relevancia de la ilegalidad, formal o material, en que se incurre; suficiente acreditación de la razonabilidad de la actuación administrativa; etc.). Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar las siguientes sentencias dictadas en los últimos años que dan buena muestra de esta problemática:

Intervención en materia de regulación de empleo: la STS (Sección 6.ª) de 27 de enero de 2015 (Recurso casación 1344/2012), confirma la desestimación de una solicitud de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de una resolución que denegó la autorización para un despido colectivo basándose en que la Administración *“ejerció su potestad de intervención en materia de expedientes de regulación de empleo, como ya hemos expuesto, «en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino también razonados» a la vista de todos los antecedentes del caso”*, por lo que no puede existir responsabilidad patrimonial de la misma porque quedaría excluida la antijuridicidad de los daños.

Anulación de acto por incompetencia del órgano (cese de juez sustituto): la STS (Sección 1.ª) de 30 de junio de 2014 (RCA 476/2013), estima una reclamación de responsabilidad derivada de la declaración judicial de nulidad, por falta de competencia, del Acuerdo de la Comisión Permanente de 17 de agosto de 2011 del Consejo General del Poder Judicial, que acordó su cese, por falta de aptitud e idoneidad, como juez sustituto de los partidos judiciales para los que fue nombrado. El Tribunal Supremo estima la reclamación, considerando que la falta de competencia hace que el acto anulado supere el margen de apreciación que corresponde a la Administración:

“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, [...] que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados, habiendo descartado esta Sala en Sentencias de 16 de febrero y 8 de mayo de 2007 (Recursos de casación 346/2003 y 5866/2003), que la actuación de una Administración sea razonable cuando se ha faltado el presupuesto básico para su actuación como es la competencia”.

Anulación de acto por incompetencia del órgano (derivación de responsabilidad por la Seguridad Social frente a administrador de sociedad): la STS (Sección 6.ª) de 8 de abril de 2014 (Recurso casación 3632/2011), confirma la desestimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración en un caso en el que la Seguridad Social había declarado responsables solidarios a los administradores por las deudas de una sociedad insolvente, declaración que posteriormente fue anulada por falta de competencia de la Seguridad Social para acordarla. La Sentencia, en este caso, rela-

tiviza el vicio de incompetencia y considera la actuación dentro del margen razonable de apreciación:

“[N]o puede concluirse la irrazonabilidad de la mera anulación cuando, como concluye la Sala de instancia en el presente caso, la decisión administrativa comporta una interpretación de los preceptos normativos que no pueden generar la responsabilidad reclamada. Y en este sentido no puede desconocerse que la decisión adoptada en la sentencia anulatoria de la resolución administrativa lo fue, no porque no procediera la derivación de responsabilidad a los recurrentes en su condición de administradores de la sociedad deudora, sino porque esa declaración no podía realizarse, al momento en que se adoptó, por la misma Tesorería de la Seguridad Social, sino por los Tribunales del Orden Jurisdiccional Civil, criterio posteriormente modificado en la legislación aplicable, lo cual permite concluir que no cabe apreciar la irrazonabilidad de la decisión; conclusión que ni se combate en casación ni se motiva en debida forma su improcedencia”.

Limitaciones de aprovechamientos hidráulicos anuladas por defectos de procedimiento: la STS (Sección 4.^a) de 20 de febrero de 2012 (Recurso casación 462/2011), desestima la reclamación de responsabilidad derivada de la anulación, por motivo de procedimiento, de la reducción de la dotación de agua de aprovechamientos de aguas privadas debidamente inscritos:

“Llegados a este punto, recordamos que la razón de decisión de la Sala de instancia no consistió en aquella primera declaración de la doctrina constante de este Tribunal a que alude el recurso y en que se fundamenta a contrario sensu, como en que la actuación de la Confederación no puede calificarse de arbitraria ni infundada, sino amparada en el ejercicio de facultades expresamente reconocidas y con la finalidad de conservación y utilización racional de los recursos dentro de la planificación establecida al efecto, aplicadas a todos los titulares de aprovechamientos en aras del interés común, y sin que la recurrente dispusiera de un derecho absoluto, ilimitado o incondicionado a utilizar una concreta dotación de agua”.

Exención de obligatoriedad de servicio de practicaje: en la STS (Sección 6.^a) de 28 de marzo de 2014 (Recurso casación 4160/2011), el Tribunal Supremo confirma la desestimación de la reclamación al considerar que la denegación, aunque anulada, fue razonable:

“La Sala de instancia deduce que había un margen de apreciación razonado y razonable en la actuación de la Administración denegando la exención a la vista igualmente de los Informes de la Capitanía Marítima de Valencia, y es lo cierto que esa conclusión debe ser asumida pues los dos errores que se tienen en cuenta para anular las resoluciones administrativas, derivan de la interpretación del artículo 4 de la Orden 162/2002 y de diferencias de criterios razonados en cuanto a la medición y de las características del muelle de Levante en relación a las mercancías peligrosas, lo que

pone de manifiesto que la actuación administrativa denegatoria de la exención dentro de los límites de la razonabilidad”.

Actuaciones producidas en expediente sancionador después de transcurrido el plazo de caducidad: la STS (Sección 4.ª) de 20 de noviembre de 2013 (Recurso casación 2207/2010), estima la reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de los daños generados en el marco de un expediente sancionador en materia de pesca marítima en aguas exteriores que dio lugar a la inmovilización del buque, adoptada razonablemente, pero que se mantuvo después de transcurrido el plazo de caducidad del procedimiento:

“Es a partir de aquella fecha cuando el estricto hecho jurídico del transcurso del tiempo impedía a la Administración pronunciarse sobre el fondo en el procedimiento sancionador que le seguía a la actora y cuando por eso se inicia su actuación antijurídica y se origina su responsabilidad patrimonial por el período comprendido entre la misma y el cese de la retención de la embarcación”.

Anulación de sanción por emitir señales de televisión sin título habilitante durante periodo transitorio: la STS (Sección 4.ª) de 3 de noviembre de 2011 (Recurso casación 5159/2007), rechaza la reclamación derivada de la anulación de la sanción y clausura de las instalaciones que la Administración había impuesto a una televisión local que emitía sin título. La anulación del acto se basó en el régimen transitorio establecido por la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, que permitía la continuación de las emisoras que vinieran haciéndolo desde una determinada fecha, si bien en este caso se daba la circunstancia de que emitía en una frecuencia asignada a Retevisión, aunque no produjera interferencias. El Tribunal Supremo desestima la reclamación argumentando que:

“Resulta, pues certera, la afirmación de la Sala de instancia acerca de que la autorización para emitir en una determinada frecuencia responda a una potestad discrecional de la Administración, por lo que la falta de continuidad en la actividad de una TV local, en un régimen transitorio, dado su carencia de autorización, hasta que la Administración desarrolle las previsiones normativas derivadas de la Ley 41/1995 constituye una situación jurídica que debe soportarse”.

Lesión derivada de la ilegal resolución de un concurso de traslados entre jueces: la STS (Sección 4.ª) de 26 de octubre de 2011 (RCA 188/2009), estima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por la errónea resolución de concurso público para la provisión de determinados cargos judiciales llevada a cabo por la Comisión Permanente del CGPJ remediada en alzada por el Pleno. Se toma en consideración que se trata de un concurso de traslado ordinario y que los conceptos jurídicos que manejan (antigüedad en el escalafón, ejercicio de la jurisdicción en el orden jurisdiccional respecto del que se concursa) deben considerarse actos típicamente reglados sin margen de discrecionalidad o apreciación alguna; en este caso, no se toma en consideración la duda

interpretativa planteada por el Abogado del Estado acerca de si debía darse relevancia a los efectos del cumplimiento de los requisitos de idoneidad a una sanción disciplinaria anterior. En concreto, se afirma que:

“El Consejo General del Poder Judicial no ha actuado potestades discrecionales en las que pueda reconocérsela un cierto margen de apreciación como en la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales. La duda interpretativa que aduce el Abogado del Estado si causó un daño efectivo. Se constata, por tanto, que el recurrente no se encuentra jurídicamente obligado a soportar el daño que pueda haberle ocasionado la actuación administrativa de la Comisión Permanente, posteriormente subsanada por el Pleno del Consejo”.

Anulación de sanción por revisión de la valoración de la prueba: la STS (Sección 4.ª) de 11 de octubre de 2011 (Recurso casación 5813/2010), confirma la desestimación presunta de la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial exigida a la Xunta de Galicia, como consecuencia de la declaración de nulidad de su Acuerdo de 14 de febrero de 2002, en el que se sancionaba a la recurrente por la presunta comisión de dos infracciones graves por la manipulación de etiquetas de certificación de geografía protegida “Ternera Gallega”, por cuanto:

“En los casos de ejercicio de la potestad sancionadora, como es el enjuiciado, la Administración tiene unos márgenes de apreciación de la prueba practicada encaminada a acreditar la existencia de los hechos constitutivos de la infracción administrativa. No podremos hablar de lesión antijurídica, de inexistencia del deber jurídico de soportar, desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial, cuando la sanción impuesta sea consecuencia de un ejercicio razonado y razonable de esos márgenes de apreciación a que hemos hecho referencia”.

Anulación de acuerdo dirigido a la protección del entorno de un bien cultural: la STS (Sección 6.ª) de 1 de abril de 2011 (Recurso casación 5187/2006), confirma la desestimación de una reclamación derivada de la anulación de resolución sobre la construcción de edificio en el entorno de la Iglesia de Santa María de Cambre (A Coruña), indicando que:

“Las autoridades competentes en materia de patrimonio cultural en el caso presente actuaron, en ejercicio de sus potestades discrecionales, respetando los aspectos reglados y manteniéndose en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, hasta el punto de que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la moderna legislación autonómica y el más reciente criterio de esta Sala respaldan la protección del entorno junto con la del bien declarado de interés cultural sin necesidad de previa delimitación formal, siendo de destacar que lo opinable de la cuestión dio lugar a que la sentencia de anulación tiene un voto particular, en el que se sostiene que no era precisa la previa delimitación formal del entorno para su protección”.

Lesión derivada de la anulación de la denegación de autorización de oficina de farmacia: la STS (Sección 4.^a) de 22 de febrero de 2011 (Recurso casación 669/2009), reconoce el derecho a ser indemnizado por la demora en proceder a obtener autorización para la apertura de una oficina de farmacia derivada de la denegación de la autorización basada en la incorrecta apreciación de un elemento reglado, indicando que:

“En cuanto al segundo de los requisitos cuya concurrencia se niega, el de la antijuridicidad del daño, no es tampoco una alegación que podamos acoger, pues la Sala de instancia trae a colación en su sentencia, de modo certero, la jurisprudencia sobre ese particular en los supuestos, como lo es el enjuiciado, en que el origen de la hipotética responsabilidad es la anulación de un acto administrativo, y luego la aplica también sin desconocer su sentido, afirmando, como ya indicamos, que el error de la Administración se produjo en los aspectos reglados de la decisión, por lo que no operan los márgenes de apreciación a los que alude dicha jurisprudencia. Limitándose la parte recurrente, frente a ello, a alegar en abstracto que el cómputo de la población era un tema controvertido, pero sin explicar de modo convincente que su decisión de entonces fuera, aunque se anulase, razonada y razonable”.

Medida cautelar de cese de actividad en expediente sancionador con posterior anulación de la sanción: la STS (Sección 6.^a) de 5 de noviembre de 2010 (Recurso casación 4508/2006), desestima una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el dueño de un bar en el que la policía encontró sustancias al parecer estupefacientes, siendo finalmente anulada la sanción porque la Administración no llegó a acreditar la práctica y el resultado del Dictamen de la Dirección Provincial de Sanidad relativo al análisis y control de las sustancias halladas. El Tribunal razona que:

“En los casos de ejercicio de la potestad sancionadora, como es el enjuiciado, la Administración tiene unos márgenes de apreciación de la prueba practicada encaminada a acreditar la existencia de los hechos constitutivos de la infracción administrativa. No podremos hablar de lesión antijurídica, de inexistencia del deber jurídico de soportar, desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial, cuando la sanción impuesta sea consecuencia de un ejercicio razonado y razonable de esos márgenes de apreciación a que hemos hecho referencia. Así lo razonó la Sala de instancia al señalar que la Administración actuó con corrección al imponer la medida cautelar de cierre temporal del establecimiento, corrección que fue declarada por el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón cuando enjuició tal medida, y respecto de la sanción impuesta y posteriormente anulada también la Sala la considera derivada de un margen de apreciación legalmente lícito a la vista de los elementos probatorios existentes en el expediente, sin perjuicio de que posteriormente el Tribunal que juzgó aquella medida los considerase insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia por la falta de una prueba concreta como era el informe de la Dirección Provincial de Sanidad sobre la naturaleza de las sustancias intervenidas en el local”.

Lesión derivada de la imposibilidad de ejercer una actividad económica por revocación de la autorización: la STS (Sección 4.^a) de 4 de noviembre de 2010 (Recurso casación 818/2009), reconoce el derecho a ser indemnizado como consecuencia de que la Administración revocó la autorización de comercializador de semillas de la que era titular el reclamante, lo que le impidió ejercer tal actividad, siendo posteriormente anulada judicialmente dicha revocación. La razón fundamental de la estimación, muy lacónicamente expresada, es que no existe deber jurídico de soportar la suspensión del ejercicio de la actividad derivada del acto anulado, por cuanto:

“Su suspensión no fue razonable dado que fue anulada jurisdiccionalmente”.

Este enunciado puede resultar sorprendente, si bien creemos que ha de entenderse como una exigencia de que sea la Administración quien acredite que su actuación fue razonable. En este caso, es cierto que la Administración alegó en casación que la medida vino precedida de denuncia formulada por la Asociación Profesional de Empresas Productoras de Semillas Selectas (APROSE), así como de la incoación de diversos expedientes sancionadores a la actora, incluso de la incoación de Diligencias Penales en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Montilla, así como de la revocación de la concesión de título de productor multiplicador de semillas de cereales de fecundación autógena acordada por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, aunque esta última resolución también fuera anulada. De haberse tenido en cuenta estas circunstancias, evidentemente, el resultado hubiera podido ser otro, pero como se dice en la Sentencia, estas cuestiones no se tuvieron en cuenta en la instancia pues la Administración se limitó a alegar la falta de nexo de causalidad y, en casación no se pueden introducir cuestiones nuevas. La consecuencia que se puede extraer es que la Administración tiene la carga de la prueba de acreditar que actuó dentro de un margen de apreciación razonable.

Anulación de orden de expulsión de extranjero: la STS (Sección 6.^a) de 19 de mayo de 2010 (Recurso casación 610/2006), deniega la reclamación de responsabilidad entablada por un ciudadano colombiano que fue expulsado por unas prácticas ilegales, siendo posteriormente anulada la expulsión que había sido ejecutada, si bien la anulación se debió, no a la inexistencia de los hechos apreciados por la Administración, sino a que el Tribunal de instancia le generó indefensión al confirmar el acto alterando la calificación jurídica de los mismos que hizo la Administración.

“Se trataba, por tanto, de la apreciación de un concepto jurídico indeterminado en el que, y conforme a la jurisprudencia que antes recogíamos, ha de otorgarse a la Administración un margen de apreciación que entre dentro de los límites de lo razonable y, en consecuencia, el actuar de la misma al adoptar el acuerdo de expulsión en base a dicha tipificación no puede considerarse como irracional partiendo de aquella jurisprudencia y de ese margen de libertad de apreciación de criterio que la misma atribuye a la Administración al encuadrar en alguna de las conductas sancionables los hechos cometidos, que existieron indudablemente, y que determinaron en su día la orden de expulsión, que si resultaba cuestionable en orden a su validez no podía determinar la

existencia de una responsabilidad administrativa que convierta su actuación en antijurídica, al no ser irracional la apreciación realizada por la Administración, posteriormente rectificada por la Sentencia de la Audiencia Nacional tal y como ha apreciado en el presente caso la sentencia recurrida”.

4. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR

Conforme al artículo 67.1, párrafo segundo de la LPACAP (y no podemos dejar de mostrar nuestra perplejidad ante la cuestionable sistemáticas de estas leyes, que después de regular la responsabilidad de la Administración en la LRJSP, contempla la prescripción en la LPACAP).

“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”.

Al menos, este precepto elimina la torpe previsión del artículo 142.4 LRJPAC que, después de afirmar que la mera anulación de un acto no da lugar, sin más, al derecho a ser indemnizado, continúa con el siguiente enunciado: *“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 5”* (es obvio que la anulación en vía administrativa o judicial sólo puede hacerse por razones de fondo o forma).

Pero sigue siendo criticable que el artículo 67.1, párrafo segundo de la LPACAP mantenga la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción en la fecha de la sentencia definitiva, lo que resulta difícil de incardinar en nuestro sistema procesal contencioso-administrativo. Si aceptamos la usual categorización de entender por sentencia definitiva la que pone fin al proceso en cualquiera de sus instancias, nos encontraremos con que las sentencias definitivas pueden ser susceptibles de recurso, siendo así que el recurso, si es de apelación, se admite en ambos efectos como regla general (artículo 83.1 LJCA) y el de casación también da lugar que la sentencia no sea inmediatamente ejecutable. Sino que, para lograr la ejecución provisional de la misma, resulta necesario que así se acuerde a instancias de la parte favorecida (artículo 91 LJCA).

Esta evidente deficiencia técnica de la Ley, haciendo la referencia a la sentencia definitiva por la sentencia firme, contrata con lo dispuesto en el 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 (que desarrollaba en este extremo a la LRJPAC), cuyo artículo 4.2 establece:

“pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme”.

El problema que plantea esta disposición es que, si bien en relación con lo dispuesto en el artículo 142.4 LRJPAC podía entenderse que salvaba la cuestión de la firmeza de la sentencia, ofreciendo una solución que resulta unánimemente aceptada, corrigiendo una deficiencia técnica de la Ley. Sin embargo, es más difícil sostener su capacidad de resistencia frente a una norma legal posterior, como es el artículo 67 LPACAP que vuelve a hacer referencia a la sentencia definitiva (otra cosa es que este artículo pueda ser inconstitucional por contrario a la seguridad jurídica y limitar irracionalmente el plazo para reclamar una indemnización en estos casos).

La solución de la LPACAP obligaría a reclamar antes de que se hubiera producido el daño. En efecto, hemos de recordar que la acción nace cuando se produce un daño antijurídico y esta antijuridicidad surge de la efectividad de la anulación del acto. Resulta irracional obligar a reclamar cuando esa antijuridicidad está aún en cuestión en vía de recurso y cuando la anulación del acto no es ni siquiera ejecutiva. No parece imaginable el supuesto en que la Administración abonase una indemnización y, ulteriormente, el acto anulado en la instancia (cuya anulación genera el derecho a la indemnización) fuese confirmado en vía de recurso, desapareciendo así el presupuesto de hecho que justifica la indemnización (la antijuridicidad del daño sufrido).

Igualmente, ha de tenerse presente que el uso de la expresión *“al año de haberse dictado la sentencia definitiva”* genera, otro problema que ha dado lugar a una importante controversia que acabó en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación a la cuestión sobre si el *“dies a quo”* es aquél en que se dictó, efectivamente, una resolución o, por el contrario, ha de prevalecer el principio de la *“actio nata”* e iniciar el cómputo, en consecuencia, el día en que se notificó su contenido al interesado en cuestión o, por su publicación pudo este tener conocimiento del mismo. El caso es el siguiente: tras anularse a instancias de la Administración corporativa una Orden que bajaba el margen de beneficio de las farmacias, se presentaron por diversos farmacéuticos reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el daño generado durante el tiempo en que estuvo vigente dicha orden. Los datos a tener en cuenta son que la Sentencia anulatoria de 4 de julio de 1987, fue notificada al Consejo recurrente el 7 de julio de 1987 (no así a los reclamantes que no fueron parte) y la orden de ejecución de la Sentencia se hizo pública al aparecer en el BOE de 5 de noviembre de 1987; así como que las reclamaciones se presentaron los días 5 y 6 de julio de 1988. Tras la desestimación de su reclamación por silencio, diversos farmacéuticos acudieron al Tribunal Supremo, que declaró extemporáneas las reclamaciones, pues a su juicio hubieran debido ser presentadas dentro del plazo de un año a partir del pronunciamiento de la Sentencia. El Tribunal Constitucional desestimó los recursos de amparo al considerar que la resolución del Tribunal Supremo no era arbitraria, pues tomaba en consideración el carácter eminentemente material de los plazos de prescripción, por lo que se trataría más bien de una cuestión de legalidad ordinaria. Sin embargo, el TEDH, vin-

cula este plazo al artículo 6 del respectivo Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (derecho a un proceso equitativo), declarando que:

“Al ser la cuestión relativa al principio de la seguridad jurídica, no se trata de un simple problema de interpretación de la legalidad ordinaria, sino de la interpretación irrazonable de una exigencia procesal que impidió el examen del fondo de una petición de indemnización, lo que supone la violación del derecho a una tutela judicial efectiva. El derecho de acción o de recurso debe ejercerse a partir del momento en el que los interesados pueden efectivamente conocer las sentencias judiciales que les imponen una carga o podrían vulnerar sus derechos o intereses legítimos”.

En definitiva, seguimos con una regulación deficiente que no reúne los mínimos estándares de seguridad jurídica exigibles para fijar la fecha de inicio del plazo de prescripción.

Lo que la LPACAP sí incorpora es la previsión del plazo de prescripción cuando la indemnización deriva de la anulación de un acto en vía administrativa, llenando la laguna que antes existía. Es supuesto se refiere a la anulación del acto en vía de recurso administrativo o revisión de oficio, siempre que esta anulación no haya sido impugnada en tiempo y forma en vía contencioso-administrativa. El problema es, nuevamente, y nos remitimos a lo dicho con anterioridad, que cuenta el plazo de prescripción desde el momento de la producción del acto y no de su firmeza. Aun así existe una dimensión de la anulación por acto que debemos abordar, el diferente tratamiento que debe merecer según se trata de la anulación en vía administrativa de un acto declarativo de derecho o de gravamen.

En caso de anulación de actos declarativos de derechos, difícilmente podría reconocerse una indemnización a quien, omitiendo la diligencia esperable del interesado, consintiese al acto que anulase uno anterior declarativo de derechos y no impugnase esta anulación en vía judicial. Sería absurdo que alguien reclamase los daños derivados de una anulación consentida; su aquietamiento rompería el nexo de causalidad entre la anulación y el daño.

Ahora bien, en caso de anulación de un acto de gravamen, si éste gana firmeza (si es recurrido en vía contenciosa estaríamos ante el supuesto de *dies a quo* a contar a partir de la Sentencia), la solución que otorga la LPACAP parece indicar que se contaría el plazo de prescripción a partir de la fecha en que el acto fue dictado, aunque el principio de seguridad jurídica exigiría, como hemos visto, contarle a partir de la fecha en que el acto le fue notificado.

Capítulo V

OTROS SUPUESTOS ESPECIALES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

(continuación)

IV. RESPONSABILIDAD POR INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Por Ignacio Carrasco López

La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración no es, en puridad, una especialidad distinguible del régimen general que se aborda en otros lugares de la presente obra. Ello supone que los presupuestos para la existencia de la responsabilidad por inactividad son los mismos, esto es:

- 1º) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2º) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3º) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad (en este caso, frente a la inactividad) causante del daño, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del bien, del servicio o de la actividad en cuyo ámbito aquél se produce.
- 4º) La relación de causa a efecto entre la inactividad administrativa y el resultado del daño, sin perjuicio de considerar que la injerencia de un tercero o el comportamiento de la propia víctima son posibles circunstancias productoras de la ruptura del nexo causal, si han sido determinantes del daño, o susceptibles de modular el alcance de la responsabilidad de la Administración.
- 5º) Ausencia de fuerza mayor.

Sin perjuicio de que la responsabilidad por inactividad comparta los rasgos característicos del régimen general, sí que merece la pena esbozar en esta parte de la obra algunas peculiaridades que se derivan de los daños provocados por conductas omisivas.

En este aspecto interesa destacar dos cuestiones: en primer lugar, qué debe entenderse por inactividad a los efectos de la responsabilidad patrimonial; en segundo lugar, qué relevancia tiene la inactividad en la consideración de la responsabilidad patrimonial como una responsabilidad objetiva.

A) *En relación con la primera de las cuestiones, ha de advertirse de antemano que el intento de aproximarnos a un concepto más o menos amplio de inactividad o de omisión generadora de daños carece de trascendencia a efectos prácticos pues, como veremos, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica incluye en el concepto de inactividad a cualquier omisión, optando, pues, por un acepción amplia de dicho concepto.*

Es posible, en primer término, ofrecer un concepto restringido de inactividad para cuya aproximación encontramos pistas en el artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Señala el citado precepto que:

“1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78”.

Así pues, en un sentido estricto, sólo tendría la consideración de conducta omisiva de la Administración aquella en la que concurriesen las siguientes circunstancias:

- a) que exista una previa obligación de actuar;
- b) que esa obligación provenga de una disposición general que no precise de actos de aplicación, o de un acto, contrato o convenio administrativo; y
- c) que esa previa obligación de actuar deba materializarse en la realización de una prestación concreta.

Desde esta perspectiva, la inactividad de la Administración únicamente vendría referida a los casos en que debiendo actuar no lo hace y no a aquellos en los que actúa de manera deficiente.

Por el contrario, en un sentido amplio, puede considerarse que la inactividad comprende cualquier género de omisión que abarca no sólo el incumplimiento del deber de actuar cuando existe un título jurídico que obliga a ello sino también la deficiencia producida durante la prestación de un servicio público en el que, no obstante, se ha producido un cumplimiento parcial de los estándares a los que, en cada caso concreto, resulta sujeta la Administración en la prestación del servicio.

En este caso, por tanto, habría que concluir que, en su mayoría, los supuestos de responsabilidad patrimonial surgen precisamente por omisiones y no por acciones. Siempre que en el marco de la actividad administrativa se genere un daño antijurídico al particular por no cumplir con los estándares a los que se encuentre obligada en la prestación de un servicio surgirá una responsabilidad por inactividad (así, por ejemplo, la deficiente vigilancia en durante el tiempo de recreo en un centro docente, respecto de los daños ocasionados a los alumnos, o la aplicación en la asistencia sanitaria de un tratamiento inadecuado en lugar del procedente cuando el daño provenga no del tratamiento aplicado sino de la ausencia del omitido, respecto de los pacientes).

A diferencia de la concepción estricta que apreciábamos, no se trata ya de que existiendo un deber de actuar no se actúe, sino de que, actuándose, dicha actuación no se ajuste a los cánones exigidos en cada caso.

Como señalábamos, tal distinción no obstante carece de importancia práctica dado el tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la cuestión. Por otra parte, siendo enorme la casuística, resulta extraordinariamente complejo realizar una categorización de los supuestos de inactividad.

A pesar de ello, y siguiendo en este punto a Gómez Puente, podríamos establecer una clasificación que distinguiría entre una inactividad reglamentaria, una inactividad formal, una inactividad material y una inactividad convencional, esta última residual y que por ello no va a ser tratada.

1. En relación con la inactividad reglamentaria, ha de tenerse en cuenta que la jerarquía normativa implica la coexistencia en el ordenamiento de normas de distinto rango, de tal modo que las normas de rango superior, en ocasiones, hacen llamamientos a la aprobación futura de normas de rango inferior que las desarrollen.

De este modo, la Administración es titular, desde ese llamamiento, del deber de aprobar la norma de desarrollo que, además, puede estar sujeto a un plazo determinado. La cuestión, como es obvio, se plantea en los casos en los que la aprobación de la norma de rango inferior por la Administración obligada no se produce o no se produce en el plazo previsto, de modo que se incumple el deber establecido por la norma de rango superior.

Ciertamente, la inactividad reglamentaria puede generar daños que los terceros no tengan el deber de soportar y, en tal caso, surge la obligación de indemnizar por parte de la Administración.

Acerca del control jurisdiccional de la inactividad reglamentaria, tiene señalado el Tribunal Supremo (STS de 28 de junio de 2004) 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. Aunque, en ocasiones, para la omisión reglamentaria relativa, el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley, pueda consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico (Cfr. SSTS de 16 y 23 de enero de 1998, 14 de diciembre de 1998 y 7 de diciembre de 2002)”*.

Es decir, que a pesar de las limitaciones que el artículo 71.2 LJCA impone al órgano jurisdiccional (lógicas, por cierto), los Tribunales no sólo pueden sino que deben controlar el incumplimiento del deber de dictar normas reglamentarias y no sólo cuando existe una absoluta ausencia de éstas a pesar del mandato contenido en una norma de rango superior sino también cuando la norma reglamentaria dictada en desarrollo de otra superior por mandato de ésta no se extiende a toda la realidad contenida en el mandato de desarrollo.

Y, si ello es así, cuánto más cabe predicar de dicho incumplimiento la producción de un daño indemnizable siempre que concurren todos los requisitos exigidos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial. Así se reconoce por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 8 de mayo de 1985, si bien en dicha Sentencia se desestima la solicitud de indemnización por falta de prueba de la realidad de los perjuicios causados.

Como es lógico, la eventualidad de la producción del daño no sólo se contrae al incumplimiento del mandato de desarrollo contenido en una norma de derecho interno sino también del contenido en una norma de derecho comunitario, pues la condición de miembro de la UE obliga a los Estados a la trasposición al derecho interno de las Directivas aprobadas por los órganos comunitarios.

A este respecto, el Tribunal Supremo ya reconoce en su Sentencia de 12 de junio de 2003, que, efectivamente, sí existe una responsabilidad, y así lo reconoció el Tribunal de Justicia Europeo en la conocida Sentencia Francovich, a consecuencia del incumplimiento de la obligación de trasposición de la Directiva comunitaria en plazo, lo que no excluye que, como en esa Sentencia se precisa, para que exista la responsabilidad derivada de dicho incumplimiento, es necesario que la norma comunitaria violada sea una norma que atribuya derechos en favor de particulares, que el contenido de esos derechos debe ser identificado con base en disposiciones de la propia directiva y que exista nexo causal entre el resultado lesivo y el incumplimiento imputable al Estado.

2. En cuanto a la inactividad formal, hablamos de ella para referirnos a los casos en los que la Administración o bien no ejercita sus potestades debiendo hacerlo o bien el ejercicio de dichas potestades no es completo.

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de las potestades administrativas no siempre constituye una facultad, de modo que la falta de ejercicio que carezca de una justificación razonable ha de considerarse arbitraria y, por consiguiente, ilícita. Es precisamente en los casos en los que la potestad debe necesariamente ejercitarse cuando la falta de ejercicio puede ocasionar un daño indemnizable en la medida en que pueda ocasionar una lesión antijurídica por cuanto la inactividad de la Administración menoscaba, precisamente, el bien jurídico que protege la potestad no ejercitada arbitrariamente.

Ello es precisamente lo que considera nuestro Tribunal Supremo cuando, a propósito de esta cuestión, afirma en su Sentencia de 27 de diciembre de 2011 que *“en casos como el enjuiciado, en que la Administración ejerce una potestad discrecional cuando decide si procede o no el empleo de la fuerza, habrá que decantarse por calificar como normal el funcionamiento de los servicios públicos si, al desechar ese empleo y optar por una vía de solución distinta, se aprecian razones justificativas que nazcan, precisamente, de la mayor entidad de los bienes jurídicos en posible peligro, de la idoneidad de esa vía, también, para poner fin con prontitud a la lesión de los otros ya afectados, y de la no acreditación de que ésta hubiera podido evitarse con decisiones anteriores para las que fueran predicables las notas de licitud y proporcionalidad según el estado y evolución previsible del conflicto en el tiempo en que dejaron de adoptarse”*.

O lo que es lo mismo, el no ejercicio de una potestad administrativa no generará responsabilidad cuando dicha inactividad no tenga la consideración de funcionamiento anormal por aparecer razonable y debidamente justificada y por no existir el deber de ser ejercitada.

Como señalaba la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 8 de julio de 2011, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2014, a propósito de la inactividad de la Administración en funciones de inspección, *“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”*.

Distinto del caso anterior, pero aún en el campo de la inactividad formal, es aquel en el que, como anticipábamos, la actuación administrativa en el seno de un procedimiento es incompleta por no concluir con un acto administrativo cuando ello es exigible.

La Administración tiene siempre el deber de resolver porque así lo establece la Ley (artículos 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 21 de la nueva Ley, aún no en vigor al tiempo de escribir el presente capítulo, 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). La propia Ley prevé, para los casos de incumplimiento de dicho deber, determinadas consecuencias jurídicas: la falta de resolución expresa producirá una resolución presunta estimatoria o desestimatoria [artículos 43 y 44.1 de la Ley 30/1992 y 24 y 25.1.a) de la Ley 39/2015] o la caducidad [artículos 44.2 de la Ley 30/1992 y 25.1.b) de la Ley 39/2015].

Se trata, en el caso de los actos presuntos, de un mecanismo que arbitra el derecho para o bien producir todos los efectos inherentes a su consideración como acto administrativo finalizador del procedimiento (cuando el silencio es positivo) o, simplemente, permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (cuando el silencio es desestimatorio).

Ahora bien, con independencia de que el ordenamiento prevea la existencia de los actos presuntos y que de dichos actos presuntos se deriven efectos jurídicos para los interesados en el procedimiento, lo cierto que es la falta de resolución en el plazo establecido para ello supone un incumplimiento de un deber legal pues la producción del acto presunto no exime a la Administración de su deber de resolver, sujetándose para ello a los límites previstos en los preceptos citados.

Y en la medida en que la falta de resolución supone el incumplimiento de un deber, es susceptible de generar un daño indemnizable siempre que se den todos los requisitos necesarios para la exigencia de responsabilidad patrimonial.

Ello no obstante, debe tenerse presente que es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual el nexo causal exigible para la procedencia de la responsabilidad patrimonial se rompe cuando, a pesar del funcionamiento anormal del servicio, puede atribuirse al perjudicado una conducta negligente a la que vincular directamente el perjuicio.

Y esta idea late con especial intensidad en el aspecto que tratamos pues, si bien es cierto que el silencio constituye una anormalidad en el actuar de la Administración, no lo es menos que ante dicha anormalidad el derecho atribuye al interesado la posibilidad de actuar en contra del silencio, si es negativo, o de articular la producción de efectos del silencio como acto finalizador del procedimiento, en su favor, se entiende, si es positivo.

En realidad, se produce una tensión entre la diligencia exigible al interesado cuyo procedimiento finaliza con una resolución presunta para hacer efectivo su derecho y el deber siempre exigible a la Administración de que resuelva, de modo que sólo mediante un examen del caso concreto podrá concluirse si la falta de diligencia del interesado excluirá el nexo causal o si, por el contrario, la falta de resolución por la Administración puede considerarse un daño antijurídico atribuible a la Administración.

3. Finalmente, y en cuanto a la inactividad material, la misma se deriva, principalmente, de la falta de sujeción de la Administración, en el ejercicio de las actividades prestacionales, a los estándares de funcionamiento diligente atendidas las circunstancias de tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso y distribución de recursos a los que alude la jurisprudencia.

Si bien es cierto que la responsabilidad patrimonial tiene carácter objetivo, no lo es menos que ello no puede implicar la consideración de la Administración como aseguradora universal de riesgos, en expresión frecuentemente empleada por el Tribunal Supremo.

Son múltiples los supuestos en los que la falta del deber de observancia (inactividad) de los parámetros que determinan el actuar diligente de la Administración provocan la exigencia de responsabilidad patrimonial, si bien es preciso analizar caso por caso la concurrencia de dicha circunstancia en cada uno de los supuestos que puedan darse en los diferentes sectores de la actividad prestacional.

El más característico es el referido a la observancia de la *lex artis* en el caso de la asistencia sanitaria, si bien pueden anotarse muchos más fácilmente reconocibles por su habitualidad: adecuada vigilancia en centros docentes respecto de los daños ocasionados a los alumnos, adecuada conservación de las vías respecto de los daños causados en los vehículos, etc.

No debemos abandonar este apartado sin una referencia, aunque sea mínima, a dos supuestos de inactividad material que pueden generar responsabilidad.

Por un lado, a la falta de ejecución por la Administración de sus actos administrativos. Debe tenerse en cuenta que el principio de autotutela no es sólo un privilegio que permite a la Administración ejecutar sus propios actos, sino un auténtico deber cuya omisión puede provocar a terceros daños antijurídicos. Piénsese, por ejemplo, en el deber de ejecutar un acto dictado en materia de disciplina urbanística o en un procedimiento sancionador, en el que la actuación de la Administración va encaminada a proteger bienes jurídicos cuyos titulares se han visto afectados. La falta de ejecución de tales actos podría suponer la desprotección de tales bienes y, en consecuencia, el daño para sus titulares.

De otro lado, la inexecución de las resoluciones judiciales. Debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 117.3 CE establece que *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales”* y que, en justa correspondencia, el artículo 103.1 LJCA señala que *“La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional”*, la realidad demuestra que la ejecución de las sentencias depende en última instancia de un actuar de la Administración cuya omisión puede generar daños.

Ocurre, sin embargo, que dicha inactividad en la ejecución de sentencias debe, en principio, resolverse no a través de un expediente de responsabilidad patrimonial sino a través

de los mecanismos que las propias leyes procesales establecen. La propia LJCA prevé un remedio singular para los casos de imposibilidad material o jurídica de ejecución en el artículo 105.2 que contempla, como mecanismo compensatorio al cabo, la posibilidad de fijar una indemnización en tales supuestos.

B) Tal y como anticipábamos, debemos finalizar con una reflexión relativa al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial cuando la misma es achacable a la inactividad de la Administración.

El artículo 106.2 de la Constitución Española establece que *“los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán 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”*.

Del mismo modo el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (aún no en vigor cuando se escribe el presente capítulo), establecen idéntico derecho, dentro del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

Por tanto, la responsabilidad patrimonial de la Administración, ha sido configurada en nuestro sistema legal y jurisprudencialmente, como de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, debe ser en principio indemnizada porque, como dice en múltiples resoluciones el Tribunal Supremo, *“de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad”*.

Ello supone que, como afirma el Tribunal Supremo, el punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga. La antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración.

Del mismo modo, como indica la Sentencia de 7 de febrero de 2006, la doctrina jurisprudencial consolidada entiende que la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre y 19 de

noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero, y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998 y 24 de mayo de 1999), pero no lo es menos que, como también señala la misma Sentencia, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Ahora bien, en el caso de la inactividad, la existencia de un daño antijurídico exige la previa constatación no sólo de que dicho daño proviene de la inactividad sino de que dicha inactividad no es admisible en derecho. Es decir, mientras que en el caso de la responsabilidad patrimonial derivada de una conducta positiva el daño puede ser antijurídico aunque provenga del funcionamiento normal de la Administración, en el caso de la responsabilidad por inactividad el daño antijurídico sólo puede provenir de un funcionamiento anormal en la medida en que la responsabilidad solo surgiría por el incumplimiento del deber de actuar.

De ahí que, cuando de la inactividad se trata, la responsabilidad sólo pueda ser subjetiva.

Y es que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009,

“la relación de causalidad 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 aquélla. Problema distinto es si esa conexión lógica debe entenderse como equivalencia de las condiciones o como condición adecuada; pero ello es irrelevante en esta sede, pues en todo caso el problema es de atribución lógica del resultado lesivo a la acción de la Administración.

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. [...] 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”.