Revista Andaluza de Administración Pública
120
2025

Revista Andaluza de Administración Pública

120/2025
Julio-Diciembre

ESTUDIOS

Luis Martín Rebollo
Panorama y perspectivas de la responsabilidad patrimonial de la Administración

Tomás Cano Campos
El comienzo del plazo de prescripción para reclamar los daños causados por la Administración

Consuelo Alonso García
La «behetría» de la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales: nuevas modulaciones del Tribunal Supremo a la letra del legislador

Roberto Galán Vioque
¿Ha respondido patrimonialmente el Estado español por los recortes a las ayudas a las energías renovables?

Emilio Guichot Reina
La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos españoles por infracción del derecho de la Unión Europea

María Jesús Gallardo Castillo
La responsabilidad patrimonial de la Administración: una mirada desde la doctrina del Consejo Consultivo

Manuel Rebollo Puig
Ámbito de aplicación del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial

Josep Ramón Fuentes Gasó
Responsabilidad patrimonial de las Administraciones locales por daños en la vía pública

Salvador Martín Valdivia
El contexto actual de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística

Elisa Pérez de los Cobos Hernández
La responsabilidad patrimonial de la Administración educativa por los daños derivados de acoso escolar

César Tolosa Tribiño
Jurisprudencia consolidada y vigente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria

Junta de Andalucía

Junta de Andalucía
Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública
Instituto Andaluz de Administración Pública

Universidad de Sevilla

Revista Andaluza de Administración Pública

Nº 120

Julio-Diciembre 2025

Revista semestral, esencialmente jurídica, cuyo objeto es la investigación, análisis y divulgación de las fuentes y actividades jurídicas relativas a la Administración pública de la comunidad autónoma, ello sin exclusión de estudios o documentaciones referidas a otros poderes, instituciones o problemas de la propia comunidad autónoma u otras Administraciones públicas por su incidencia en el ámbito de intereses de la Junta de Andalucía.

La Revista carece de adscripción ideológica o política determinada, persiguiendo exclusivamente poner sus contenidos científicos, de modo objetivo e imparcial, al servicio de los intereses generales de Andalucía, respondiendo a su esencial caracterización de revista científica, universitaria, libre y pluralista.

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo asesor:
Alfonso Pérez Moreno. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente).*
Alejandre Durán, María Luisa. *Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Ceballos Casas, María Luisa. *Secretaría General de Administración Local. Junta de Andalucía.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*
Galán González, José Luis. *Catedrático de Organización de Empresas. Universidad de Sevilla.*
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Secretario de Ayuntamiento (en excedencia).*
Horgué Baena, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid.*
Loaiza García, José. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*
López Menudo, Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Marrero García-Rojo, Ángel. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*
Martínez Fernández, Julián. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*
Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.*
Ortiz Mallol, José. *Letrado de la Junta de Andalucía.*
Parralo Vegazo, Antonio. *Director General de Recursos Humanos y Función Pública.*
Pérez Naranjo, Mª Gema. *Directora General de Estrategia Digital. Junta de Andalucía.*
Pérez Pino, Mª Dolores. *Jefa del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*
Roas Martín, Pedro. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*

Director:
Jesús Jordano Fraga. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Secretario:
Alejandro Román Márquez, *Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Consejo de redacción:
Arana García, Estanislao. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Barrero Rodríguez, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Carbonell Porras, Eloísa. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén.*
Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*
Gamero Casado, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
González Rios, Isabel. *Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Núñez Lozano, María del Carmen. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.*
Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla*
Pérez Andrés, Antonio Alfonso. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Gálvez, Juan Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería.*
Rebollo Puig, Manuel. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.*
Rivero Ysern, José Luis. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Vázquez Alonso, Víctor J. *Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla.*
Vera Jurado, Diego. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Wisner Glusko, Carolina. *Profesora Titular de Derecho Administrativo de C. E. U. Cardenal Spínola de Sevilla.*

Consejo científico:
Alenza García, José Francisco. *Universidad de Navarra.*
Amado Gomes, Carla. *Universidad de Lisboa.*
Cano Campos, Tomás. *Universidad Complutense de Madrid.*
Casado Casado, Lucía. *Universidad Rovira Virgili.*
Civitarese Matteucci, Stefano. *Universidad "Gabriele d'Annunzio" Chieli - Pescara.*
Domenech Pascual, Gabriel. *Universidad de Valencia.*
Fernández Torres, Juan Ramón. *Universidad Complutense de Madrid.*
Galán Galán, Alfredo. *Universidad de Barcelona.*
Gómez Puente, Marcos. *Universidad de Cantabria.*
Hernández González, Francisco Lorenzo. *Universidad de La Laguna.*
López Ramón, Fernando. *Universidad de Zaragoza.*
Lozano Cutanda, Blanca. *Universidad a Distancia de Madrid.*
Mir Puigpelat, Oriol. *Universidad de Barcelona.*
Montoya Martín, Encarnación. *Universidad de Sevilla.*
Nogueira López, Alba. *Universidad de Santiago de Compostela.*
Parejo Alfonso, Luciano. *Universidad Carlos III.*
Piñar Mañas, José Luis. *Universidad CEU-San Pablo de Madrid.*
Rodriguez Arana, Jaime. *Universidad de La Coruña.*
Santamaría Pastor, Alfonso. *Universidad Complutense de Madrid.*
Sanz Rubiales, Iñigo. *Universidad de Valladolid.*
Soro Mateo, Blanca. *Universidad de Murcia.*
Tavares da Silva, Suzana. *Universidad de Coímbra.*
Tolivar Alas, Leopoldo. *Universidad de Oviedo.*
Valcárcel Fernández, Patricia. *Universidad de Vigo.*
Valencia Martín, Germán. *Universidad de Alicante.*

Secretaría de redacción:
Facultad de Derecho. Campus Ramón y Cajal C/ Enramadilla, 18 -20. 41018 Sevilla.
Tlf.: (95) 455 12 26.

Realización:
Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:
Instituto Andaluz de Administración Pública

Sitio web:
www.raapdigital.es

ISSN: 3020-6731, Depósito Legal: SE 677-2024.
Talleres: Servicio de Publicaciones y BOJA
Suscripción anual (2 números): 24 euros. (IVA incluido)
Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)
Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública
Servicio de Gestión del Conocimiento
Calle Torneo, núm. 26
41002 SEVILLA
Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17
www: juntadeandalucia.es/organismos/iaap.html
Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es

FSC
MIXTO
Papel
FSC® C116884

IN MEMORIAM

Francisco Escribano López

Cúmpleme el honor de expresar en estas breves líneas el sentimiento que nos produce a los miembros de la Revista la pérdida de nuestro queridísimo compañero y amigo, el profesor don Francisco Escribano López, quien impensablemente, se nos marchó de golpe el pasado día 26 de febrero, dejándonos «golpeados» –valga la derivación– ante el hecho de su fuga y del panorama que ahora se nos abre sin su presencia para siempre, cuando ni por asomo podíamos contar con ello, aunque sepamos que el hecho de morir es inexorable y en verdad no quepa hablar de sorpresa. Porque nuestro amigo Paco Escribano exhalaba vitalidad y entusiasmo en todo lo que emprendía por las muy variadas vertientes que caían dentro de su interés a impulso de su curiosidad casi infantil y de su notable cultura.

Fuimos compañeros no distantes y respetuosos en aquella agitada facultad hispalense preconstitucional, pero nuestra convivencia, codo con codo, en la Facultad de Derecho de Córdoba donde recalamos en el curso 1986/7 y en la que formamos un departamento heterogéneo, pero sin fisuras, junto a nuestro buen compañero el profesor Juan Font Galán (Derecho Mercantil), me dio a conocer de cerca sus extraordinarias cualidades personales y profesionales y su capacidad para embarcar ilusionadamente a sus alumnos. Era generoso en el esfuerzo de lo necesario; y dadivoso hasta la exquisitez con sus amigos, entre quienes tuve la dicha de encontrarme.

Era figura incontestable en el elenco del Derecho Financiero y Tributario español y sus buenos oficios y capacidad científica han dado prestigio a esta Revista de principio a fin, pues cubrió en calidad de miembro fundador toda su andadura, o sea, desde el número 1 (1990) hasta el 119 (2025), durante cuya confección ha fallecido. Desde su inicio llevó directamente la gestión de la sección dedicada a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

No es esta la ocasión para relatar sus muchos méritos. Baste señalar su labor al frente de la Revista Española de Derecho Financiero y Tributario (Edit. Cívitas), de la que ha sido director durante muchos años; ha sido miembro de consejos de redacción de otras revistas relevantes como la de Derecho Financiero y Hacienda Pública, de la que ha sido director durante muchos años (desde el núm. 65 al 116), así como presidente de la Agencia Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora (ANECA), lo que expresa claramente el prestigio del que gozaba nuestro amigo entre los investigadores del ramo, prestigio al que él ponía sordina con su carácter sencillo y servicial y sus exultantes ganas de vivir.

Puedo atestiguar que trabajar con el profesor Escribano era una tarea gratificante en grado sumo; tuve la ocasión de disfrutar de ello muchas veces; y especialmente con ocasión de la esforzada labor que asumimos como miembros de la comisión asesora creada por la Junta de Andalucía –que tuve el honor de presidir– para el control de legalidad de los estatutos de las Universidades andaluzas, con motivo de la aparición de la Ley Orgánica de Universidades 6/2001. Sus aportaciones y talante constructivo y su amenidad personal se nos han quedado indelebles en el recuerdo.

Descanse en paz.

Francisco López Menudo
Catedrático de Derecho Administrativo
Emérito

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Luis Martín Rebollo
Panorama y perspectivas de la responsabilidad patrimonial de la Administración 21

Tomás Cano Campos
El comienzo del plazo de prescripción para reclamar los daños causados por la Administración 39

Consuelo Alonso García
La «behetría» de la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales: nuevas modulaciones del Tribunal Supremo a la letra del legislador 73

Roberto Galán Vioque
¿Ha respondido patrimonialmente el Estado español por los recortes a las ayudas a las energías renovables? 113

Emilio Guichot Reina
La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos españoles por infracción del derecho de la Unión Europea 145

María Jesús Gallardo Castillo
La responsabilidad patrimonial de la Administración: una mirada desde la doctrina del Consejo Consultivo 181

Manuel Rebollo Puig
Ámbito de aplicación del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial 207

Josep Ramón Fuentes Gasó
Responsabilidad patrimonial de las Administraciones locales por daños en la vía pública 285

Salvador Martín Valdivia
El contexto actual de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística 331

Elisa Pérez de los Cobos Hernández
La responsabilidad patrimonial de la Administración educativa por los daños derivados de acoso escolar 353

César Tolosa Tribiño
Jurisprudencia consolidada y vigente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria 401

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. TEMAS DE INTERÉS PARA LA REVISTA

La *Revista Andaluza de Administración Pública* publica trabajos originales sobre derecho administrativo y Administración pública, dispensando especial atención a los que puedan resultar de interés para el conocimiento del derecho y de las instituciones autonómicas.

2. ENVÍO DE ORIGINALES

Los trabajos deberán ser originales e inéditos. Se enviarán por correo electrónico a la dirección raap@us.es

El envío de un trabajo implica el compromiso de no retirarlo, a menos que la RAAP rechace su publicación; se esté en desacuerdo con la sección que el consejo de redacción haya determinado para su publicación; o se esté en desacuerdo con las modificaciones que el consejo de redacción haya estimado necesarias. Implica asimismo el compromiso de no publicar el trabajo en lugar alguno hasta que el consejo de redacción se haya pronunciado. La aceptación expresa de estas condiciones es requisito previo indispensable para poner en marcha el proceso de evaluación del trabajo. Su incumplimiento permitirá a la RAAP rechazar de plano cualquier otro trabajo de la misma autoría.

3. NORMAS DE EDICIÓN

a) Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, normal, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie de página. Los estudios tendrán una extensión entre 20 y 50 páginas. La extensión máxima de los comentarios de jurisprudencia, crónicas y documentos será 40 páginas. Y las recensiones sobre monografías y estudios bibliográficos no podrán superar las 15 páginas.

En cada trabajo, excepto en las recensiones, figurará en primer lugar el título del trabajo, alineado al centro. En el siguiente renglón, alineado a la derecha, figurará el nombre del autor o autora y, en reglón siguiente, su filiación académica o profesional.

A continuación, en renglón distinto y ya con márgenes justificados, figurará un resumen. En el siguiente renglón se introducirán las palabras clave. En el siguiente, el sumario. Finalmente, se incorporará el texto propiamente del trabajo.

En las recensiones, figurará en primer lugar el título de la recensión, con márgenes justificados. A continuación, se incorporará el texto de la recensión. A final del trabajo se insertará, alineado a la derecha, el nombre del autor o autora y, en renglón siguiente, su filiación académica o profesional.

Los resúmenes no podrán exceder de 20 renglones. Podrán dar cuenta de manera sintética del trabajo en cuestión, presentar los objetivos del trabajo realizado y anticipar conclusiones relevantes. Deben incorporar resúmenes todos los trabajos, excepto los que se publican en la sección de bibliografía. Los resúmenes habrán de redactarse en español y en inglés.

Salvo los trabajos que se publiquen en la sección de bibliografía, el resto deberá incorporar, después del resumen, entre tres y seis palabras clave, en español y en inglés.

Los originales deberán incluir al principio un sumario según el siguiente modelo que es el que ha de seguirse, además, en los distintos epígrafes del texto:

I. EPÍGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYÚSCULAS PRECEDIDAS DE NÚMERO ROMANO

1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas

A. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal

a). Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, a espacio sencillo. Serán numeradas mediante caracteres arábigos, en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se redactarán de forma abreviada. En ningún caso se incluirá en el texto del trabajo la referencia bibliográfica completa o recortada mediante el inicio del título seguido de ob. cit., op. cit. o similar. Ejemplos:

- CLAVERO ARÉVALO, M.F., *El nuevo régimen de licencias de urbanismo,* Civitas, Madrid, 1976, p. 34.

  CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1976: 34).

- CLAVERO ARÉVALO, M.F. «La inejecución de sentencias contencioso-administrativas y del Tribunal Constitucional», en F. LÓPEZ MENUDO (coord.) *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno,* Iustel, Madrid, 2011, p. 501.

CLAVERO ARÉVALO, M. F. (2011: 501).

- CLAVERO ARÉVALO, M. F. «Instituciones autonómicas de Andalucía», en *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública,* núm. 1 (1990), p. 21.

CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1990: 21).

c) Bibliografía. Las referencias bibliográficas irán al final y se limitarán a las obras citadas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido del autor, en mayúsculas, bajo el título «Bibliografía».

4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

La *Revista Andaluza de Administración Pública* decidirá, a través de su consejo de redacción, la publicación de los trabajos, una vez que hayan sido informados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, aplicándose el sistema de doble ciego.

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. En caso contrario, podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

5. *COPYRIGHT*

El autor o los autores ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.

ESTUDIOS

Panorama y perspectivas de la responsabilidad patrimonial de la Administración*

Overview and prospects of liability in public administration

Luis Martín Rebollo

Catedrático de Derecho Administrativo

Profesor emérito Universidad de Cantabria

https://orcid.org/0000-0002-6252-5481

1. Las Jornadas que ha organizado la *Revista Andaluza de Administración Pública,* bajo la eficaz dirección de su actual responsable, profesor Jordano Fraga, analizarán importantes aspectos técnicos y procesales del sistema español de responsabilidad pública, así como su aplicación jurisprudencial. Para esta primera sesión, el director me ha encomendado una visión general y un apunte sobre la evolución histórica de la institución resarcitoria. Me ha pedido, en suma, que trate de hacerles pensar acerca de las connotaciones de la responsabilidad más allá de su concreta regulación legal. Y eso es lo que trataré de hacer, no sé con qué éxito, en los minutos que siguen.

2. Para pensar sobre esta institución, como sobre cualquier otra, hay que empezar preguntándose en qué consiste, qué significa, de dónde viene y, sobre todo, para qué sirve –si sirve– la institución analizada, esto es, preguntarse no ya por su regulación sino por su función.

Y es que la historia del Derecho no es prioritariamente la historia de los conceptos –siempre importantes, desde luego, para poder descender desde ellos a consecuencias concretas– ni tampoco la historia de la regulación legal de la institución de que se trate. La historia es, sobre todo, en primer lugar, la historia de la función que la institución estudiada cumple en cada momento. A esa función me referiré después. Baste ahora destacar que la responsabilidad de las Administraciones públicas

* Texto ampliado de la intervención oral que, con el mismo título, expuse en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 26 de junio de 2025 en la sesión inaugural de las IV Jornadas de la *Revista Andaluza de Administración Pública*, sobre «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», dirigidas por Jesús Jordano Fraga, que en la actualidad es también el director de la Revista.

Recibido: 11-07-2025

Aceptado: 31-10-2025

es un tema central en la concepción liberal del Derecho Administrativo, que tiene su «padre» fundador en el gran jurista francés Maurice Hauriou, que escribe a mitad camino entre los últimos años del siglo XIX y los primeros del XX. Para Hauriou, los dos pilares del Derecho Administrativo son la jurisdicción contencioso-administrativa y la responsabilidad. ¿Por qué?

Pues porque, como acabo de decir, el Derecho Administrativo, como hijo que es de la Revolución francesa, tiene como referente el principio de legalidad y el principio de indemnidad frente a la potencial acción dañosa de la Administración. De ahí que se ponga en boca del propio Hauriou una doble conclusión: nada hay que objetar a que la Administración actúe, intervenga y haga, pero debe hacerlo de acuerdo con la ley. La Administración no puede hacer nada que la ley no le autorice expresamente a hacer de manera que, si hace al margen de la ley, sin ley de cobertura o de manera contraria a lo previsto en esa ley, viola el principio de legalidad y sus decisiones y actos deben ser anulados por la jurisdicción contenciosa. Y, en segundo lugar, si al actuar así causa daños, hay que entender que esos daños son antijurídicos, y la Administración debe ser condenada a indemnizar.

La jurisdicción contencioso-administrativa y la responsabilidad son, pues, las dos piedras basilares del Derecho Administrativo cuya regulación y desarrollo técnico han de regirse por leyes específicas.

3. Entre nosotros, hoy, la cuestión de la responsabilidad está contemplada en el art. 106.2 de la Constitución («Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»); un precepto constitucional que remite su concreción a la ley («en los términos establecidos por la ley»). Esa ley ahora es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que regula los aspectos sustantivos del sistema, y la Ley 39/2015, también de 1 de octubre, que se refiere a los aspectos procedimentales. Ambas sustituyen a la anterior Ley 30/1992, pero todas ellas traen causa de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que es la que inaugura un sistema de responsabilidad pública al margen y diferente del régimen común contemplado en el artículo 1902 del Código Civil.

Las características básicas de ese sistema son conocidas, pero merece la pena recordarlas. Se trata de un sistema *unitario* (porque rige para todas las Administraciones públicas al basarse como se basa en el artículo 149.1.18ª de la Constitución; es un sistema *general* (porque se refiere a toda la actividad pública, ya sea de carácter formal y jurídico o simplemente fáctica, esto es, la actividad material de los servicios públicos o su inactividad); de *responsabilidad directa* y no solamente subsidiaria (de manera la Administración cubre la potencial actividad dañosa de sus autoridades y funcio-

narios., sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves). Esta responsabilidad directa sólo admite la anómala excepción de la responsabilidad derivada de delito, según el artículo 121 del Código Penal; en un sistema de *unidad jurisdiccional* (la jurisdicción civil queda excluida y las eventuales condenas sólo competen a la jurisdicción contencioso-administrativa, con la única excepción de la jurisdicción penal que puede declarar la responsabilidad civil de la Administración como derivación de la condena penal del funcionario penalmente responsable (aunque en este caso, como he dicho, con carácter meramente subsidiario de la responsabilidad civil del condenado penalmente). Finalmente, en teoría, se dice que se trata también de un sistema de *responsabilidad objetiva* o, al menos, un sistema en el que la idea de culpa no es una exigencia determinante (aunque en la práctica suele ser la regla general). Personalmente, como luego insistiré, en vez de decir que se trata de un sistema de responsabilidad objetiva, prefiero decir que es un sistema que, excepcionalmente, *no excluye la responsabilidad objetiva,* lo que supone un matiz al que me referiré luego.

Se trata, pues, de un sistema del que cabe afirmar que es sencillo y generoso, pero también casuístico y tendencialmente inseguro.

4. Todo el sistema (además de en la imputación causal a la Administración productora del daño) pivota sobre el concepto de lesión, que se suele definir como un daño antijurídico, esto es, un daño que el dañado no está obligado legalmente a soportar (como dice hoy el artículo 32.1 de la Ley 40/2015). Así, pues, si la lesión es un daño que el dañado «no se tiene el deber jurídico de soportar», surge de inmediato la pregunta: ¿cuándo no existe esa obligación de soportar un daño? Es decir, ¿cuáles son los límites de la responsabilidad? La respuesta a estos interrogantes no es unívoca y resulta un tanto imprecisa, pero cabe acercarse a ella de forma secuencial.

No hay que soportar el daño cuando no haya causas legalmente previstas, justificativas del mismo que, por tanto, excluyan la antijuridicidad. ¿Y cuándo sucede eso? La ambigüedad del concepto impone, como digo, una respuesta matizada distinguiendo los casos en los que el daño ha sido causado mediando culpa o negligencia de la organización administrativa o de sus agentes de aquellos otros en los que no cabe identificar culpa alguna.

Así, pues,

a) En primer lugar, no existe ese deber de soportar el daño infringido por la actividad administrativa cuando esa actividad ha sido ilegal, cuando ha habido «culpa», ya sea personal de quien actuó, ya anónima derivada de la actividad de un servicio que funcionó mal, lo hizo tarde o simplemente no funcionó. Es el supuesto prototípico del criterio subjetivo de la responsabilidad. En esos casos gran parte del

problema será identificar los perfiles de esa culpa personal o anónima, para lo cual la existencia de estándares de referencia es fundamental.

b) Pero es mucho más difícil precisar la existencia de lesión indemnizable cuando no hay culpa o negligencia, esto es, cuando la Administración ha actuado correcta y legalmente, cuando ha actuado bien y, a pesar de ello, ha causado un daño. ¿Qué daño no se tiene entonces la obligación de soportar? Se trata del presupuesto mismo de la responsabilidad objetiva, que debe ser acotado so pena de convertir al sistema en algo desbordante y finalmente, por ello, operativamente imposible. Es ahí, en este aspecto, donde aparecen los debates y las críticas a un sistema que, como digo, puede fácilmente deslizarse por la pendiente de la inseguridad.

La ambigüedad del sistema, la falta de precisión de los casos de responsabilidad objetiva (sobre todo cuando si se parte de considerar que el sistema es siempre de responsabilidad objetiva), el casuismo, los bandazos jurisprudenciales, algunas argumentaciones contradictorias y otros factores conexos han generado desde hace tiempo una vaga sensación de insatisfacción que propició cierto cuestionamiento de las bases conceptuales del sistema. En ese contexto, en torno a los años noventa del pasado siglo, se levantaron algunas voces críticas significativas en las hasta entonces tranquilas aguas del modelo vigente desde 1954 que se venía aplicando hasta entonces sin problema en supuestos relativamente pequeños. Pero esas aguas se vieron sacudidas por la acumulación simultánea de varios de los factores indicados, algunos vinculados a la propia normativa legal, pero otros auspiciados por algunos supuestos límite especialmente destacados. Entre ellos, sobre todo, el caso Hipercor[1], el de la colza[2], el de la adquisición del virus del VIH tras haber recibido una transfusión en un hospital público[3], el caso de la contaminación del petrolero *Prestige* y algunos

[1] Se trató de una bomba que puso ETA en el Hipercor de Barcelona que explotó, con el resultado de varios muertos, antes de que los artificieros de la policía pudieran desactivarla. Hubo un aviso previo de que iba a explotar la bomba, pero no hubo tiempo para la desactivación. La condena fue por el funcionamiento anormal (tardío) de los servicios (la policía), pero ¿qué es llegar tarde? ¿Cómo se cuantifica, si no hay un parámetro referencial, una carta de servicios o un documento semejante?

[2] El caso del aceite de colza desnaturalizado fue un trágico suceso de la importación de aceite de colza para consumo industrial derivado al consumo humano en mercadillos populares. En este caso, la responsabilidad pública entró por la vía penal como responsabilidad civil subsidiaria del Estado derivada de la condena penal a un funcionario de los servicios de aduanas.

[3] El virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) produce el llamado Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, más conocido como Sida, que se transmite, entre otras formas, por trasfusiones sanguíneas con plasma que contenga tal virus. Su existencia se descubrió en torno a 1981, a partir de cuyo momento se adoptaron medidas de control para comprobar la existencia o no del virus en las trasfusiones de sangre. Pero hubo una serie de sentencias condenatorias a la Administración por responsabilidad en el caso de personas infectadas por transfusiones llevadas a cabo sin esos controles o verificaciones previos… antes de que se conociera la existencia del virus. Estas Sentencias parece que están en el origen de las reformas operadas en el artículo 141 de la Ley 30/1992, llevada a cabo por Ley 4/1999) y que figuran también ahora en el artículo 34.1 de la Ley 40/2015 excluyendo la antijuridicidad (esto es, la lesión) en los casos de «daños

otros. A ellos se podrán añadir seguramente hoy otros más recientes como los daños vinculados de una u otra manera a la pandemia de la COVID[4] o incluso de la DANA de la Comunidad Valenciana. Surge así un interesante debate doctrinal –no suficientemente reflejado, a mi juicio, en la jurisprudencia, que siguió aferrada a los planteamientos doctrinales tradicionales– acerca del sentido y los límites de la objetividad que un tanto acríticamente se predicaba del entero sistema de responsabilidad.

Se trataba y se trata, en mi opinión, de un debate no sólo jurídico sino cultural que va más allá de los aspectos estrictamente técnicos del problema y al que se le añadieron dos derivaciones de una reflexión insuficientemente explotada. A saber, la constatación de que el juez es la única autoridad del Estado que no tiene como el límite del presupuesto público para condenar al Estado y, en segundo lugar, que alguna relación debe haber entre el sistema de responsabilidad y las técnicas de asistencia social que en muchos sitios actúan o pueden actuar como vasos comunicantes, es decir, en un Estado con una amplia cobertura social la responsabilidad tiene un espacio menor como, con frecuencia, se constata en los supuestos contrarios, en los países con escasas previsiones de asistencia social donde la responsabilidad juega no pocas veces un papel compensador de esas carencias. A algo similar se refería el civilista Paul Duez cuando afirmaba en los años treinta del siglo pasado que los sistemas amplios de responsabilidad pública eran propios de sistemas económicos intervencionistas, de manera que cuando el sistema económico se liberaliza, el régimen de la responsabilidad tiende a replegarse un tanto.

Un caso bien conocido en el que se plantean algunas de estas cuestiones y que, desde luego, propició el tipo de debates a los que me he referido, tuvo lugar en el ámbito de la responsabilidad sanitaria a principios de los años noventa del pasado siglo. Me refiero al llamado caso del aneurisma correctamente operado, resuelto por una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1991, que reconoce la responsabilidad de la Administración. Se trató ciertamente de un caso extremo. Una señora entró en urgencias de un hospital público con dos aneurismas que afectaban a ambas carótidas. Como el cirujano no podía abordar al mismo tiempo los dos aneurismas, optó por operar uno, clipando provisionalmente el otro mientras se ocupaba del primero. De esa manera, le salvó la vida a la paciente, aunque inevitablemente quedó con lesiones importantes. Intervino la jurisdicción penal dejando claro que no había habido negligencia ni violación alguna de la lex artis y, en consecuencia, absolviendo

que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

[4] Al ser tan numerosos (varios miles) los casos planteados inicialmente al Consejo de Ministros y de los que conoce en vía jurisdiccional el Tribunal Supremo, éste ha tenido que habilitar medidas especiales para su pronta y razonable resolución.

al cirujano. Intervino la jurisdicción laboral en relación con la pensión derivada de la imposibilidad de trabajar. Y, sobre todo, por lo que ahora importa, intervino la jurisdicción contencioso-administrativa tras la denegación de la solicitud indemnizatoria efectuada por sus familiares en sede administrativa. Tras el recurso pertinente frente a la primera resolución desestimatoria el caso llegó al Tribunal Supremo que en la citada sentencia de 1991 condenó a la Administración sanitaria al pago de varios millones de las antiguas pesetas sobre la base del doble argumento de que la operación se había llevado a cabo en el seno de un hospital público y el sistema resarcitorio era un sistema objetivo del que se derivaba la indemnización a pesar de que quedó probado que no hubo funcionamiento anormal alguno. Según la sentencia, el hecho de que el daño se hubiera producido dentro de la organización pública parecía suficiente para deducir la consecuencia indemnizatoria, aun habiendo quedado demostrado que no hubo mala praxis. Llevado el argumento a sus últimas consecuencias, se podía concluir que todo aquel que no saliera de un hospital público mejor de como entró podría recibir una indemnización fundada en el carácter objetivo del sistema. Esta extravagante, y cabe decir que disparatada conclusión, fue objeto de numerosas críticas de carácter técnico que hacían referencia al concepto de lesión o a la causalidad. Pero, a partir de ello, también surgieron voces autorizadas que cuestionaban las bases del sistema si de esas bases cabía deducir tan radical y sorprendente conclusión. Una de esas voces fue la del civilista Fernando Pantaleón, que puso el dedo en la llaga al efectuar una hipotética comparación. ¿Qué habría sucedido –dijo– si exactamente los mismos hechos se hubieran producido en un hospital privado? Pues que con seguridad no hubiera habido condena al hospital o al cirujano porque es muy difícil imaginar que se aplicara al caso el artículo 1902 del Código Civil[5] y, además, el paciente o, en su caso, su seguro tendrían que haber pagado el coste de la intervención. Pues bien, ahí aparece la pregunta que debe hacernos reflexionar: ¿es razonable que el sistema de la sanidad pública, que no está montado sobre la base del ánimo de lucro, acabe respondiendo más intensamente que otro sistema –el privado– que sí está montado desde la perspectiva del lucro, por muy legítimo que este sea?

Cierto que se trató de una sentencia aislada y que la realidad posterior trató de poner orden o interpretar de otra manera los presupuestos del sistema. Pero la pregunta lanzada como reto no tuvo mayor repercusión a pesar de lo que significaba. La carga de profundidad que suponía esa pregunta no fue atendida; no obstante, las casi unánimes críticas que recibió la citada sentencia de 1991. Pero, a partir de entonces, una cierta jurisprudencia trató de limitar un tanto la consecuencia de la responsabilidad tratando de identificar –erróneamente, creo– lesión, esto es, antijuridicidad y mala praxis. Y digo que esa identificación es errónea porque la mala praxis es otra

[5] «El que por acción u omisión causa daño a otro, *interviniendo culpa o negligencia*, está obligado a reparar el daño causado».

cosa, es el mal funcionamiento, el funcionamiento anormal en la terminología de la ley. O sea, la culpa, ya sea anónima, ya individual. De modo que, si se identifica siempre mala praxis y lesión, es decir, si se dice que no hay lesión sin mala praxis, se están negando los supuestos –escasos, pero posibles– de daños indemnizables (daños antijurídicos, pues) causados por el funcionamiento normal, esto es, los supuestos de responsabilidad objetiva que, aunque excepcionales, como digo, se admiten en la legislación vigente.

5. Estamos, pues, ante una situación que es, efectivamente, un logro del Estado de Derecho, como suele decir la jurisprudencia, pero una situación que produce también inseguridad, ante la que cabe preguntarse cómo se ha llegado hasta ella, es decir, de dónde venimos.

La historia de la responsabilidad de las Administraciones públicas es una historia corta: venimos de una situación de práctica irresponsabilidad durante más de cien años que cambia y es radicalmente diferente a partir de 1954 hasta el punto de convertirse en un sistema potencialmente desbordante.

La irresponsabilidad de la Administración trae causa de la interpretación que se consolidó a partir de la última década del siglo XIX del artículo 1903 del Código Civil. Recuérdese que el 1902 habla de la responsabilidad civil por hechos propios y el 1903, en su primera redacción, de la responsabilidad de un sujeto por hechos ajenos: los padres respecto de los actos de sus hijos menores, los empleadores respecto de los de sus empleados, los maestros respecto de sus alumnos, pero no el Estado respecto de sus autoridades y funcionarios puesto que esa responsabilidad por actos ajenos quedaba limitada al improbable supuesto de que aquél actuara «por mediación de un agente especial»; no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario, en cuyo caso –continuaba diciendo el precepto– «será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior», o sea, la responsabilidad por actos propios. ¿Propios de quién? Si se hubiera considerado la aplicación de un concepto consolidado, el de la relación orgánica que vincula al funcionario con la Administración en virtud de la cual su actuación se imputa sin dificultad a esa misma Administración, la remisión al artículo 1902 hubiera conducido a la introducción de la responsabilidad de la Administración; responsabilidad subjetiva, sí, por culpa o negligencia, pero responsabilidad directa. Sin embargo, la remisión al 1902 se interpretó como remisión al régimen de la responsabilidad por actos propios… del funcionario. Se llegó, pues, a la conclusión de que el Estado no respondía; lo hacía el funcionario hasta el punto de que unos años después la llamada Ley Maura-Silvela de 5 de abril de 1904 confirmó formalmente esa conclusión abordando los aspectos concretos de la misma. He ahí, por lo demás, un ejemplo de la importancia de los conceptos y de su adecuada comprensión –en el caso considerado el de la relación orgánica– para hacer derivar de ellos conclusiones

correctas, lo que no fue el caso entonces, perdiéndose así la ocasión de haber roto tempranamente el viejo proverbio de que el rey (el Estado) no puede equivocarse y, por tanto, tampoco responder[6].

La Constitución de 1931 tenía un precepto, el artículo 41, que hablaba de la responsabilidad subsidiaria del Estado «si el funcionario público en el ejercicio de su cargo infringe sus deberes con perjuicio de tercero». Era un pequeño paso, pero los detalles quedaban remitidos a una ley que nunca se aprobó.

La Ley de Régimen Local de 1950 supuso un gran avance: previó la responsabilidad directa de la entidad local si el daño se había producido sin culpa del funcionario que hubiera infringido una ley; responsabilidad que sería subsidiaria en otro caso.

Es ya el momento del gran cambio que tiene lugar en 1954, en el artículo 121 de la (en lo demás) aún vigente ley de expropiación forzosa que inaugura el sistema vigente, separado y al margen del Código Civil, a partir del que realizaré de inmediato algunas reflexiones.

Pero antes hay que citar una ley poco conocida y nada o apenas nada citada que, hasta donde se me alcanza, es la primera vez en la que se habla expresamente de la responsabilidad objetiva. Me refiero a la Ley de 31 de diciembre de 1945 (recién repuestas las Cortes en 1942, por más que, como es obvio, no fueran unas Cortes democráticas). La citada ley llevaba por rótulo toda una descripción: Ley «por la que se establece indemnización cuando las Fuerzas militares o de Orden público, con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio, produjesen la muerte o incapacidad para el trabajo de alguna persona». Tenía un preámbulo o exposición de motivos realmente sorprendente. Decía así:

> «La concepción objetiva de la responsabilidad sin culpa, sobre la base de la teoría del riesgo o de la igual repartición de cargas, bien fundamentada en la doctrina moderna, va abriéndose paso difícilmente en la legislación de todos los países. El triunfo de esta concepción haría responsable al Estado en gran número de casos de la actuación de sus órganos. Pero en los que más claramente se muestran las razones de equidad y de justicia, que imponen la adecuada compensación o indemnización a cargo del Estado, son los casos de muerte o lesiones causadas por las Fuerzas militares con ocasión del uso reglamentario de las armas o del desempeño de sus funciones, aun ejercidas con el tacto y la prudencia adecuados a las circunstancias en que se desarrolle su actuación».

[6] Me refiero al viejo dicho inglés, fundamento de la irresponsabilidad de la Corona, esto es, del Estado o la Administración: *The King can do no wrong*.

El centro de gravedad de la norma está en la actuación correcta (legal) de las fuerzas de orden público porque si fuera una actuación incorrecta (ilegal) la cuestión no sería ya una cuestión de responsabilidad «objetiva» sino de responsabilidad con culpa, lo que, en ausencia de previsión en contrario, derivaría en aquel tiempo la cuestión a la responsabilidad personal. Cuándo las fuerzas del orden pueden usar la fuerza física y, sobre todo, las armas de fuego es algo que hoy se contempla en el artículo 5.2.d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero en 1945 no existía obviamente esa ley, de modo que, en el contexto del régimen político del momento, lo normal sería que se entendiera que el uso de las armas era las más de las veces un uso correcto por ejercerse «con el tacto y prudencia adecuados». Y en ese caso, sí, el daño colateral sufrido por una persona del todo ajena a la razón por la que la policía usó el arma sería un supuesto de responsabilidad objetiva. Como ese uso «correcto», ese –diríamos hoy– «funcionamiento normal» era entonces potencialmente más amplio y frecuente que ahora (cuando el uso de la fuerza está legalmente tasado), en teoría, los supuestos de aplicación de la citada ley podrían ser también más amplios. ¿Lo fueron? Lo ignoro y no me constan datos en el tiempo al que la norma se refiere y habida cuenta también de las limitaciones que entonces tenía la jurisdicción contencioso-administrativa reducida a casi la nada por la Ley de 18 de marzo de 1944 en los limitados términos de la Ley de 1888-1894 después de haber sido suprimida en el ámbito de la Administración central en 1938. Ello, no obstante, la Ley de 1945 debe mencionarse como antecedente, al menos formal, porque en sí misma, despojada del contexto, sí es un supuesto claro de responsabilidad objetiva.

6. Al margen, pues, de algunos antecedentes discutibles, la situación en 1954 era la de la práctica irresponsabilidad de la Administración del Estado. Es la Ley de Expropiación, de 16 de diciembre de 1954, la que efectúa un cambio radical e inaugura el sistema vigente. Se ha escrito mucho acerca del porqué de una regulación sobre la responsabilidad en una ley expropiatoria. Hay varias explicaciones (desde la casualidad hasta la tesis que sostiene la cercanía de ambas instituciones que se diferenciarían en la voluntariedad o no del daño producido). Lo cierto es que primero la citada ley de expropiación y poco después la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 inauguraron un sistema de responsabilidad de la Administración al margen del común contenido en el Código Civil; un sistema que tiene las notas antes enumeradas entre las que destaca como característica principal que no excluye la responsabilidad objetiva. Es a ese sistema al que se refiere la Constitución (art. 106.1) que, no obstante, remite su concreción a la ley. Esa ley fue primero la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que sustituyó a la Ley de Régimen Jurídico de 1957, y que fue a su vez sustituida en sus aspectos sustantivos por la ya

citada Ley 40/2015, y en los procedimentales por la Ley 39/2015, que son las normas vigentes en la actualidad.

Bajo la cobertura de todas esas normas se ha movido y se mueve la jurisprudencia que ofrece un enorme casuismo y ha evolucionado desde las frecuentes desestimaciones del principio a las más habituales condenas de la actualidad. Una jurisprudencia que ha llevado el principio de responsabilidad a numerosos sectores, sobre todo en el ámbito del llamado funcionamiento anormal de los servicios públicos, o sea, el tradicional supuesto más habitual de la responsabilidad con culpa, ya sea personal del funcionario, ya sea anónima y ajena a él.

7. Como dije más atrás, el problema principal en esos casos de funcionamiento anormal será justamente identificar la culpa, es decir, identificar cuándo se ha producido ese funcionamiento anormal. Se trata siempre de una comparación con el funcionamiento (normal) previsto: esto es, el apasionante mundo de los estándares de calidad, de los protocolos, incluso de los procedimientos. Mundo apasionante, digo, porque es donde el Derecho sirve para evitar el capricho, la actuación improvisada o simplemente autoritaria. Y entonces la cita de Benjamin Constant, considerado el padre del liberalismo político, es obligada porque, como él mismo dijo, «lo que preserva de la arbitrariedad es la observancia de las formas». O sea, el procedimiento, la pauta, el protocolo.

Así, pues, si la mayoría de los casos de responsabilidad son supuestos de funcionamiento anormal o sea de responsabilidad subjetiva, los estándares son el referente de ese buen funcionamiento. Es la lex artis de la ciencia; pero también las llamadas cartas de servicios como documentos de autovinculación aprobados teniendo en cuenta las circunstancias de todo tipo (económicas, orográficas, de población, de medios…) de cada tiempo y de cada lugar. Las cartas de servicios, los protocolos o los reglamentos de funcionamiento de cada servicio podrán prever el tiempo máximo concreto que pueden tardar en llegar los servicios de urgencia después de una llamada para considerarlo un funcionamiento normal. Pueden contemplar cuestiones más elementales pero importantes por cotidianas y que afectan de verdad a las gentes: cuántos socorristas hay que tener, cuántas veces hay que limpiar las alcantarillas, de cuántos medios materiales hay que disponer en un almacén de cara a una nevada o incluso una pandemia… Definir esos estándares debe ser tarea de la ley o de la propia Administración en función, como he dicho, de las circunstancias científicas y económicas de cada momento. Porque si esos referentes no existen, será el juez quien, discrecionalmente, definirá el funcionamiento normal colocándolo o muy alto (lo que amplía la responsabilidad porque por debajo todo será funcionamiento anormal) o muy bajo (lo que reduce la responsabilidad porque solo lo que esté por debajo de ese estándar mínimo será funcionamiento anormal).

8. Mucho más complicado es identificar los supuestos de responsabilidad objetiva. Obviamente no pueden fundarse en ese criterio todas las lesiones y daños producidos por la Administración porque, si no, sobraría la discusión acerca de los estándares y el buen funcionamiento. Siempre habría responsabilidad, lo que no puede aceptarse.

Identificar esos supuestos de responsabilidad objetiva no es algo fácilmente entendible desde las pautas culturales de nuestro imaginario colectivo. Esas pautas culturales hunden sus raíces en la cultura judeocristiana que parte de la idea de culpa y que se observa bien en el mundo de la cultura religiosa. Es la idea del pecado, la idea de la culpa por violar o desconocer unas determinadas pautas de conducta (civil o religiosa) y que será mayor o menor en función de la gravedad de la infracción (pecados mortales versus pecados veniales en la tradición católica). Y sobre esa idea de la culpa se monta también la culpa personal y privada en la vida social. Pero desde esa misma cultura y precisamente por ello cuesta mucho admitir en términos racionales que alguien deba responder sin, digamos, haber pecado, sin haber incurrido en falta. Por eso –más allá de las creencias– cuesta trabajo asumir y entender la misma idea del pecado original que supone nacer con una tara que hay que «limpiar» sin que hubiera habido culpa. En el fondo es lo mismo o algo muy parecido a la responsabilidad objetiva que implica responder por algo que no se ha hecho mal, que se ha hecho correctamente, es decir, que se ha hecho «sin culpa».

Pero la ley, como sabemos, no excluye esta responsabilidad, aunque, como también he defendido, no se pueden basar en ella todos los supuestos indemnizatorios. De modo que, como la ley no excluye la responsabilidad objetiva, hay que tratar de buscar su fundamento.

9. Llegados a este punto, hay que volver a una idea a la que me refería al principio: preguntarse por la función de la responsabilidad. Pues bien, como ya he apuntado en algún momento, esa función no es unívoca porque puede cumplir y cumple, a mi juicio, varias funciones. Al menos, las siguientes:

a) La responsabilidad es siempre un *mecanismo de garantía* del dañado porque trata de reparar un perjuicio imputable a la actividad o inactividad de una Administración.

b) Pero en el ámbito público la responsabilidad es o puede ser también *un medio de control* al servicio del principio constitucional de la eficacia (porque tiene un papel pedagógico y enseña a cómo debe actuar la Administración para evitar un daño y no ser condenada a indemnizar por ello, por su funcionamiento anormal).

c) La responsabilidad puede ser excepcionalmente, en ocasiones, *un seguro de daños relevantes* derivados de la acción administrativa, aunque esa actividad sea correcta.

d) Y, finalmente, la responsabilidad puede ser también *el precio de algunas políticas públicas* perfectamente legales y legítimas, pero que pueden causar daños a derechos preexistentes consolidados y que, por eso, el dañado no tiene por qué soportarlos.

Así, pues, *garantía, control, seguro y precio* son las posibles funciones de la responsabilidad, aunque no coincidan necesariamente en todos los casos. Pero solo en los dos últimos casos (la responsabilidad como seguro y como precio) cabe poder hablar de responsabilidad objetiva. ¿Cuándo y cómo sucede eso? Veámoslo.

10. La responsabilidad es, en primer lugar, una *garantía* porque repara un perjuicio. Pero es también un *instrumento de control* para evitar daños futuros, de manera que juega un papel pedagógico en cómo se debe actuar bien. En esos casos viene a ser, como digo, un instrumento al servicio de la eficacia que guarda cierta semejanza con los controles de calidad que suelen implementar las empresas al fabricar un producto.

La responsabilidad puede ser también un *seguro* (de cobertura de ciertos riesgos relevantes, que hay que identificar). Y a veces, es el *precio* de actuaciones administrativas correctas que causan daños a derechos preexistentes, lo que coloca a la institución resarcitoria en el borde de la expropiación. Pero en esos casos hay que identificar «qué derecho queda afectado», o sea, qué se lesiona, qué se «expropia».

11. En las dos primeras funciones se trata de verificar el buen funcionamiento de la Administración. Y, como ya he dicho, esa verificación la hará el juez, aunque para ello debería tener el referente de lo que en cada caso se entiende por «funcionamiento normal»; una tarea que debería corresponder a los estándares, reglamentaciones y cartas de servicio aprobadas previamente por la Administración y que deben considerar las circunstancias y condicionantes de cada momento, es decir, tener en cuenta tanto lo que se quiere (la voluntad política) como lo que se puede (los condicionantes económicos). Ese referente previo a efectos comparativos es importante porque, como ya dije, en su ausencia el resultado puede ser muy dispar y a veces también irreal.

Pero la responsabilidad (aunque como excepción) puede ser el precio de algunas políticas perfectamente legítimas o el *seguro* de ciertos riesgos relevantes. Los únicos supuestos, a mi juicio, de responsabilidad objetiva, que metodológicamente podrán analizarse caso a caso, pero sólo una vez descartado el funcionamiento anormal de los servicios causantes del daño.

La responsabilidad puede ser, en efecto, el *precio* de políticas legítimas que, no obstante su legalidad y licitud, pueden producir daños a derechos consolidados de los ciudadanos. Esa función donde mejor se observa es el ámbito urbanístico. En el proceso urbanístico, como se sabe, el propietario va consolidando derechos secuenciales

a medida que cumple ciertos deberes en los términos previstos en el planeamiento: primero, el derecho a urbanizar, luego, conseguida la licencia, el derecho a edificar y, finalmente, el derecho a la edificación. A lo largo de ese proceso, el plan puede cambiar legítimamente y afectar frontalmente a esos derechos. Si el particular no ha consolidado aún el derecho a lo edificado, pero sí los derechos preexistentes de la ciudad «escalera», decimos que hay *responsabilidad* («supuestos indemnizatorios», dice el artículo 48 del RD Legislativo 7/2015, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo). Pero si se ha consolidado el derecho a la edificación y el edificio está ya construido, hablamos de *expropiación*. Una circunstancia en la que se ve así bien la cercanía de ambos conceptos a los que más atrás me refería al hablar de la primera regulación moderna de la responsabilidad en 1954. La responsabilidad incide aquí, como una expropiación o cuasiexpropiación de derechos consolidados. Pero ¿qué derecho se «expropia» cuando, por ejemplo, la Administración sanitaria causa un daño, pese a haber actuado bien? ¿Hay verdaderamente un derecho a la salud (a no estar enfermo) o, más bien, la expresión que utiliza la Constitución se refiere al derecho a acceder al tratamiento pertinente? Y si el daño surge o se mantiene tras un tratamiento o una operación efectuados correctamente, siguiendo en todo la l*ex artis* y, además, sin coste alguno para el paciente, ¿se puede hablar de responsabilidad? ¿Es razonable ahí la responsabilidad objetiva? No parece. De ahí que en la responsabilidad sanitaria se suela acudir a la cuestión de la *lex artis,* o sea, a la subjetividad.

Y es que si decimos que la responsabilidad objetiva se justifica como el precio a la afección –incluso legítima– de un derecho, hay que encontrar ese derecho. Y eso hoy por hoy es difícil en la mayoría de los casos más allá de algunos supuestos concretos como, por ejemplo, el derecho a la vida (en el caso de la muerte producida como daño colateral a una actividad legítima), el derecho de propiedad (cuando actúan, por ejemplo, los bomberos y causan un daño al vecino de un incendio que sofocan correctamente a tiempo) o los derechos mencionados en el ámbito de la actividad urbanística.

El otro posible supuesto de responsabilidad sin culpa apunta a la idea de un *seguro* de ciertos riesgos, no de todos.

La teoría del riesgo se basa en la idea de asumir voluntariamente situaciones potencialmente peligrosas con la esperanza de obtener un beneficio. El riesgo puede producir daños y esos daños se pueden evitar o minorar bien no llevando a cabo la actividad que los puede producir, bien asegurándola previamente.

Esta función de la responsabilidad como seguro no puede ser el fundamento general de la institución, que actuaría así como un seguro universal ilimitado. Pero sí está en la base de algunos daños imprevistos. Y ¿qué riesgos serían esos? Lo mejor sería que los daños excepcionales que no se está obligado a soportar estuvieran

contemplados en la ley. Pero eso es excepcional y normalmente no está dicho. De modo que es el juez quien debe pronunciarse acerca de la excepcionalidad del riego indemnizable y la gravedad del perjuicio. Y aunque el casuismo es aquí inevitable, no se puede decir que haya una doctrina consolidada en forma de parámetros o principios referenciales a partir de criterios generales como puede ser el parámetro de la desigualdad y de los daños que afecten discriminadamente a unos ciudadanos más que a otros.

Ahora bien, la ley puede excluir la antijuridicidad; es decir, puede excluir expresamente la responsabilidad por riesgo. Salvando las distancias, sería algo parecido a cuando los particulares consienten riesgos y excluyen responsabilidades antes de cualquier intervención médica invasiva (firmando previamente el llamado «consentimiento informado»). Ese consentimiento lo puede contemplar el legislador en ciertos casos, en leyes específicas, excluyendo preventivamente potenciales supuestos. Es lo que hizo primero la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992 y mantiene ahora la Ley 40/2015 en su artículo 34 excluyendo que se pueda hablar de lesión, esto es, de antijuridicidad, en el caso de algunos riesgos del progreso, en concreto –dice– de daños derivados de hechos «que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes». Hay daño, es imputable a la Administración, pero ese daño no lo cubre el «seguro» público porque no es antijurídico, porque la propia ley dice que no hay lesión. No es el único supuesto, aunque sí el más cercano.

12. Así, pues, la Administración responde cuando haya habido culpa o negligencia y también, aunque no la haya habido, en algunos supuestos en los que ha sido afectado un derecho o se ha producido un daño derivado de una actividad de riesgo relevante no asumido. Por tanto, en puridad, *no debería poder decirse que nuestro sistema es un sistema de responsabilidad objetiva,* sino más bien *un sistema mayoritariamente subjetivo que no excluye, por excepción, algunos casos de responsabilidad objetiva.*

Por eso cabe, a mi juicio, criticar la STC 112/2018, de 17 de octubre, y estar más de acuerdo con los votos particulares que la acompañaron. En esa sentencia el Tribunal Constitucional vino a constitucionalizar el modelo concreto de la legislación existente (lo que significa, como dice un voto particular, petrificar el ordenamiento a pesar de que el artículo 106 remite genéricamente a «la» ley, presente o futura) y afirma que esa ley consolida un sistema de responsabilidad objetiva (lo que, por lo que se ha dicho, debería ser matizado). Una interpretación tan estricta supone —dice el voto particular— una remisión «hacia atrás», ignorando, además, que *no todo el mundo está de acuerdo en que se pueda afirmar, sin matices, que el sistema actual sea todo él un sistema de responsabilidad objetiva.*

13. Vamos ya terminando. Lo que les quería añadir, para finalizar, es que la responsabilidad no es solo una cuestión técnica. Como he sugerido, se trata de una institución que apunta a las dimensiones del Estado, a las pautas de calidad de los servicios, al buen funcionamiento (eso que ahora se llama «la buena administración»). Aporta también elementos de reflexión acerca del equilibrio necesario entre el sistema jurídico, las posibilidades de gestión y el modelo económico y financiero. Por cierto, que, dicho sea entre paréntesis, nadie sabe con exactitud el coste real global del sistema considerando todas las Administraciones y todos los momentos en que se asume la responsabilidad (cuando se acepta la petición, cuando se estima un recurso administrativo y cuando hay condena judicial).

Así pues, la responsabilidad aporta elementos de reflexión de muy variada índole. De ahí su significado central en la concepción constitucional de la Administración. Por eso decía Hauriou, hace más de cien años, que el contencioso y la responsabilidad son los dos pilares del Derecho Administrativo. Por eso cabe añadir también que a ese respecto no hay, en puridad, un Derecho Administrativo de izquierdas o de derechas. Podrá haber políticas legislativas de uno u otro signo, pero el Derecho Administrativo en cuanto tal es hijo del liberalismo en el sentido de estar (como quería Hauriou) al servicio del principio de legalidad y del principio de indemnidad. Y en ambos casos, como elemento de ponderación final y de control, surge la figura del principal protagonista: el juez de lo contencioso, cuya selección, formación y especialización se convierten así en cuestiones neurálgicas de todo el sistema.

Por tanto, al reflexionar sobre la responsabilidad, estamos apuntando a una concepción del Derecho que va más allá del simple juego de la interpretación formal. Incorpora debates más profundos sobre la relación entre el Estado y la sociedad y también sobre la coherencia del sistema social, económico y cultural con el modelo jurídico. Hay, pues, en todo sistema de responsabilidad, elementos políticos subyacentes para introducir la idea de eficacia, pero también la de coherencia y no pedir al Estado acciones contradictorias. Por ejemplo, exigir que se abstenga de controlar y, al mismo tiempo, reclamar responsabilidad cuando se producen daños derivados de esa inactividad; criticar el gasto en prevención y reclamar por insuficiencia de ese gasto cuando se produce el evento dañoso…

Es, además, un campo abonado también para la reflexión sobre la responsabilidad individual. Un filósofo francés de mi generación (Pascal Bruckner) se ha referido a esta cuestión que ha denominado «la tentación de la inocencia». La tentación de la inocencia –dice– supone endosar la reparación de todos los males a un «tótem» estatal poderoso y malvado al mismo tiempo que se reclama el repliegue global de dicho Estado. Es una enfermedad de algunas sociedades en las que la conciencia de lo público como algo propio y, por tanto, de todos, todavía no ha calado del todo.

Es –añade– «esa enfermedad del individualismo que consiste en tratar de escapar de las consecuencias de los propios actos; un intento de gozar de los beneficios de la libertad sin sufrir ninguno de sus inconvenientes». Una enfermedad que conduce a la victimización (todos son culpables…menos yo); un fenómeno social, por cierto, bien actual y que se proyecta en muchas y variadas direcciones. Pero un fenómeno social que tiene que ver también con el Derecho en la medida en que éste desvela los valores de una sociedad dada en un momento dado. Y demuestra que, más allá de normas, preceptos y sentencias, el Derecho como ciencia social propicia plantearse todo este tipo de preguntas, algunas de las cuales no tienen una respuesta cerrada y bien precisa. Pero unas preguntas necesarias, que nos introducen en el sentido más profundo del Derecho como valor social. Un Derecho que luego se transformará en instrumentos, conceptos y técnicas concretas como los que analizarán otros ponentes en estas mismas Jornadas.

Sevilla, a 26 de junio de 2025

El comienzo del plazo de prescripción para reclamar los daños causados por la Administración*

Determination of the *dies a quo* for claiming damages caused by the public administration

Tomás Cano Campos

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Complutense de Madrid

ORCID: 0000-0003-2268-968

RESUMEN: El criterio para determinar el comienzo del plazo de prescripción para reclamar los daños causados por la Administración tiene una enorme relevancia práctica y resulta esencial para organizar adecuadamente el régimen jurídico de la prescripción extintiva o liberatoria. El presente trabajo destaca la importancia del tema, analiza su deficiente regulación en la legislación de procedimiento administrativo común y aboga por la necesidad de establecer una regulación más clara que adopte expresamente el criterio subjetivo o del conocimiento tanto de los hechos que fundamentan la pretensión resarcitoria como de la Administración responsable del daño.

ABSTRACT: The criterion for determining the *dies a quo* for claiming damages caused by the public administration is of enormous practical relevance and essential for properly organizing the legal system of prescription of actions for claiming damages. This paper highlights the importance of this issue, analyzes its deficient regulation in common administrative procedure legislation, and advocates the need for clearer regulations that expressly adopt the subjective criterion or the criterion of knowledge of the facts that support the claim for compensation and of the Administration liable for the damage.

* Grupo de Investigación número 931089 de la Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derecho Europeo de Integración regional de la Universidad Complutense de Madrid (IDEIR). El presente texto es una ampliación de la ponencia defendida en la IV Jornada de la Revista Andaluza de Administración Pública «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los días 26 y 27 de junio de 2025, así como una actualización (resumida) de otro trabajo anterior publicado, con un título parecido, en la *Revista de Administración Pública* nº 2010, 2019, pp. 175-216.

Recibido: 18-09-2025

Aceptado: 31-10-2025

PALABRAS CLAVE**:** responsabilidad patrimonial de la Administración, prescripción, pretensión resarcitoria, *dies a quo*, *actio nata*

KEY WORDS: Public administration liability, prescription, compensation claim, *dies a quo, actio nata.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. - II. LAS REGLAS SOBRE EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA RECLAMAR LOS DAÑOS EXTRACONTRACTUALES EN LA LPAC. - III. PRIMERA REGLA: LA PRODUCCIÓN DEL HECHO O LA MANIFESTACIÓN DE SU EFECTO LESIVO. - IV: SEGUNDA REGLA: EL *DIES A QUO* EN LOS DAÑOS CORPORALES (Y MATERIALES) CONTINUADOS: 1. La distinción entre daños permanentes y daños continuados. - 2. Daños inmediatos y daños diferidos. - 3. Los daños sobrevenidos: daños posteriores nuevos o agravación de los daños ya indemnizados. - V. TERCERA REGLA: EL COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO EN LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA ANULACIÓN DE ACTOS O DISPOSICIONES GENERALES. VI. LA RECURRENTE INVOCACIÓN DE LA *ACTIO NATA*: La vinculación de las reglas de la LPAC a la teoría de la *actio nata*. - 2. La absurda invocación de la *actio nata* en los daños de carácter continuado. - VII. LOS REQUISITOS PARA QUE COMIENCE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: LA POSIBILIDAD DE EJERCER LA PRETENSIÓN Y EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS QUE LA FUNDAMENTAN: 1. El nacimiento de la pretensión resarcitoria y la posibilidad de su ejercicio. - 2. El conocimiento de los hechos que fundamentan la pretensión y de la Administración responsable. - VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La LPAC establece un plazo de prescripción de un año para reclamar los daños causados por la Administración. Con el establecimiento de un plazo de prescripción se trata de evitar que el deudor esté expuesto indefinidamente a que el acreedor ejercite su derecho contra él. En nuestro caso, se trata de impedir que los particulares puedan reclamar en cualquier momento a la Administración por los daños que les ha causado[1].

[1] Con la prescripción extintiva (o liberatoria) se trata de garantizar la paz jurídica ya que pone un límite a la litigiosidad al impedir el ejercicio de pretensiones antiguas. Por todos, DÍEZ-PICAZO L. (2007: 36) (2014:34), En sentido similar, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004:19).

Para que la prescripción, como cualquier institución, pueda cumplir su función, es preciso que consiga un adecuado equilibrio entre los diversos intereses concurrentes y, sobre todo, que su regulación sea clara, sencilla y coherente. La regulación actual de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en la LPAC (como antes en la Ley 30/1992) no cumple ninguno de estos requisitos. Por ejemplo, no precisa si la prescripción se puede apreciar de oficio o si cabe la renuncia a la prescripción ganada. Tampoco determina en qué supuestos se interrumpe el plazo de prescripción ni si hay o no supuestos de suspensión. Entre sus deficiencias también destaca la relativa a la determinación del inicio del cómputo del plazo. Conviene precisar que, aunque el criterio para establecer el comienzo del plazo de prescripción aparenta ser un tema menor, en realidad constituye un elemento de una enorme relevancia práctica (en muchos procedimientos y procesos es el *thema decidendi* principal) y resulta una de las claves para organizar adecuadamente el régimen jurídico de la prescripción tanto en los daños extracontractuales como contractuales[2].

La LPAC contempla una pluralidad de reglas deficientes e incompletas sobre el comienzo del plazo de prescripción de un año que establece. Deficientes, porque algunas de tales reglas únicamente se refieren a los daños corporales cuando deberían referirse también a los de carácter material o patrimonial. Incompletas, porque en ocasiones se centran en el hecho lesivo cuando lo importante, como todo lo relacionado con la responsabilidad extracontractual, es la manifestación del daño y el conocimiento de su alcance.

Las reglas que establece dicha Ley, además, parecen derivarse de la teoría de la *actio nata*, según la cual el plazo de prescripción sólo comienza a correr cuando ha nacido la acción (*actio nondum natae non praescribitur*). Esta teoría, que se invoca de forma recurrente y tópica, se ha convertido en una cláusula de estilo de la que parecen derivar todas las demás reglas, pero, como se verá, se trata de una teoría parcial, superada y, en ocasiones, hasta mal invocada.

El esquema que voy a seguir para sostener tales afirmaciones es el siguiente. En primer lugar, analizaré las diversas reglas sobre el inicio del plazo de prescripción contenidas en la LPAC. Después me referiré al significado de la *actio nata*, su constante invocación y algunas de las incoherencias en las que se incurre al hacerlo. Concluiré subrayando los requisitos que realmente deben concurrir para que comience el plazo de prescripción de la pretensión resarcitoria y la necesidad de que se recojan

[2] Lógicamente, cuanto más largo es el plazo de prescripción menos importancia tiene el criterio utilizado para la determinación del *dies a quo*. Veáse ZIMMERMANN, R. (2008: 147); MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 31, 53).

expresamente en la Ley[3]. No me ocuparé, sin embargo, ya que es algo distinto, del derecho a exigir el pago de la indemnización reconocida por acto administrativo o sentencia firme. Aquí estamos ante una obligación de la Administración líquida y reconocida, cuyo plazo de prescripción es de 4 años a contar desde la fecha de su reconocimiento [art. 25.1.b) de la LGP].

II. LAS REGLAS SOBRE EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA RECLAMAR LOS DAÑOS EXTRACONTRACTUALES EN LA LPAC

Tanto la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 fijaban el inicio del plazo de prescripción (aunque esta última hablaba de caducidad) para reclamar los daños causados por la Administración en la producción del hecho lesivo[4].

Esta regla fue mantenida parcialmente por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, siguiendo a la jurisprudencia, introdujo algunas matizaciones o reglas especiales, que también ha mantenido la actual regulación[5].

En la actualidad, el art. 67.1 de la LPAC dispone en su párrafo 1º que:

---

[3] Utilizaré el término *pretensión* (entendida como el derecho subjetivo o facultad de exigir a otro una acción u omisión) en vez del procesal de *acción* (derecho de acceso a los Tribunales para recabar la tutela de un derecho o interés o del mero respeto de la legalidad en el caso de las acciones populares), porque la idea hoy claramente dominante es que el objeto de la prescripción extintiva es la pretensión y, por lo tanto, es una institución de naturaleza material y no procesal. No obstante, en el apartado relativo a la teoría de la *actio nata* utilizaré también el término acción. La *propuesta de Código Civil de 2018*, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, establece en su art. 611-1 (que lleva precisamente como rótulo «La pretensión, objeto de la prescripción») que: «La pretensión, entendida como el derecho a reclamar de otro una acción u omisión, prescribe tras la expiración del plazo previsto legal o convencionalmente». En la doctrina, véase F. PANTALEÓN PRIETO, F. (1995): «objeto de la prescripción son las pretensiones. La pretensión se define como la facultad de exigir de otro una acción u omisión […] los derechos de créditos son pretensiones. No lo son, en cambio, los derechos absolutos; de la violación de los derechos absolutos nacen pretensiones. Los derechos absolutos no prescriben. Son sólo las pretensiones nacidas de su violación las que se encuentran sujetas a prescripción, la producción de la cual no afecta al derecho absoluto de que se trata» (pp. 5008-5009).

[4] El art. 122.2 de la primera disponía que: «*El derecho a reclamar prescribe al año del hecho que lo motivó*», mientras que el artículo 40.3 de la segunda señalaba que «*el derecho a reclamar caducará al año del hecho que motive la indemnización*».

[5] Su art. 142.5 establecía lo siguiente: «*En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*».

«*Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad cuando no haya prescrito su derecho a reclamar*»[6].

Y establece estas dos reglas para determinar cuándo comienza a correr el plazo de prescripción de un año que establece:

«*El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo comenzará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*».

El párrafo 2.º del propio art. 67.1 establece una tercera regla para la determinación del *dies a quo*:

«*En los casos en los que proceda reconocer el 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*»[7].

Se trata de reglas bien conocidas y de cuya aplicación práctica contamos con numerosísimos ejemplos en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos. Pero, como ya he adelantado, son reglas técnicamente deficientes, ya que no recogen adecuadamente los requisitos que realmente deben concurrir para que comience a correr el plazo de prescripción de la pretensión resarcitoria. Para demostrarlo conviene analizar con cierto detenimiento cada una de tales reglas.

III. PRIMERA REGLA: LA PRODUCCIÓN DEL HECHO O LA MANIFESTACIÓN DE SU EFECTO LESIVO

La primera regla que contempla el art. 67.1. 1º de la LPAC, como se acaba de señalar, establece que la pretensión resarcitoria prescribe al año de «*producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse el efecto lesivo*». Esta regla parece referirse únicamente a los daños materiales o patrimoniales, pues el siguiente inciso de ese mismo párrafo establece una segunda regla para los daños personales o no patrimo-

[6] La redacción de este apartado es incorrecta porque, en rigor, los interesados no solicitan la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial ya que lo inicia la presentación misma de su solicitud.

[7] El párrafo 3º del art. 67.1 establece una cuarta regla para los daños derivados de las leyes declaradas inválidas, en cuyo caso el plazo prescribe al año de la publicación oficial de la sentencia del TC o del TJUE que declara la invalidez. Pero no me ocuparé de ella por la similitud que guarda con la regla del art. 67.1. 2ª y porque, en tales casos, los daños no los causa la Administración.

niales, cuyo plazo comenzaría a correr «*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*»[8]. Pero, como veremos, estas dos reglas se aplican a ambos tipos de daños.

El precepto habla de hecho lesivo y de acto que motiva la indemnización. Cuando los daños deriven de un acto administrativo, esta primera regla se aplicaría únicamente a aquellos que no han sido anulados, pues el art. 67.1. 2º establece una regla especial (la tercera) para los actos anulados. Por ejemplo, encajaría en esta primera regla la denegación conforme a derecho de un acto favorable contrario a un comportamiento previo de la Administración que ha generado en el particular la confianza legítima de que su contenido sería otro y ello le ha causado un daño. La Administración vulnera y defrauda lícitamente la confianza que había generado en el particular, pero tiene que indemnizar los gastos que éste ha realizado en la creencia de que la actuación previa de la Administración era correcta[9]. En realidad, en estos casos, el daño no lo causa el acto legal de la Administración sino su actuación previa y errónea que generó la confianza en el particular, aunque el efecto lesivo sólo se manifiesta, y el particular sólo lo conoce, cuando la confianza que la Administración generó con esa previa actuación se ve defraudada con el acto posterior conforme a derecho que se aparta de ella. Lo que se resarce en este caso no es la pérdida de la ganancia esperada (interés positivo), sino los daños derivados de los actos de disposición que habrían dejado de realizarse (gastos e inversiones) o se habrían realizado (ganancias derivadas de una empresa alternativa) si el perjudicado hubiera sabido desde el principio que no obtendría la ventaja (el denominado interés negativo)[10].

---

[8] Los daños materiales o patrimoniales son aquellos que afectan a un bien de índole económica, mientras que los personales o no patrimoniales son los que inciden en los diversos bienes de la personalidad. Dentro de estos últimos se distinguen los daños corporales, que afectan al cuerpo de la persona (vida e integridad psicofísica) de los daños que afectan a los bienes extracorpóreos (dignidad, libertad, honor, intimidad, imagen, creatividad), que suelen denominarse daños morales. Tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales producen consecuencias perjudiciales (perjuicios) que pueden ser de índole personal o de índole patrimonial: el dolor que causa la destrucción del cuadro favorito es una consecuencia extrapatrimonial de un daño material; el lucro cesante causado por unas lesiones impeditivas es una consecuencia patrimonial de un daño corporal. Sobre esto, MEDINA CRESPO, M. (1999: 25-45); MEDINA ALCOZ, L. (2009: 70 y ss.); CANO CAMPOS, T. (2013: 117-118). En la jurisprudencia es muy clarificadora la STS (Sala de lo Civil) de 27 de julio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5866).

[9] Sobre la responsabilidad de la Administración en estos casos por la confianza que previamente ha generado, véase MEDINA ALCOZ, L. (2005: 341 y ss.); DIEZ SASTRE, S. (2012: 263 y ss.).

[10] MEDINA ALCOZ, L. (2009: 399). Sobre los conceptos de interés positivo y negativo, vid. también HUERGO LORA, A. (1998), quien precisa —certeramente— que la distinción entre interés positivo y negativo no coincide con los conceptos de daño emergente y lucro cesante, pues tanto el interés negativo como el positivo incluyen los daños producidos y las ganancias dejadas de obtener, de modo que lo que diferencia a ambas nociones es la situación final en la que se intenta colocar al sujeto: la situación previa a la celebración del contrato en el caso del interés negativo, o la situación equivalente a su ejecución en el caso del positivo (pp. 236-237).

También cabe pensar en actos administrativos dictados de forma lícita por la Administración que causan un sacrificio individualizado a un particular que no tiene el deber de soportar. Por ejemplo, la orden de sacrificio de animales para evitar una epidemia cuando su dueño no es el perturbador[11]. O la correcta adopción de una medida cautelar durante la tramitación de un procedimiento que concluye con la imposición de una sanción posteriormente anulada[12].

Esta primera regla del art. 67.1.1º de la LPAC también distingue entre la producción del hecho o acto lesivo y la manifestación del daño porque en ocasiones no hay simultaneidad entre ellos. Cuando el hecho lesivo y la manifestación del daño coinciden, no hay problema en tomar como *dies a quo* el de la producción del hecho o el dictado del acto, pues se trata de *daños inmediatos* al hecho que los produce. Pero si el daño se manifiesta con posterioridad, hay que estar a la fecha de la aparición del daño ya que se trata de *daños tardíos o diferidos*.

En el caso de hechos lesivos, si el daño es inmediato y no tiene carácter continuado, el *dies a quo* comienza desde la producción del hecho, pero porque en ese momento se manifiesta también el daño de forma definitiva, que es lo verdaderamente relevante a efectos del cómputo del plazo. En el caso de actos administrativos legales que causan un daño inmediato, se ha sostenido que la fecha no es la del momento de ser dictados, como parece apuntar el precepto, ni tampoco la de su notificación, sino la de la firmeza del acto, pues «hasta entonces es susceptible del recurso administrativo y contencioso-administrativo pertinente, a través del cual podrá declararse su legalidad o ilegalidad (lo que podría afectar a la estimación o no de la reclamación misma)»[13]. Pero, si el daño no es inmediato a la producción del hecho o al dictado del acto, hay que estar, como indica la propia regla, a la fecha de la manifestación del daño, lo que en el caso de los actos administrativos puede que no tenga lugar hasta

[11] Si el sujeto que sufre el perjuicio es perturbador, no tiene derecho a indemnización porque tiene el deber de soportar el daño: los perturbadores del orden público deben soportar los perjuicios que la Administración les ocasione al adoptar de medidas legales dirigidas a proteger dicho orden frente a la perturbación, pues tales medidas no hacen más que concretar en un supuesto determinado el deber general de no perturbar la salud. Véase REBOLLO PUIG, M. (1999: 266-267) (2014: 1683 y ss.); G. DOMÉNECH PASCUAL (2011: 15 y ss.).

[12] Es el caso del que se ocupa la SAN de 5 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:AN:2008:4323) que reconoce el derecho a indemnización de los daños derivados del cierre cautelar de una discoteca durante tres años con ocasión de la tramitación de un procedimiento sancionador posteriormente anulado al estimarse un recurso de reposición. Tomo la cita de MEDINA ALCOZ, L. (2009: 102). Mas ejemplos en GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2015: 406-409).

[13] GARCÍA TREVIJANO, E. (1998: 106).

que se proceda a su ejecución material[14]. Si el daño lo produce un reglamento legal, lo que no debe descartarse, se aplicarán estas mismas reglas[15].

La primera regla del art. 67.1.1º de la LPAC no dice qué ocurre cuando los daños materiales son de carácter continuado, esto es, cuando se producen de forma prolongada en el tiempo y todavía no es posible determinar su exacto alcance. La LPAC se ocupa de los *daños continuados* en el inciso siguiente del propio art. 67.1.1º, estableciendo una segunda regla, pero sólo para los daños personales, ignorando que también los materiales pueden ser de ese carácter y que, por tanto, también a ellos se les ha de aplicar la misma regla. Veámosla.

IV. SEGUNDA REGLA: EL *DIES A QUO* EN LOS DAÑOS CORPORALES (Y MATERIALES) CONTINUADOS

El art. 67.1.1º LPAC establece una segunda regla para los daños personales[16]. En el caso de los daños de carácter físico o psíquico, dice dicho precepto: «*el plazo comenzará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*».

[14] La STS de 11 de febrero de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:883) señaló que hay que distinguir entre el acto en sí y sus efectos, que se consuman con su ejecución, por lo que, en el caso del que se ocupa la sentencia, el plazo de prescripción no comienza con el acuerdo municipal ordenando retirar el cartel publicitario, ni con el acuerdo de ejecución subsidiaria, sino con la efectiva retirada del rótulo con la colaboración de los bomberos. En la doctrina, BLASCO ESTEVE, A. (1985: 207 y ss.); GARCÍA TREVIJANO, E. (1998: 108-109); GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2015: 433-434).

[15] La STS de 7 de febrero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:464) establece que la determinación del *dies a quo* debe fijarse en el momento en que la parte conocía que la explotación minera pretendida no era viable en esos terrenos, lo que tiene lugar con la publicación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento aprobadas por el Concejo de Gangas del Narcea que impedían la explotación minera pretendida en suelo urbanizable de especial protección. El recurrente sostenía que esa imposibilidad de la explotación tuvo lugar con posterioridad, cuando el informe de la Comisión de Urbanismo consideró que la explotación minera era un uso prohibido de acuerdo con la clasificación y calificación urbanística del suelo a ocupar. La sentencia también resulta de interés porque admite que la Administración alegue la prescripción en la vía judicial al contestar la demanda a pesar de que no la esgrimió en vía administrativa.

[16] Entre las manifestaciones más importantes de este tipo de daños pueden citarse las lesiones permanentes o secuelas (deficiencias físicas y psíquicas, perjuicios estéticos, pérdida de autonomía personal, imposibilidad de realizar las actividades esenciales de la vida ordinaria), la incapacidad temporal o lesiones temporales (días de baja hospitalaria, días impeditivos o no impeditivos), el daño no patrimonial derivado de la muerte de un familiar, la pérdida del feto, de la posibilidad de tener relaciones sexuales (*ius in corpus*) o de la capacidad de procrear, el daño derivado de la frustración de la planificación familiar llevada a cabo (*wrongful conception* o anticoncepción fallida), el daño derivado de la falta de consentimiento informado en el ámbito sanitario, la lesión de los derechos de la personalidad (nombre, honor, intimidad, propia imagen, creatividad, etc.), el daño producido por la contaminación, etc. En rigor, el daño moral no individualiza una subcategoría de daño, sino que describe, entre los posibles perjuicios no patrimoniales, un tipo de perjuicio constituido por el dolor, la zozobra, el sufrimiento, etc. Véase CANO CAMPOS, T. (2013: 120). Sobre las vicisitudes de esta regla en el caso de los daños corporales, PAVEL, E. V. (2020: 163-178), con abundante bibliografía.

La regla es incompleta cuando menos por dos razones. En primer lugar, porque, desde un punto de vista temporal, no abarca todos los tipos de daños corporales que pueden darse. Solo se refiere a los denominados daños continuados, pero no se ocupa de los daños que pueden aparecer pasado cierto tiempo (daños tardíos) ni tampoco de la agravación de los daños ya indemnizados (daños sobrevenidos). Como se verá, para determinar el inicio del plazo en este tipo de daños (si no son continuados) hay que estar a la regla de la manifestación del efecto lesivo que prevé la regla anterior del propio art. 67.1.1º.

En segundo lugar, es incompleta porque se refiere únicamente a los daños físicos y psíquicos, obviando que también los daños materiales o patrimoniales pueden tener carácter continuado, lo que demuestra que el primer párrafo del art. 67.1 no establece una regla para los daños materiales y otra para los corporales, sino que las dos reglas que contiene se aplican tanto a los daños materiales como a los de carácter personal.

1. La distinción entre daños permanentes y daños continuados

Con relación a los daños corporales, la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos de la Administración han distinguido, a efectos de prescripción, entre *daños permanentes y daños continuados*. La distinción atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse los daños, momento a partir del cual corre el plazo.

Los *daños permanentes* (o duraderos) son aquellos cuyo alcance puede ya determinarse porque se manifiestan de forma definitiva. Son daños determinados o consolidados, de modo que ya no varían por el transcurso del tiempo como consecuencia del hecho lesivo, aunque pueden hacerlo por factores ajenos. Tales daños pueden producirse de forma inmediata tras el hecho lesivo (amputación de una pierna o un brazo) o como consecuencia de la estabilización de daños de carácter continuado (secuelas). El plazo comienza a correr cuando se produce el daño o adquiere el carácter definitivo.

Los *daños continuados*, por el contrario, son aquellos que se prolongan en el tiempo, pero no es posible determinar su exacto alcance hasta que se estabilizan o consolidan y, por tanto, se convierten en permanentes o bien desaparecen. Son daños de producción sucesiva, por lo que no se manifiestan en su totalidad de modo inmediato. Su exacto alcance no puede determinarse mientras se estén causando o continúen produciéndose.

Hay que tener en cuenta que no todos los daños continuados se convierten en permanentes ya que pasado un tiempo pueden desaparecer: por ejemplo, lesiones que se curan y no dejan secuelas; exposiciones temporales al ruido; daños causados por la privación de la libertad durante un tiempo por error judicial o prisión preventiva que

luego termina en absolución por inexistencia del hecho imputado, etc. El plazo sólo comienza a correr cuando el daño se consolida y se torna en definitivo.

El TS ha hecho esta importante precesión acerca de la distinción entre daños permanentes y continuados:

> «*Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al momento a partir del cual pudo valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo. Por eso, para clasificar un daño en una u otra categoría se atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse esos perjuicios […] lo que pretende es dar una respuesta a aquellos casos en los que no es posible valorar todos los perjuicios causados en el momento en que se produce el hecho generador del daño y en los que, por tanto, no puede tomarse esa fecha como "dies a quo" del plazo para reclamar. Y, desde luego, no es una distinción trazada en función «del carácter definitivo o perdurable del daño, pues tanto los daños "continuados" como los "permanentes" tienen esa naturaleza. Quiere ello decir que el hecho de que se prive al propietario de manera definitiva –o cuando menos, indefinida– de un derecho (el derecho a cazar, pescar y explotar la finca de otras formas), y el hecho de que, lógicamente, ese perjuicio se produzca todos los días y todos los años que dure esa situación (en los que no se podrá cazar, pescar, cultivar, etc.), no conlleva, sin más, que el daño sea de carácter "continuado". Lo será si la cuantificación de los daños derivados de esa privación legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la Ley. Pero si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, entonces son daños de los que hemos llamado "permanentes"*»[17].

A propósito de esta distinción conviene hacer algunas precisiones conceptuales. Algunas sentencias, y con ellas muchos consejos consultivos, afirman que los daños permanentes son aquellos en los que «*el acto generador se agota en un momento concreto*»[18]. Esto no es así. Puede haber un daño permanente derivado de una actividad conti-

[17] STS de 10 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:39), que cita la doctrina de otras anteriores. La sentencia se refiere a un supuesto en el que se reclamaba por las pérdidas en los rendimientos agrícolas, cinegéticos, piscícolas, ganaderos y turísticos en unas fincas durante varios años agrícolas como consecuencia de la declaración de unas lagunas como reservas integrales zoológicas por parte de la Ley 2/1987, de 2 de abril, de Andalucía. En el caso analizado, concluye la sentencia, resulta claro que los perjuicios materiales «*podían haberse calculado ya desde un primer momento, de la misma manera que se cuantifica de una sola vez la privación definitiva del derecho de propiedad (o de cualquier otro) en los expedientes de expropiación forzosa, a pesar de que el propietario se ha visto privado de la finca de manera definitiva. La prueba de que este cálculo era posible es que desde aquella declaración legal no ha ocurrido nada que haya modificado un ápice la situación del propietario, o que haya condicionado de un modo u otro los parámetros o criterios que podrían haberse utilizado ya en aquel momento para calcular los perjuicios causados (salvo el transcurso del tiempo, claro, pero esto es inevitable y previsible y, además, consustancial a los daños "permanentes" y a los "continuados", según ha quedado ya suficientemente explicado)*».

[18] SSTS de 30 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7103) y de 31 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1601). Entre las más recientes, SSTS de 4 de febrero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:480) que recuerda otras anteriores.

nuada: por ejemplo, unas filtraciones prolongadas de agua que producen de inmediato la inutilidad o destrucción de la cosa; o unas radiaciones continuadas que dan lugar a lesiones que se estabilizan de inmediato y se convierten en secuelas.

Por su parte, los daños continuados se identificaban inicialmente con los casos en los que la acción dañosa se mantenía en el tiempo, pero también puede haber daños continuados derivados de un hecho instantáneo: administración de un fármaco que causa el deterioro gradual y progresivo de un órgano; contagio por contacto del virus del SIDA, del ébola o de la COVID-19; declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo[19].

En los daños continuados lo determinante —a efectos de prescripción— es que dejen de producirse más daños y que los ya producidos tengan carácter definitivo. Por eso, el *dies a quo* no debe fijarse en la terminación de la actividad continuada si es de este tipo la que produce el daño, pues su cese no siempre supone que dejen de producirse los daños. En ocasiones, en efecto, finaliza la actividad, pero los daños continúan (por ejemplo: ya no estoy expuesto a las radiaciones de una antena, pero sigue el agravamiento de mi salud como consecuencia de ello). Y a la inversa: el hecho lesivo puede continuar, pero los daños son ya permanentes o definitivos (el bar de abajo sigue produciendo ruido, pero he insonorizado totalmente la vivienda y ya no me causa molestias). Lo relevante es el daño y el momento en que se produce o manifiesta su resultado definitivo, no el carácter (instantáneo o duradero) del hecho lesivo que lo produce. Cuando el *dies a quo* se vincula a la finalización de la actividad lesiva, es porque el carácter definitivo del daño depende directamente de dicha actividad, de modo que, finalizada ésta, los daños cesan o se convierten en definitivos, como sucede en materia de competencia desleal o vulneración del derecho al honor.

La distinción teórica entre daños continuados y daños permanentes es pacífica en la doctrina, pero su aplicación práctica requiere una consideración detenida de las circunstancias de cada caso concreto. Lo que no siempre es fácil. Además, en un único supuesto pueden concurrir ambas categorías. La poliomelitis se ha considerado daño permanente[20]; también una parálisis cerebral causada a un recién nacido por sufrimiento fetal agudo por mala praxis[21]. Las enfermedades crónicas también se consideran daños permanentes o duraderos cuando hay un diagnóstico médico de la enfermedad crónica. Sin embargo, la hepatitis C y el SIDA son daños continuados

[19] Sobre este último supuesto, entre otras, STS de 24 de abril de 2024 (ECLI:ES:TS:2025:1780), que considera que el plazo de prescripción para reclamar los daños ocasionados por la declaración del estado de alarma no comienza con la publicación de dicho Real Decreto, sino el día siguiente al fin de la vigencia de la última prórroga del estado de alarma.

[20] STS de 9 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6568).

[21] STS de 28 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2796).

porque su evolución es imprevisible[22]. También la dictitis bacteriana y, en general, las enfermedades evolutivas o progresivas.

Más complejo es el caso de la talidomida, ya que su ingesta durante el embarazo provoca o puede provocar varios tipos de daños: los daños principales aparecidos en el momento del nacimiento constituidos fundamentalmente por malformaciones en las extremidades superiores e inferiores (daños permanentes), daños consecuenciales que se desarrollan a lo largo de la vida como consecuencia de esas malformaciones como artrosis, escoliosis, etc. (son daños tardíos) y, en fin, daños secundarios o tardíos que son secuela de las modificaciones patológicas del sistema nervioso, vascular o muscular[23]. Los afectados reclamaron en 2012 por los primeros y la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid de 19 de noviembre de 2013 consideró que eran daños continuados y que la acción no había prescrito, pero la Audiencia Provincial (sentencia de 13 de octubre de 2014) y el TS (sentencia del Pleno 20 de octubre de 2015) consideraron que esos daños eran permanentes, por lo que la pretensión de reclamarlos había prescrito, sin perjuicio de que en el futuro los afectados pudieran ejercer nuevas pretensiones si se acreditan daños tardíos. La reciente STS de 21 de julio de 2023 (Sala de lo Civil) también se ocupa del tema (con relación a tres perjudicados que no reclamaron en el proceso anterior) y confirma igualmente que la pretensión había prescrito[24].

Como ya se ha adelantado, la distinción entre daños permanentes y continuados no sólo es aplicable a los daños corporales, sino también a los de carácter material o patrimonial, por lo que la regla que estamos analizando debería predicarse de ambos. Algunas sentencias así lo han precisado. El TS ha señalado que las inundaciones sufridas por los chopos de una finca durante varios años por filtraciones de agua procedentes del Canal de Castilla constituyen un supuesto de daños continuados porque los efectos lesivos se fueron agravando día a día hasta la pérdida total de la plantación (momento en el que se convierten en daños permanentes)[25]. Otros ejemplos de daños continuados materiales serían la ocupación indebida de una finca por la Administración o la clausura y el precintado de un local durante el tiempo del cierre[26].

[22] STS de 18 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:94).

[23] Aunque se trata de una cuestión resuelta por la Jurisdicción civil, se cita aquí por su carácter ilustrativo de la tipología de los daños y porque en la contestación a la demanda (civil) se planteó el problema de la jurisdicción competente, que los demandados entendían era la contencioso-administrativa. Sobre el tema, SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RUBÍ PUIG, A., RAMOS GONZÁLEZ, S., TERRA IBÁÑEZ, A. (2014: 7); MARÍN LÓPEZ, M. J. (2016: 117-122); GÓMEZ LIGÜERRE, C., (2024: 366-381).

[24] Han comentado detenidamente esta sentencia, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2023:44-56) y GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2024: 375-381).

[25] STS 22 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1779).

[26] Es el caso analizado por el dictamen núm. 154/2016, de 16 de junio, de la *Comissió Jurídica Assesora*, en el que se concluye, acertadamente, que el plazo comienza a correr no cuando se ordena el cierre

2. Daños inmediatos y daños diferidos

Desde el punto de vista temporal también hay que distinguir, como se ha anticipado, entre *daños inmediatos y daños diferidos o tardíos*. Generalmente el hecho lesivo causa de manera inmediata los daños, pero en otras ocasiones puede transcurrir un determinado período de tiempo entre el hecho lesivo y la manifestación del daño. En este caso, los daños son diferidos o tardíos. Se trata de daños latentes, pues se manifiestan tiempo después de la causa que los provoca.

Son ejemplos típicos de daños diferidos o tardíos los derivados de la ingestión o inhalación de determinados productos o sustancias (silicosis, asbestosis), los producidos por la exposición a productos radiactivos o nucleares, los que se manifiestan tiempo después de una intervención quirúrgica, o algunos de los daños producidos por la talidomida que no se manifiestan con el nacimiento.

Suelen ser daños de carácter no patrimonial, pero también pueden ser de carácter material (por ejemplo, aluminosis en un edificio o la utilización de materiales en la construcción que provocan defectos en el edificio años después). Pueden ser tanto permanentes como continuados. Un ejemplo de daño diferido continuado es el de un cuadro ansioso-depresivo que sufre una persona durante un tiempo, pero que aparece varios meses después de tomar un fármaco[27].

La Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear, distingue claramente entre daños inmediatos y diferidos en su art. 67.1, a tenor del cual:

> «*El derecho a reclamar una indemnización en virtud de la presente Ley se extinguirá, si no se entabla la correspondiente acción, dentro del plazo de diez años, si se trata de daños inmediatos, y en el de veinte años si tienen la consideración de diferidos, conforme a lo que se declara en el último párrafo del artículo 46. A estos efectos se solicitarán los oportunos informes periciales sobre la naturaleza y la clase de los daños reclamados*».

El último párrafo del art. 46 dispone que, tanto en el caso de daño nuclear producido por accidente en la instalación nuclear, como por accidente en el resto de las actividades:

> «*queda admitida la distinción entre daño inmediato y daño diferido, según que el mismo se produzca, advierta o se conozca al responsable dentro del plazo de diez años, a contar desde que el accidente tuvo lugar, o fuera de dicho plazo, respectivamente*».

del local sino cuando la orden se deja sin efecto y se abre de nuevo, pues sólo en ese momento se concretaron definitivamente los efectos lesivos y, por tanto, es posible conocer en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios causados por el cierre.

[27] Dictamen del Consejo de Estado de 17 de julio de 2008 (exp. núm. 956/2008).

Lógicamente, el *dies a quo* del plazo para ejercer la acción de responsabilidad en este tipo de daños no es el de la producción del hecho lesivo, sino aquel en el que se manifiesten los daños (regla primera) o, en caso de que los mismos sean continuados, desde que se determine su alcance o se conviertan en definitivos (regla segunda).

3. Los daños sobrevenidos: daños posteriores nuevos o agravación de los daños ya indemnizados

En algunas ocasiones puede darse la circunstancia de que, una vez indemnizados los daños, aparezcan otros nuevos o se agraven los anteriores como consecuencia del mismo hecho lesivo. Son daños sobrevenidos. Por ejemplo, graves lesiones o enfermedades crónicas que luego dan lugar a la muerte. Puede ser materiales o corporales.

El art. 67.2 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear, se refiere a este tipo de daños, aunque la solución que ofrece es criticable:

> «*Quienes hayan formulado una acción de indemnización dentro de los plazos legales establecidos [diez años para los daños inmediatos y veinte para los diferidos, según precisa el apartado primero] podrán hacer una reclamación complementaria en el caso de que el daño se agrave pasados dichos plazos, y siempre que no se haya dictado sentencia definitiva por el Tribunal competente*».

La regulación es criticable porque la reclamación de los daños sobrevenidos debe ser posible, aunque se haya dictado ya sentencia definitiva (o incluso firme), si los nuevos daños o el agravamiento de los ya indemnizados surgen con posterioridad a la sentencia y no habían sido previstos al tiempo de formularse la pretensión resarcitoria[28].

El art. 43 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, alude a este tipo de daños:

> «*Una vez establecida, la indemnización sólo puede revisarse por la alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación o por la aparición de daños sobrevenidos*».

Por su parte, el art. 49.2 del Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, dispone que:

> «*Si, como consecuencia directa de las lesiones, se produjese un agravamiento de secuelas o el fallecimiento del afectado derivado de las lesiones sufridas como consecuencia del acto*

[28] Véase REGLERO CAMPOS, L. F. (2008:1264).

terrorista, se abrirá de nuevo el plazo de un año para solicitar la diferencia cuantitativa que proceda».

La aparición de nuevos daños como consecuencia del mismo hecho lesivo hace surgir un nuevo derecho al resarcimiento y el plazo de prescripción corre desde la manifestación de los nuevos años o desde que se manifiesta la agravación de los preexistentes. El art. 67.1.1º LPAC no los contempla expresamente, pero hay que entender que este tipo de daños está incluido implícitamente en la primera regla de dicho precepto que habla de «manifestación del efecto lesivo», pues se trata de eso, de la manifestación de nuevos daños distintos a los anteriores o de la manifestación de la agravación de unos daños que ya han sido resarcidos. En puridad, se trata de una modalidad de daños diferidos[29]. Si los nuevos daños o la agravación de los indemnizados son continuados, hay que estar a la regla de su consolidación.

V. TERCERA REGLA: EL COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO EN LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA ANULACIÓN DE ACTOS O DISPOSICIONES GENERALES

El párrafo 2.º del art. 67.1 de la LPAC dispone que, en el caso de daños causados por la anulación de actos o disposiciones administrativas, «*el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva*».

Esta regla resulta de aplicación cuando en la pretensión de anulación del acto o del reglamento no se haya acumulado la pretensión resarcitoria y se haya esperado a que se dicte una resolución administrativa o una sentencia que proceda a su anulación para luego reclamar los daños. Si ambas pretensiones se acumulan, la indemnización se solicitará al ejercer «en cualquier momento» la acción de nulidad (art. 106 LPAC) o dentro del plazo para interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo que proceda, aunque cabe la posibilidad de que la pretensión resarcitoria no se plantee al ejercer la acción de nulidad o interponer el recurso administrativo y se añada luego en el contencioso-administrativo junto a la pretensión de nulidad.

La regla alude tanto a aquellos supuestos en los que se anulan actos (o reglamentos) favorables como desfavorables: anulación de una resolución denegatoria (por ejemplo, la denegación ilegal de una concesión), anulación de un acto de gravamen (imposición de una sanción) o anulación de un acto favorable (otorgamiento ilegal de una licencia) [30].

[29] Apunta esta idea CAVANILLAS MÚGICA, S. (2013:13348). Véase también, GÁLVEZ CRIADO, A. (2015).

[30] Vid. MEDINA ALCOZ, L. (2005: 295-310, 379 y ss.); ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2013: 195).

Conviene tener en cuenta que el título de imputación de la responsabilidad no siempre es la ilegalidad de la actuación administrativa que declara la propia Administración o la Jurisdicción, sino la confianza tutelable cuyo daño sólo se revela cuando se anula dicha actuación, que es lo que ocurre cuando se anulan en vía administrativa o judicial actos favorables. La estructura es similar a la de la confianza en la obtención de un acto favorable, fundada en decisiones administrativas precedentes incorrectas o equivocadas, que luego se ve defraudada por la resolución denegatoria que la Administración adopta por imperativo del principio de legalidad. Pero, en este caso, la confianza se refiere a la permanencia de un acto favorable ya adoptado (no a su consecución); el comportamiento que la genera es el otorgamiento *contra legem* del acto; el sujeto obligado a defraudarla será la propia Administración (al estimar un recurso o revisar de oficio su actuación) o el Juzgado o Tribunal competente; y, en fin, la indemnización no puede alcanzar las ganancias que habría recibido el particular de haberse mantenido el acto administrativo (ilegal), pero sí los eventuales gastos e inversiones realizados o las vías de lucro alternativas rechazadas al haber confiado en la estabilidad originada por la resolución anulada[31].

La regla del art. 67.1.2º es más completa que la que preveía el art. 142.4 de la Ley 30/1992, porque no solo alude, como hacía dicho precepto, a las resoluciones judiciales que anulan actos o reglamentos, sino también a las resoluciones administrativas que, a través de la revisión de oficio o de los recursos (en el caso de los actos), efectúan dicha anulación[32]. También es más precisa porque fija el *dies a quo* en la notificación de la resolución o sentencia por la que se anula el acto o disposición, lo que no hacía la anterior regulación (aunque fue corregido por la jurisprudencia). Pero sigue siendo técnicamente deficiente porque habla de «*resolución o sentencia definitiva*», cuando lo correcto es hablar de resolución o sentencia firme, como hacía con toda corrección el art. 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobaba el reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial[33].

---

[31] MEDINA ALCOZ, L. (2005: 381-382).

[32] Según dicho precepto: «*La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5*» (que es el que fija el *dies a quo* en el hecho o acto lesivo, en la manifestación del efecto lesivo o en la curación o determinación del alcance de las secuelas).

[33] Este Reglamento, al igual que el que regulaba el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, fue incomprensiblemente derogado por la LPAC. También es más correcta la redacción del art. 49.2 del Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo: «*El plazo para solicitar el abono con carácter extraordinario de la responsabilidad civil fijada en sentencia firme será de un año desde la notificación al interesado de la sentencia o, en su caso, de la resolución judicial que fije la cuantía indemnizatoria*».

La regla del art. 67.1.2º LPAC, además, debe ser matizada porque no siempre la fecha de la notificación de la sentencia o resolución firme es la que debe tomarse como referencia para que comience a correr el plazo. Así, como ha precisado la jurisprudencia (siguiendo a la STEDH de 25 de enero de 2000, dictada en el asunto *Miragall y otros contra España*), si el interesado no estaba personado en el procedimiento o proceso hay que estar a la fecha en que conoció, o pudo razonablemente conocer (empleando la diligencia exigible), el contenido de la sentencia firme anulatoria[34]. En segundo lugar, hay que distinguir los supuestos en los que el daño se revela ya como efectivo y definitivo cuando deviene firme la sentencia (o la resolución administrativa) anulatoria, de aquellos otros en los que para que el daño sea efectivo es precisa una actuación ulterior, a veces de la propia Administración.

La STS de 24 de julio de 1989 señaló certeramente que la fecha a la que hay que estar no es la de la notificación de la sentencia anulatoria de la licencia «*porque una indemnización por daños sólo puede plantearse cuando éstos se han producido efectivamente, lo que no tuvo lugar en este caso hasta que se produjo la demolición*»[35]. La STS de 11 de junio de 2002, relativa a la clausura de una estación de servicios cuya concesión fue anulada, estableció que, al igual que ocurre en los supuestos. de daños continuados, el *dies a quo* es aquel en el que los daños quedan definitivamente establecidos, lo que tiene lugar no con la sentencia anulatoria sino con la orden de clausura por la que se produce el cierre definitivo y el recurrente se ve privado de la explotación de la concesión[36]. La de 6 de junio de 2011, también del TS, insistió en que el *dies a quo* no es la fecha de la sentencia firme que ordena la demolición de los inmuebles de su propiedad y ni si quiera la orden de demolición, ya que ésta no constituye «*un daño efectivo hasta que dicha orden se lleve a efecto y los reclamantes de responsabilidad se vean obligados a abandonar sus propiedades*», si bien precisa que de la sola orden de demolición pueden derivarse daños reales y efectivos como la imposibilidad o dificultad de venta de los inmuebles afectados por la orden de demolición, o la imposibilidad de que tales inmuebles garanticen obligaciones o puedan ejecutarse en ellos obras de mejora o reforma, etc., daños estos que deben acreditarse[37].

---

[34] Así lo señala, por ejemplo, la STS de 22 septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3534). Véase el comentario a esta sentencia de GUICHOT REINA E. (2022: 232-235).

[35] ECLI:ES:TS:1989:14585. Sobre lo acertado de esta tesis, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2024: 471); GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (1998:110). Este autor, siguiendo algunas sentencias del TS, habla de la necesidad de que la lesión se manifieste en su aspecto jurídico y material y, además de las sentencias de demolición, pone el ejemplo de la anulación del nombramiento de un funcionario: el año comienza a contarse no desde que se produzca la anulación sino desde que se cumpla materialmente la resolución y se le deje fuera de la función pública (p. 111).

[36] ECLI:ES:TS:2002:5178.

[37] ECLI:ES:TS:2011:3744.

Sin embargo, la STS de 10 de julio de 2018, relativa a la clausura y demolición de un tanatorio, señala que la fecha que determina el inicio del plazo anual debe ser «*la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados*»[38]. La STS de 17 de octubre de 2019 reitera que «*el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia que conlleva la demolición de lo ilegalmente construido, debe situarse en el momento en que se dicta la resolución judicial firme y ejecutiva que ordena la demolición de lo construido, pues, desde ese momento, queda concretado el daño, aun cuando la efectiva demolición se produzca con posterioridad*»[39].

Esta línea jurisprudencial me parece criticable, pues ignora que, en rigor, antes de la demolición, o antes del cese definitivo de la actividad en el caso del tanatorio, el daño todavía no se ha producido (al menos totalmente) y, por tanto, no es un daño efectivo o actual, como exige el art. 32.2 de la LRJSP. Esta jurisprudencia desconoce, en definitiva, que el hecho lesivo es la licencia ilegal, la sentencia que la anula declara la antijuridicidad del daño, pero éste no se produce o manifiesta hasta que no tenga lugar la demolición del inmueble construido al amparo de aquélla o el cese de la actividad de que se trate. Por ello, como se ha adelantado, hay que distinguir entre aquellos actos y sentencias firmes anulatorios que no requieren de ejecución para que se materialice el daño, de lo que requieren de esa actuación que es la que materializa de manera efectiva y plena el daño[40].

Por eso, parece mucho más matizada y certera la doctrina que sienta la reciente STS de 22 de febrero de 2024 cuando declara que: «*a los efectos del inició del cómputo del plazo de prescripción anual para la reclamación de daños y perjuicios cuando se imputa a una determinada actuación administrativa que ha sido anulada por sentencia firme, sí en dicha sentencia la anulación impone dictar un nuevo acto administrativo –o disposición reglamentaria– y el daño se imputa a la demora en la ejecución de lo declarado en sentencia, el cómputo de la prescripción no*

[38] ECLI:ES:TS:2018:2774. En la doctrina, se ha mostrado favorable a esta tesis ALEGRE ÁVILA, J. M. (2019).

[39] ECLI:ES:TS:2019:3318. Por su parte, la STS de 4 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3999), sobre la anulación de la concesión de una subvención, también señala que el plazo empieza a contarse desde la notificación de la sentencia o resolución administrativa a que se impute el daño antijurídico y no desde la ejecución de dicha resolución. No obstante, como precisa G. FERNÁNDEZ FARRERES (2024: 486), la solución en dicha sentencia quizá se justifique en que «el daño era manifiesto porque, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la LGS, desde la firmeza de dicha sentencia surgía la deuda de la devolución de la cantidad percibida en concepto de subvención». La STS de 22 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3060) se ocupa del supuesto en el que, tras una licencia de obras anulada, la obra se legaliza por una modificación puntual del planeamiento que también resulta anulada, y señala que en estos casos hay que estar a la sentencia anulatoria del planeamiento que autorizaba la realización de la obra. Véase el comentario de LLOPIS REYNA, E. (2023: 147-151).

[40] En este sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES (2024:485-487), con cita de más sentencias y de bibliografía sobre el tema. Véase también PAVEL, E. V. (2020: 180-186); DOMÉNECH PASCUAL, G., MEDINA ALCOZ, L. (2025: 832).

se inicia hasta que la Administración condenada proceda a dar pleno cumplimiento a la sentencia anulatoria y acordase el pleno restablecimiento del derecho que había sido declarado»[41].

V. LA RECURRENTE INVOCACIÓN DE LA *ACTIO NATA*

1. La vinculación de las reglas de la LPAC a la teoría de la *actio nata*

La jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos han vinculado todas y cada una de estas reglas a la teoría de la *actio nata*, de la cual no serían más que una manifestación. Pero ¿derivan realmente de ella? Creo que no.

Primero, porque no parece fácil reconducir esta pluralidad de reglas a una supuesta regla homogénea y general como la de la *actio nata*. Segundo, y sobre todo, porque, en rigor, la teoría de la *actio nata* lo único que dice es que el plazo de prescripción no puede comenzar a correr si no ha nacido la acción, pero no suministra información alguna acerca de cuándo nace ésta. Por eso, desde antiguo, se han propuesto diversas teorías para determinar cuándo puede considerarse que ha nacido la acción: la teoría de la lesión de Savigny (la acción nace y el plazo comienza a correr cuando el derecho subjetivo ha sido lesionado por un tercero), la de la pretensión insatisfecha de Windscheid (la acción comienza a prescribir tras el vencimiento de la obligación, por la simple inactividad del deudor), la de la realización (la acción nace cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa), entre otras[42].

La invocación de la *actio nata* no es más que una justificación *a posteriori* de la regla previamente adoptada acerca de cuándo debe comenzar a correr el plazo de prescripción. Además, como anticipé, la teoría de la *actio nata* es una teoría parcial, superada y, en ocasiones, hasta mal invocada. Por lo siguiente.

La doctrina y la jurisprudencia consideran que la teoría de la *actio nata* aparece recogida en el art. 1969 CC, a tenor del cual:

> «*El tiempo para la prescripción de las acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*»[43].

Como puede apreciarse, en rigor, el precepto no dice que el plazo de prescripción comience cuando nace la acción (o pretensión) sino desde que la acción puede ejercitarse, que es algo distinto. Por eso la jurisprudencia de la Sala Primera del TS

[41] ECLI:ES:TS:2024:1022.

[42] Véase MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 82).

[43] En parecidos términos, el art. 1964.2 del CC, tras la reforma realizada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, dispone que: «*Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que puede exigirse el cumplimiento de la obligación*».

señaló ya hace tiempo que «nuestro CC, superando la teoría de la *actio nata*, que se limitaba a afirmar que para que la prescripción fuera posible era preciso que la acción hubiese nacido, y que dejaba sin resolver la cuestión de cuándo debe entenderse que nació, acepta en el artículo 1969 la teoría de la realización, que sostiene que la acción nace cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa», vinculando así el *dies a quo* con el momento en el que titular del derecho puede ejercerlo[44]. A partir de ahí, lo que ha hecho la jurisprudencia es afirmar que, como la acción nace cuando se puede ejercitar el derecho (o pretensión) que con ella se actúa, el art. 1969 CC recoge o consagra la teoría de la *actio nata*.

Para que el plazo de prescripción comience a correr es necesario, lógicamente, que la pretensión haya nacido y que se pueda ejercer, pero eso no implica que desde ese momento el plazo necesariamente comience a correr. El plazo no puede comenzar antes, pero sí después, ya que para ello se pueden exigir más requisitos, de modo que puede haber una separación entre el momento en que la pretensión ha nacido y se puede ejercer y el comienzo del cómputo del plazo de prescripción.

Una de las razones de esa disociación reside en el carácter objetivo de la teoría de la *actio nata* y del propio art. 1969 del CC que la acogería. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias consideran, en efecto, que dicho precepto establece un criterio objetivo de determinación del *dies a quo*: el precepto aludiría a la posibilidad legal de ejercicio, con independencia de las condiciones personales del acreedor y de si conoce o no que dispone de una pretensión contra un determinado sujeto[45]. Esta tesis se vería reforzada por aquellas previsiones especiales, como la del art. 1968.2 CC, la legislación de competencia desleal o la de consumidores y usuarios, que establecen un criterio subjetivo para que el plazo de prescripción comience a correr, de modo que es preciso que el titular de la pretensión conozca, o pueda razonablemente conocer (empleando la diligencia exigible), los hechos que dan lugar a la pretensión y la persona contra la que la puede ejercer (en nuestro caso la Administración)[46].

---

[44] SSTS de 26 de noviembre de 1943, de 29 de enero de 1952, de 25 de enero de 1962, de 10 de octubre de 1977, de 29 de enero de 1982, 19 de abril de 2007, etc., citadas todas ellas por la STS de 16 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:426).

[45] DÍEZ-PICAZO, L. (2007: 132); PANTALEÓN PRIETO, F. (1995: 5011); ALBALADEJO GARCIA, M. (2004: 45); REGLERO CAMPOS, L. F. (2008: 1230); DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2010: 2134); CAVANILLAS MÚJICA, S. (2013: 13352); PEÑA LÓPEZ, F. (2011: 4); YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018: 584); CAÑIZARES LASO, A. (2018: 103).

[46] Art. 35 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; art. 15.2 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por productos radioactivos; art. 143 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; art. 74.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Precisamente, para los daños de carácter extracontractual como los que estamos analizado, el CC contempla una regla especial en su art. 1968.2º, donde consagra un criterio de carácter subjetivo para determinar el *dies a quo* de la prescripción (que también establece el plazo de un año), ya que exige el requisito del conocimiento del daño y su causante. Dicho precepto dispone que:

> «*La acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art. 1902,* [comienza] *desde que lo supo el agraviado*».

De este modo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Administración, se incurre en la siguiente paradoja: se invoca recurrentemente un criterio objetivo, como el de la *actio nata*, cuando lo que realmente consagra el CC para los daños extracontractuales es un criterio subjetivo como el del conocimiento establecido en su art. 1968.2º, que, si acaso, es el precepto que debería invocarse. Es cierto que este precepto debe completarse con lo dispuesto en el art. 1969 porque el plazo no puede comenzar a contarse hasta que la acción no haya nacido y se pueda ejercer, y ese es el objetivo de la *actio nata*, evitar que comience el plazo de prescripción mientras que la acción no haya nacido y pueda ejercitarse. Pero con ello no es suficiente porque, además, es necesario el requisito del conocimiento.

Por eso, en rigor, la *actio nata* no puede identificarse con el inicio del plazo de prescripción, porque es sólo uno de sus requisitos. A menos que en ella, por ser en realidad una fórmula vacía que no dice realmente cuando nace la acción, quieran incluirse todos los requisitos necesarios para que comience a correr el plazo de prescripción.

Esto es, precisamente, lo que ha hecho la Sala Tercera del TS, y tras ella los órganos consultivos de la Administración, al declarar que, de acuerdo con la teoría de la *actio nata*, «*el plazo de ejercicio de la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura sólo se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad*» o que, de conformidad con tal principio para que comience el plazo es preciso conocer «*en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos*»[47].

2. La absurda invocación de la *actio nata* en los daños de carácter continuado

Pero si, con carácter general, en el derecho de daños no resulta acertado vincular el inicio del plazo prescriptivo a la regla objetiva de la *actio nata* (salvo que,

[47] SSTS de 13 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6445), de 1 de junio de 2011 (ECLI:ES:2011:3490), de 18 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3660), o, entre las más recientes, las SSTS de 2 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS: 2024:1022), o de 24 de abril de 2025 (ECLI: ES:TS:2025:1780).

abandonando su significado objetivo originario, se considere que incluye también el criterio subjetivo del conocimiento), ello es especialmente inadecuado cuando los daños son de carácter continuado, por las razones que paso a exponer.

La jurisprudencia y la doctrina de los consejos consultivos hacen de forma recurrente afirmaciones de este tipo: de conformidad con el principio de la *actio nata* del art. 1969 del CC, el «dies a quo *para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en el que se determine el alcance de las secuelas*»[48]; o bien que «*la determinación del "dies a quo" para el cómputo del plazo de prescripción parte de la teoría de la "actio nata", que tal y como ha sido formulada por nuestra jurisprudencia se basa en el completo conocimiento de las consecuencias dañosas, y, que en el caso de lesiones y secuelas se sitúa en el momento en el que el lesionado conoció el alcance de las mismas*»[49]. La acción no nacería, por tanto, hasta que los daños no estén consolidados.

La crítica a esta forma de argumentar parece sencilla. Primero, porque en tales casos no es necesario acudir a la teoría de la *actio nata* ya que el propio art. 67.1.1º de la LPAC proporciona suficiente apoyo sobre el momento en que comienza el plazo de prescripción en la reclamación de los daños continuados.

Segundo, y sobre todo, porque la teoría de la *actio nata* sirve justo para lo contrario de lo que se afirma y su aplicación conduciría en estos casos a resultados absurdos: si, de acuerdo con dicha teoría, el plazo de prescripción comienza cuando la acción ha nacido (o cuando ha nacido y puede ser ejercitada) y, en el caso de las lesiones, ello no tendría lugar hasta que se estabilizan, la conclusión es obvia: la acción de responsabilidad sólo podrá ejercerse cuando se conozca el preciso alcance de las lesiones, pero no antes porque no ha nacido. Sin embargo, se admite unánimemente que, en tales casos, aunque las lesiones no se hayan estabilizado y el plazo de prescripción no haya comenzado todavía a correr, puede presentarse la reclamación.

Ello es debido a que la acción de reclamación de daños nace en el momento en que éstos se producen. Por eso, una vez producido y conocido el daño y su causante, la acción se puede ejercer, sin perjuicio de la evaluación definitiva de los daños en un momento posterior si son de carácter continuado. El hecho de que en estos casos el *dies a quo* no comience hasta que se conozca el alcance de los daños no tiene nada que ver con la *actio nata* y, desde luego, no supone que no pueda ejercitarse la pretensión desde que los daños aparecen o se manifiestan, pues, como señaló el TS, ello conduciría a que el perjudicado tuviese que «soportar estoicamente los daños que

[48] SSTS de 28 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4189), de 9 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6568), o de 20 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6239), entre otras.

[49] STS de 27 mayo 2016 (ECLI:ES:2016:2545); Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia núm. 154/2019, de 22 de mayo; Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid núm. 702/2022, de 15 de noviembre.

de manera continuada se le vienen produciendo sin solicitar su justa compensación al causante de los mismos; nada obsta, por tanto, a que en un momento determinado se reclamen los daños y perjuicios hasta ese momento producidos, mediante la correspondiente evaluación. Sin que ello comporte, salvo manifestación expresa en contrario, la renuncia a reclamar los que se originen en lo sucesivo»[50].

Por ello, la recurrente invocación de la *actio nata* realmente no conduce a nada. El legislador debería establecer una regla clara y precisa sobre el inicio de plazo de prescripción para reclamar los daños causados por la Administración. Una regla que, siguiendo el modelo de las modernas regulaciones civiles europeas, y la propuesta de nuevo Código Civil de la Asociación Española de Profesores de Derecho Civil de 2018, refleje con precisión y claridad los requisitos que realmente deben concurrir y que sumariamente paso a exponer.

VII. LOS REQUISITOS PARA QUE COMIENCE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: LA POSIBILIDAD DE EJERCER LA PRETENSIÓN Y EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS QUE LA FUNDAMENTAN

Para que el plazo de prescripción comience a correr deben concurrir estos tres requisitos: que la acción (o pretensión) haya nacido y sea jurídicamente ejercitable; que el titular de pretensión pueda realmente ejercitarla por no concurrir circunstancias que le impidan reclamar[51], y, en fin, que el titular de la pretensión (acreedor de la Administración) conozca, o hubiera podido conocer de haber actuado con la diligencia debida, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad del sujeto contra el que reclamar.

1. El nacimiento de la pretensión resarcitoria y la posibilidad de su ejercicio

El primer requisito exigido para que comience el plazo de prescripción para reclamar los daños causados por la Administración es de orden objetivo: la pretensión resarcitoria debe haber nacido y ser jurídicamente posible su ejercicio. Este es el único requisito realmente vinculado a la idea de *actio nata*.

La pretensión para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración nace cuando se produce el daño cuyo resarcimiento se pretende y, por tanto, también

[50] SSTS de 22 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3644) y de 7 de febrero de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:772), entre otras muchas posteriores.

[51] En este sentido, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 96 y ss.) (2023: 44-56); ZIMMERMANN, R. (2008: 139 y ss.); PEÑA LÓPEZ, F. (2011: 17 y ss.). Entre los administrativistas, DOMÉNECH PASCUAL, G., MEDINA ALCOZ, L. (2025: 832).

los demás elementos que fundamentan la pretensión: el hecho que provoca el daño y el nexo causal entre ambos. Pero hay supuestos en los que la pretensión, a pesar de haber nacido, no se puede ejercer por una imposibilidad de tipo jurídico.

Son varias las situaciones en las que concurre una imposibilidad jurídica de ejercitar la pretensión. Una de ellas es la iniciación de un proceso penal previo por los mismos hechos cuando la determinación de éstos puede incidir en la fijación de la responsabilidad patrimonial. Así, según dispone en el art. 37.2 LRJSP, «la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad penal que se instruyan, *salvo* que la determinación de los hechos en el orden jurisdicción penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial»[52].

La pretensión nacida tampoco es jurídicamente ejercitable en los casos de menores de edad e incapacitados sin representante legal (por ejemplo, porque han fallecido los padres o tutores y no se ha nombrado todavía otro representante) ni en los supuestos de herencia yacente sin administrador, pues no pueden por sí solos ejercitar su derecho ante los tribunales[53].

Es interesante a este respecto el asunto resuelto por la STS de 27 de abril de 1999, aunque quizá se refiera a un supuesto de imposibilidad real y efectiva de ejercicio de la pretensión, ya que se trata de un incapaz que no estaba incapacitado cuando nació la pretensión[54]. El recurrente argumentaba que la agraviada (su esposa a la que representaba) no podía ejercitar la acción y era incapaz de gobernarse por sí misma debido al estado físico-síquico en que se encontraba como consecuencia del hecho dañoso, en concreto una intervención quirúrgica en un hospital público que le había provocado graves secuelas que culminaron con el reconocimiento de una minusvalía del 84 %. Entendía, por eso, que «para ser parte en el proceso requería de actos previos a fin de ejercitar sus derechos, previa declaración de incapacidad y tutela, como efectivamente se verificó por sentencia de incapacitación de 28 de mayo de 1992, [fecha] que debe servir de punto de referencia a efectos del inicio de la acción, pues sólo a partir de ésta estaría el perjudicado o sus defensores en la posibilidad de ejercitar sus derechos». La sentencia, frente al criterio del TSJ de Asturias, acoge el motivo y señala que el proceso de incapacitación «constituye una actuación necesaria para hacer posible el ejercicio de la acción en nombre de una persona que carece de aptitud para regir sus propios actos y hacer valer sus derechos», por lo que la sentencia de incapacitación debe servir «como punto de referencia a efectos del inicio de la acción,

[52] Sobre el tema, con abundante jurisprudencia, LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E., CARRILLO DONAIRE, J. A. (2005: 283-289); J. GONZÁLEZ PÉREZ (2015: 649-651).

[53] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 111-119).

[54] ECLI:ES:TS:1999:2828.

pues sólo a partir de ésta estaría el perjudicado o sus defensores en la posibilidad de ejercitar su derechos»[55].

En segundo lugar, es preciso también que el titular de la pretensión tenga la posibilidad real de ejercerla, esto es, que no concurra una circunstancia fáctica que le impida reclamar.

De este modo, el plazo de prescripción tampoco debe comenzar a correr si concurre alguna circunstancia fáctica que impida al titular de la pretensión (por sí mismo o por medio de su representante) reclamar los daños y perjuicios que ha sufrido, pues nada se puede reprochar al acreedor por no haber reclamado su derecho si materialmente no podía hacerlo. El acreedor no tiene posibilidad real de ejercicio de la pretensión en los supuestos de fuerza mayor (secuestros, aislamiento, estados de coma, internamientos con posibilidad de contagio, etc.)[56].

2. El conocimiento de los hechos que fundamentan la pretensión y de la Administración responsable

Por último, es necesario que el titular de la pretensión conozca, o pueda razonablemente conocer (empleando la diligencia exigible), los hechos que fundamentan la pretensión resarcitoria y la identidad del sujeto contra el que reclamar, esto es, que hay daño antijurídico, un hecho lesivo y el nexo causal entre ellos, y que el daño se ha producido en el ámbito de la actividad de la Administración[57].

La prescripción no puede correr contra quien desconoce, a pesar de haber utilizado la diligencia exigible, que tiene una pretensión contra un determinado sujeto. Así, si se conoce el daño (en los términos que ya hemos analizado) pero no la causa, el plazo no comienza a correr: si se desconoce que el consumo de un medicamento, la inhalación de una determinada sustancia o la exposición a las radiaciones de una antena es la causa de unos concretos daños, se desconoce un requisito esencial de la

---

[55] Las lesiones se produjeron en 1985, la perjudicada fue declarada minusválida el 12 de septiembre de 1988 e incapaz el 28 de mayo de 1992, y la solicitud se presentó el 12 de mayo de 1993. El TS tomó como referencia las dos últimas fechas y consideró, por ello, que no había transcurrido el plazo anual de prescripción.

[56] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 178 y ss.). La propuesta de CC citada contempla este requisito en su art. 614.2: «*La prescripción se suspende si el titular de la pretensión no puede ejercerla, ni por sí mismo ni por medio de representante, por causa de fuerza mayor que concurre en los seis meses anteriores a la terminación del plazo de prescripción*».

[57] Conviene recordar de nuevo que, para las acciones de reclamación de daños extracontractuales, el art. 1968.2 CC establece que el plazo de prescripción comenzará a correr «*desde que lo supo el agraviado*». La doctrina coincide en señalar que lo que debe conocer el agraviado es el daño y la identidad de su causante: PANTALEÓN PRIETO, F. (1995: 5011); ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004: 208-210); REGLERO CAMPOS, L. F. (2008: 1236); SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RUBÍ PUIG, A., RAMOS GONZÁLEZ, S., TERRA IBÁÑEZ, A. (2014: 9); MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 201, 203, 205) (2023: 45); YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018: 585); CAÑIZARES LASO, A. (2018: 109), entre otros.

responsabilidad patrimonial (la relación de causalidad), por lo que el plazo de prescripción para reclamar no puede comenzar. Del mismo modo, si se desconoce que el daño lo ha causado la Administración, no se sabe contra quién se ha de reclamar y el plazo tampoco puede comenzar a correr. No se trata de que haya un conocimiento real de tales hechos, sino de que el reclamante los pueda razonablemente conocer de haber actuado con la diligencia exigible (conocimiento potencial o cognoscibilidad).

El criterio del conocimiento potencial (cognoscibilidad) está asentado desde hace tiempo en el ámbito civil. Merece ser destacada, por su claridad y vocación didáctica, la STS de 21 de julio de 2023, ya citada, que se ocupa de nuevo del caso de la talidomida[58] . Según dicha sentencia:

> «*Desde un punto de vista estrictamente teórico, caben dos modelos de determinación del día inicial del cómputo del plazo de la prescripción extintiva que veda, por razones de seguridad jurídica, el ejercicio de las acciones judiciales transcurrido un determinado periodo de tiempo.*
>
> *El modelo objetivo identifica el día inicial del plazo prescriptivo con el nacimiento de la pretensión sin prestar atención a las circunstancias subjetivas concurrentes en la persona del acreedor; mientras que el subjetivo expresamente las contempla en tanto en cuanto exige ponderar el conocimiento o, mejor dicho, la posibilidad razonable de conocer por parte del perjudicado los elementos condicionantes del nacimiento de su crédito resarcitorio*» (FJ 3, párr. 1 y 2).

La sentencia acoge el criterio subjetivo, vinculado con el concomiendo potencial por el acreedor de los hechos que fundamentan la acción de daños, todo ello puesto en relación con la diligencia y la buena fe de las partes, que puede implicar incluso la consulta del acreedor a un experto:

> «*Bajo dicha proposición normativa* [se refiere al art. 1968.2 del CC aplicable al caso], *quien ejercita la acción precisa conocer no solo la entidad del daño sufrido: las consecuencias dañosas del acto ilícito, sino también, entre otros elementos, la identidad del deudor; esto es, de la persona contra la que debe dirigir la acción. Y, precisamente, tal alegado desconocimiento es el que constituye el fundamento de su recurso.*
>
> *Esta sala ha aceptado el criterio subjetivo en el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil extracontractual. En consonancia con ello se proclama que, para apreciar cuál es el día inicial del cómputo del plazo de prescripción, es necesario conocer la identidad del deudor; es decir, de la persona física o jurídica contra la cual ejercitar la acción de resarcimiento del daño sufrido.*

[58] ECLI:ES:TS:2023:3538. Véanse, como ya se señaló, los comentarios de MARÍN LÓPEZ, M. J. (2023: 44-56) y de GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2024: 375-381).

> *Ahora bien, bajo la premisa de que basta con la posibilidad racional de tal conocimiento, que se ha de conectar, además, con el empleo de la diligencia debida, de manera que no cabe amparar supuestos de abandono, negligencia o mala fe en la búsqueda o constatación de la persona del deudor, que dejaría en las exclusivas manos del perjudicado la decisión del inicio del plazo de la prescripción, lo que evidentemente no cabe aceptar.*
>
> *Rige, pues, un criterio de conocimiento potencial (cognoscibilidad), según el cual el cómputo de la prescripción comienza cuando el demandante debió adquirir el conocimiento de la identidad de la persona causante del daño, deudora de su reparación o resarcimiento. Ello implica actuar con la diligencia exigible que, en determinados casos, requiere incluso la consulta a un experto, y ponderar, también, la conducta del deudor encaminada a la ocultación de su identidad, en tanto en cuanto conforma un obstáculo que condiciona negativamente el ejercicio de la acción por parte del acreedor»* (FJ 3, párr. 4 a 7).

El criterio subjetivo o del conocimiento no es ajeno a la jurisprudencia contencioso-administrativa. Subyace claramente en numerosas sentencias, algunas de las cuales ya se han citado, aunque en ocasiones vinculándolo erróneamente con la teoría de la *actio nata*. En realidad, toda la tipología de los daños que he analizado en la primera parte de este trabajo es tributaria del criterio del conocimiento, pues sólo cuando se conoce el verdadero alcance del daño comienza a correr el plazo de prescripción.

Así, como se ha ido viendo, numerosas sentencias destacan que el plazo de prescripción sólo comienza a correr cuando «*resulta posible conocer en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos*», o cuando «*se conozca el alcance y la trascendencia e importancia de los daños que puedan ser objeto de reclamación*»[59]. En otras sentencias, como algunas de las que se ocupan de la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de actos administrativos, también se precisa que para que se inicie el plazo de prescripción es necesaria la publicación de la sentencia (en el caso del TJUE) porque su publicación «*permite tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacer posible el ejercicio de la acción*»[60]. En otras, en fin, se habla de la «*necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance del daño, por causas no imputables a su persona o comportamiento*»[61].

---

[59] SSTS de 3 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5580) y de 1 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:964), respectivamente. En otras se añade que para poder ejercer la acción es preciso que se unan los dos elementos del concepto de lesión, en particular, el daño y la comprobación de su propia ilegitimidad (STS de 7 de febrero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:464, entre otras muchas).

[60] STS de 9 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6505); STS de 22 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3534), entre otras.

[61] STS de 4 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1137).

La mayoría de estas sentencias, como se ve, exigen el conocimiento de los perjuicios causados («*en su dimensión fáctica y jurídica*», precisan), pero el titular de la pretensión también debe poder conocer la relación de causalidad y que el daño resulta imputable a la Administración.

La exigencia de que el particular perjudicado conozca, o pueda razonablemente conocer, los elementos que integran el supuesto de hecho de la pretensión resarcitoria contra la Administración puede plantear problemas de prueba[62].

Cuando se presenta una solicitud de reclamación por daños a la Administración, es el particular el que debe fijar los requisitos de la pretensión (art. 67.2 LPAC). Que la pretensión o el derecho a ser indemnizado no hayan prescrito no es uno de ellos, por lo que la carga de la prueba de la prescripción le corresponde, si es que la alega, a la Administración. Por tanto, es ésta quien deberá acreditar que el plazo de prescripción comenzó a correr en un determinado momento y que, por tanto, dicho plazo ya ha transcurrido por completo, extinguiendo así la pretensión. El reclamante tiene, sin embargo, la carga de probar que el plazo de prescripción se ha interrumpido o se ha suspendido, si es que se prevé la suspensión de la prescripción[63].

Como la alegación de prescripción supone para la Administración la carga de probar el día inicial del plazo, es ella la que tiene que demostrar tanto que la pretensión había nacido y era ejercitable, como que el reclamante conocía (o podía razonablemente conocer) los hechos que la fundamentaban y que pudo ejercerla en su contra. La prueba de este segundo requisito subjetivo entraña mayores dificultades, pues se trata de una circunstancia que normalmente no pertenece al ámbito de percepción

[62] También puede dar lugar a que la prescripción se prolongue en exceso o quede incluso indefinidamente abierta. Para evitarlo, las legislaciones privadas más modernas incluyen un plazo máximo de cierre (*long stop*), establecido con base en un criterio objetivo, tras cuyo transcurso ya no es posible el ejercicio de la pretensión, de modo que el asunto pueda considerarse definitivamente zanjado con independencia del conocimiento o no del acreedor. El plazo oscila entre los diez años para los daños materiales y los treinta para los corporales, en atención al valor especial que la integridad física y moral tiene como objeto de tutela jurídica. Véase ZIMMERMANN, R. (2008: 147); REGLERO CAMPOS, L. F. (2008: 1224-1229); PEÑA LÓPEZ, F. (2011: 10-11); MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 46-51). En nuestro ordenamiento establecen plazos de ese tipo el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (art. 144), la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (art. 15) o el Código Civil Catalán (art. 121.24).

[63] Sobre la posibilidad de que la prescripción no sólo se interrumpa, sino que también se suspenda, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (1998: 31); CABALLERO SÁNCHEZ, R. (1999: 324). En la doctrina civilista, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004: 286); DEL OLMO GARCÍA, P. (2014: pp. 319 y ss.), con abundante bibliografía. No la recoge el vigente CC, pero sí el Código de Comercio en su art. 995. La propuesta de Código de Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil regula expresamente la suspensión de la prescripción en el art. 614.

de la Administración (deudora), sino a la esfera del reclamante (acreedor)[64]. Por eso, algunos autores consideran que el requisito del conocimiento del acreedor debería de configurarse realmente como una causa de suspensión del plazo de prescripción (que debe probar el recurrente), de modo que si el titular de la pretensión no conoce los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad del deudor se suspendería el plazo y, si este todavía no ha empezado, operaría como un requisito del *dies a quo*[65].

En cualquier caso, como dicho requisito no está configurado actualmente como una causa de suspensión, también cabe sostener que, en virtud del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), las consecuencias de la falta de prueba deben recaer sobre la parte que se halle en una posición más favorable para ello y, por tanto, que debería ser el reclamante, en vez de la Administración, el que pruebe que no ha tenido conocimiento de los hechos que fundamentan la pretensión hasta un momento posterior al nacimiento de la pretensión[66].

En definitiva, y con ello concluyo, las reglas de la LPAC deberían sustituirse por una regulación más clara y precisa que recogiera debidamente estos requisitos, mientras que la recurrente de la *actio nata* por parte de la jurisprudencia debería abandonarse, ya que no es más que una cláusula de estilo que aporta poco a la determinación del comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración.

---

[64] ZIMMERMANN, R. (2008: 159); MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 100), quien precisa que al deudor, en efecto, le resultaría muy difícil probar que el acreedor conocía los hechos que fundamentan la pretensión, pero como no es preciso un conocimiento real sino potencial, la prueba le resultará más fácil, pues le bastará con acreditar los hechos que deberían haber llevado al recurrente, de haber actuado con la diligencia exigible, a conocer los presupuestos que fundamentan la pretensión y la persona contra la que se puede ejercer, circunstancias que, en rigor, no tienen que ser necesariamente aportadas pues pueden derivar del relato fáctico del recurrente o de las pruebas practicadas.

[65] ZIMMERMANN, R. (2008: 158-159); MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 98, 205). También, como precisa este último autor y la Exposición de Motivos de la propuesta de Código Civil, porque la falta de conocimiento puede ser sobrevenida: muerte del acreedor sin que el nuevo tenga noticia de que adquiere el crédito por herencia, acreedor incapacitado judicialmente y nombramiento de tutor que desconoce la existencia del crédito, etc. El art. 614.1 de la propuesta de Código Civil citada acoge esta tesis y dispone que: «La prescripción se suspende si el titular de la pretensión no conoce, ni podría conocer de haber actuado con la diligencia exigible, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad del deudor». También prevé la suspensión de la prescripción cuando no se pueda ejercer la pretensión por causa de fuerza mayor (art. 614.2), cuando los menores de edad o las personas con capacidad modificada no tengan representante legal (art. 614.4), cuando se inicien actuaciones penales por los mismos hechos (art. 614.6) o cuando la herencia carezca de administrador (art. 614.7).

[66] Así, para el ámbito civil, REGLERO CAMPOS, L. F. (2008: 1265-1266), que propone acudir a la técnica de las presunciones y presumir que el perjudicado tuvo conocimiento del daño en el momento en que se produjo el evento dañoso; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014: 100, 101);

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). La prescripción extintiva. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2003). El plazo para pedir responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. En T. QUINTANA LÓPEZ (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos* sectoriales (2.ª ed., tomo I, pp. 183-220). Tirant lo Blanch.

ALEGRE ÁVILA, J. M. (2019, abril 18). *Acerca del dies a quo del plazo para ejercer la acción de responsabilidad con ocasión de la ejecución de sentencias de derribo: una nota (A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2018)*. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA). https://www.aepda.es

BLASCO ESTEVE, A. (1985) *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos* (2.ª ed.). Civitas.

CABALLERO SÁNCHEZ, R. (1999). *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*. McGraw-Hill.

CANO CAMPOS, T. (2013). La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración. *RAP*, (191), 113-157.

CAÑIZARES LASO, A. (2018). Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*. *Revista de Derecho Civil*, 5(4).

CAVANILLAS MÚGICA, S. (2013). Artículo 1968 y Artículo 1969. En R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil* (tomo IX). Tirant lo Blanch.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *La prescripción extintiva: en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (2.ª ed.). Thomson-Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. (2014). *La seguridad jurídica y otros ensayos*. Civitas.

DIEZ SASTRE, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*. Marcial Pons.

DEL OLMO GARCÍA, P. (2014). La suspensión de la prescripción liberatoria: fragmentos de tradición y algunas dudas. En AA.VV., *La prescripción extintiva* (pp. 319-407). Tirant lo Blanch.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2011). Justificación de las indemnizaciones por sacrificios impuestos en la lucha contra epizootias y plagas. *InDret*, 4, 1-34.

DOMÉNECH PASCUAL, G., MEDINA ALCOZ, L. (2025). La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En F. VELASCO CABALLERO y M. DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho Administrativo* (3.ª ed., pp. 809-840). Marcial Pons.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2010). Artículo 1969. En A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*. Lex Nova.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2024). *Sistema de Derecho Administrativo II* (7.ª ed.). Aranzadi La Ley.

GÁLVEZ CRIADO, A. (2015). El daño sobrevenido. En *InDret*, (4), 1-38.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2024). *Curso de Derecho Administrativo* (vol. II, 18.ª ed.). Civitas.

GARCÍA TREVIJANO. E. (1998). *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*. Civitas.

GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2024). Capítulo 12. Prescripción. En *Derecho de Daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados* (13ª ed., pp. 361-392). InDret. Disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2017/10/DdD-1-a-13-2024-25-noviembre-2024.pdf

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2015). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (7.ª ed.). Civitas Thomson Reuters.

GUICHOT REINA, E. (2022). Responsabilidad patrimonial. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (218), 229-237.

LLOPIS REYNA, E. (2023). *Dies a quo* para reclamar la responsabilidad de la Administración en caso de licencias ilegales sucesivas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2023). *Revista de Estudios Locales*, (268), 147-151.

LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E., CARRILLO DONAIRE, J. A. (2005). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Lex Nova.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014). El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción. En AA. VV., *La prescripción extintiva. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (pp. 15-234). Tirant lo Blanch.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2016). Inicio del plazo de prescripción de la acción de indemnización de daños: daños continuados, daños permanentes y daños tardíos o sobrevenidos. En M. J. HERRADOR GUARDIA (Dir.), *Daño, responsabilidad y seguro* (pp. 77-136). Lefebvre.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2023). Conocimiento potencial del acreedor, diligencia de las partes y publicidad de los registros públicos en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción: STS 1200/2023, de 21 de julio (caso Talidomida II). En *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (47), 44-56.

MEDINA CRESPO, M. (1999). *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia* (tomo I. *Los fundamentos*). Dykinson.

MEDINA ALCOZ, L. (2005). *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo.* Thomson Civitas.

MEDINA ALCOZ, L. (2009). Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (II). Elementos. Factores de exoneración. En T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo* (tomo IV, pp. 73-133). Iustel.

MEDINA ALCOZ, L. (2009). *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson Civitas.

HUERGO LORA, A. (1998). *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Civitas-Universidad de Oviedo.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1995). Prescripción (D.º civil). En *Enciclopedia Jurídica Básica* (tomo III, pp. 5008-5013). Civitas.

PAVEL, E. V. (2020). *El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial*. Tecnos-Instituto García Oviedo.

PEÑA LÓPEZ, F. (2011). El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de *soft law* y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación. En *InDret*, (4), 1-26.

REBOLLO PUIG, M. (1999). Sanidad animal. En S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Los animales y el Derecho* (pp. 241-271). Civitas.

REBOLLO PUIG, M. (2014). Encuadramiento y principios de la sanidad animal. En F. BALAGUER CALLEJÓN Y E. ARANA GARCÍA (coords.), *Libro Homenaje a Rafael Barranco* (tomo II, pp. 1683-1726). Thomson Reuters-Civitas.

REGLERO CAMPOS, L. F. (2008). *Tratado de Responsabilidad Civil* (tomo I). Thomson-Aranzadi.

SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RUBÍ PUIG, A., RAMOS GONZÁLEZ, S., TERRA IBÁÑEZ, A. (2014). Daños tardíos. Comentario a la SJPI nº 90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida. En *InDret*, (1).

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2018). *Responsabilidad civil extracontractual* (4ª ed.). Dykinson.

ZIMMERMANN, R. (2008). *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un estudio desde la Historia y el Derecho comparado* (E. ARROYO I AMAYUELAS, trad.). Bosch.

La «behetría» de la responsabilidad patrimonial por leyes inconstitucionales: Nuevas modulaciones del Tribunal Supremo a la letra del legislador

The 'confusion' of liability for unconstitutional laws: New interpretations by the Supreme Court of the letter of the legislator

M.ª Consuelo Alonso García

Catedrática de Derecho Administrativo

Universidad de Castilla-La Mancha

https://orcid.org/0000-0002-1240-8260

RESUMEN: En apenas cinco años, el Tribunal Supremo ha dictado una interesante jurisprudencia que interpreta, modulándola extraordinariamente, las rígidas reglas establecidas por las leyes de 2015 para regular la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales. La intención del Alto Tribunal es, según sus propias palabras, hacer esta institución «más amplia y menos rigorista», al entender que su diseño actual hace escaso o prácticamente nulo su reconocimiento.

Pero la trascendencia, y también la intensidad y celeridad, con las que se están produciendo estos cambios están planteando muchos interrogantes a los operadores jurídicos, colocándolos en una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica.

En este trabajo analizamos críticamente estos giros o inflexiones, su impacto en la regulación actual de este instituto y su incardinación en el conjunto del sistema jurídico, y concluimos haciendo un llamamiento al legislador para que, a la luz y teniendo en cuenta estos nuevos pronunciamientos judiciales, y de acuerdo con los principios de equivalencia, efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva, afronte definitivamente la regulación de este instituto, dotándole de la estabilidad de la que hoy carece.

ABSTRACT: In just five years, the Supreme Court has handed down interesting case law that interprets, with extraordinary flexibility, the rigid rules established by the 2015 laws regulating the financial liability of legislating authorities for

Recibido: 1-10-2025

Aceptado: 31-10-2025

unconstitutional laws. The intention of the high court is, in its own words, to make this institution 'broader and less strict', on the understanding that its current design makes its recognition scarce or practically non-existent.

However, the significance, intensity and speed with which these changes are taking place are raising many questions for legal practitioners, placing them in a situation of uncertainty and legal insecurity.

In this paper, we critically analyse these shifts or inflections, their impact on the current regulation of this institution and their integration into the legal system as a whole. We conclude by calling on the legislator to definitively address the regulation of this institution, considering these new judicial rulings, and in accordance with the principles of equivalence, effectiveness and the right to effective judicial protection, providing it with the stability it currently lacks.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial. Leyes inconstitucionales. Tribunal Supremo. Modulaciones.

KEYWORDS: Financial liability. Unconstitutional laws. Supreme Court. Modulations.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MODULACIONES REALIZADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO A LOS REQUISITOS SUSTANTIVOS DEL ARTÍCULO 32.4 LRJSP. 1. La exigencia de sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa causante del daño. A. Estado de la cuestión y problemas que conlleva. B. Primera modulación: la impugnación de leyes autoaplicativas. C. Segunda modulación frente a esta exigencia: SSTS de 14 de septiembre de 2020 (rec. cas. 2486/2919) y siguientes idénticas. D. Tercera modulación: La posibilidad de instar la revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho como alternativa a la acción resarcitoria: STS de 28 de febrero de 2024 (rec. casación 199/2023). E. Una nueva «vuelta de tuerca»: Cuarta modulación: el alcance de los efectos prospectivos de la sentencia de inconstitucionalidad: STS de 4 de marzo de 2024 (rec. ord. 188/2023). 2. Quinta modulación: la alegación certera de la causa de inconstitucionalidad posteriormente declarada: STS de 27 de julio de 2022 (rec. cas. 3304/2019). 3. Sexta modulación: Consideración acerca de si el Tribunal Supremo ha endurecido el presupuesto de la antijuridicidad del daño en la responsabilidad patrimonial del legislador por leyes inconstitucionales: SSTS de 19 de enero de 2024. III. MODULACIONES A LAS EXIGENCIAS LEGALES DE CARÁCTER PROCESAL: EN PARTICULAR, LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS. 1. Séptima modulación: A la limitación de la indemniza-

ción a los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la sentencia de inconstitucionalidad. 2. Octava modulación: al plazo de prescripción de un año para instar la reclamación de responsabilidad patrimonial del legislador por leyes inconstitucionales. IV CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En el último lustro, el Tribunal Supremo, y significativamente en 2024, con ocasión de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por el RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL, en adelante), en lo que se refiere al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU en adelante), ha dictado una relevante jurisprudencia, en una casuística muy variada, que introduce relevantes inflexiones para atemperar el rigor de los requisitos impuestos por el legislador de 2015 para demandar la responsabilidad patrimonial de los daños provocados por leyes inconstitucionales, especialmente en lo que se refiere a las exigencias sustantivas establecidas en el artículo 32.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en adelante), como a las procedimentales previstas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP en adelante).

Haciendo un esfuerzo de sistematización, podríamos ordenar estas recientes novedades de la doctrina del Tribunal Supremo en las siguientes:

En cuanto a las exigencias materiales:

- Posibilita que, como reacción frente a una autoliquidación tributaria, y a efectos de poder impugnar la misma, se inste el procedimiento para su rectificación (primera modulación).

- Habilita para accionar contra los actos firmes dictados en ejecución de una ley declarada inconstitucional a través de la vía de la revisión de los actos nulos. Con ello, se admite el «reinicio» de la acción de responsabilidad y, de esa manera, se entiendan cumplidas las exigencias impuestas por el artículo 32.4 LRJSP para accionar el juicio de responsabilidad (segunda modulación).

- Innova la legislación, al ampliar los supuestos de nulidad de los actos administrativos firmes a los que son aplicación de una ley declarada inconstitucional, con lo que se permite a los perjudicados obtener la indemnización de los perjuicios producidos a través de la revisión de oficio de los actos nulos, como alternativa a la acción de responsabilidad patrimonial del legislador (tercera modulación).

- Faculta al lesionado a obtener una indemnización sustentada en la responsabilidad patrimonial del legislador en los supuestos en los que, con carácter previo a la STC, el mismo hubiera cumplido las exigencias del art. 32.4 LRJSP, y aunque el Tribunal Constitucional haya declarado efectos prospectivos de su fallo de inconstitucionalidad (cuarta modulación).

- Atempera la regla que tiene que cumplir el sujeto lesionado de realizar la alegación certera de la causa de inconstitucionalidad que posteriormente se declare (quinta modulación).

- Aunque todos los nuevos giros efectuados por el TS en su doctrina se han encaminado al señalado objetivo de mitigar la severidad impuesta por las leyes de 2015 para obtener la responsabilidad patrimonial del legislador, en algún otro caso la Sala Tercera ha sido implacable en el examen de la concurrencia de sus presupuestos de nacimiento, como la antijuricidad, como tendremos ocasión de comprobar (sexta modulación).

Por lo que se refiere a las reglas de carácter temporal:

- Se concreta el *dies a quo* para determinar el momento de producción de los daños derivados de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, y así paliar la severidad de la regla del artículo 34.1 LRJSP de que sólo serán indemnizables los producidos en los cinco años anteriores a la fecha de la sentencia de inconstitucionalidad (séptima modulación).

- Finalmente admite la suspensión del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial en determinados casos (octava modulación).

A mi modo de ver, estas profusas y céleres inflexiones y matizaciones que el Poder Judicial ha realizado a la legislación vigente sobre la responsabilidad del legislador han provocado un estado que yo he denominado «behetría», es decir, de «desconcierto», «zozobra» o «desolación», pues efectivamente, el actual régimen jurídico de esta institución adolece de una importante inestabilidad que suscita inseguridad jurídica a todos los operadores jurídicos: doctrina, jueces y magistrados, víctimas y abogados que las representan. Me parece que esta expresión ilustra muy bien la situación que al respecto padecemos[1].

[1] Utilizo esta expresión del idioma quechua que he extraído de un libro de Mario VARGAS LLOSA que estaba leyendo en el trance de redactar este trabajo. Su título es *El país de las mil caras*, y en él, el maestro recopila diversos ensayos sobre el Perú. Refiere el autor que dicha palabra fue utilizada por el Inca Garcilaso para referirse al período de desolación y confusión que padeció *Tahuaninsuyo* (imperio inca) antes de su fundación, durante el cual pareció que «los dioses se le eclipsaban» (pp. 676 y 722). El término es recogido por el Diccionario de la Real Academia Española con este primer significado: «confusión», «desorden», «barullo» o «burundanga».

Para complicar aún más esta vorágine de cambios, al descrito panorama se han sumado las reclamaciones de responsabilidad patrimonial planteadas por algunos ayuntamientos ante las pérdidas económicas sufridas por la imposibilidad de girar el impuesto de plusvalía tras la declaración de inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos reguladores[2].

Seguramente, en estos nuevos posicionamientos jurisprudenciales habrá tenido una notable influencia el juicio emitido al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 28 de junio de 2022 (C-278/2020), que considera atentatorios contra el principio de efectividad algunas exigencias que nuestro sistema nacional impone para lograr la responsabilidad patrimonial del legislador en caso de infracción del derecho supranacional[3], y cuyos argumentos entiendo que son fácilmente trasladables a nuestro régimen jurídico interno en aplicación del artículo 24 de la Constitución.

Parece que el Tribunal Supremo esté adelantándose al legislador que tiene paralizada la reforma que de esta institución debía haber realizado (que constaba en el Plan Anual Normativo 2023, apartado XIII), y que resulta imprescindible y urgente, ya no solo por el reproche de la Curia Europea sino también por la necesidad de ofrecer un marco jurídico interno completo y seguro a esta institución, que valore y, en su caso, corrija las dificultades actuales, que abocan a que los particulares tengan escasas o nulas posibilidades de ser resarcidos por esta causa, brindándoles estabilidad jurídica.

---

[2] Por razones de espacio no podemos detenernos en tan interesantes fallos, todos desestimatorios, de estas pretensiones. Se trata de las SSTS 157/2024, de 9 de octubre (Madrid), 1575/2024, de 9 de octubre (Salamanca), 1576/2024, de 9 de octubre (Valencia) y 1606/2024, de 14 de octubre (Zaragoza).

[3] Especialmente, y en relación con las reglas que este trabajo analiza, la corte de justicia se pronuncia de la siguiente manera: en relación con la primera -la exigencia de haber obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño-, si bien la Curia no pone reparos a este requisito, lo subordina a que el ejercicio de las acciones judiciales contra el acto causante del daño no ocasione dificultades excesivas que supongan una exigencia irrazonable, como sucede cuando el daño deriva de un acto u omisión del legislador contrario al derecho de la Unión y no existe una actuación administrativa que el particular pueda impugnar (apdo. 127), indicando que, en otro caso, la persona perjudicada debe dar pruebas de haber adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, aunque es contrario al principio de efectividad obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan (apdo. 123); por lo que se refiere a la alegación de la inconstitucionalidad posteriormente declarada, el Tribunal europeo entiende que esta regla puede suponer una complicación procesal excesiva contraria al principio de efectividad (apdo. 166) y, finalmente, por lo afecta al límite temporal indemnización de los daños producidos en los cinco años anteriores a la sentencia que declare la vulneración del DUE, lo considera contrario al principio de efectividad (apdo. 167).

II. MODULACIONES REALIZADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO A LOS REQUISITOS SUSTANTIVOS DEL ARTÍCULO 32.4 LRJSP

Las exigencias materiales que la LRJSP impone a la responsabilidad patrimonial del legislador por leyes inconstitucionales que el Tribunal Supremo ha matizado son: la obligación de actuar hasta sus últimos extremos la tutela primaria del derecho consiguiendo una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa causante del daño (1), la alegación de la causa de inconstitucionalidad posteriormente declarada (2), y la antijuridicidad del daño (3).

1. La exigencia de sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa causante del daño (art. 32.4 LRJSP)

A. Estado de la cuestión y problemas que conlleva

El artículo 32.4 LRJSP establece que la indemnización por responsabilidad patrimonial de una ley declarada inconstitucional procederá cuando «el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño».

Se pretende con ello acabar con la doctrina que había consolidado la jurisprudencia del TS sobre la *actio nata* consagrada en el asunto de las *máquinas recreativas*, impidiendo que el perjudicado que se aquietó en el ejercicio de su derecho a la tutela primaria pueda accionar la indemnización —tutela secundaria—.

Se obliga con ello al perjudicado a observar una exagerada diligencia en la defensa de sus derechos, actuando hasta sus últimas consecuencias contra el acto administrativo de aplicación de la ley considerada (hipotéticamente) inconstitucional hasta lograr una sentencia desestimatoria firme de su pretensión o bien, como alternativa, mantener «vivo» el procedimiento de recurso frente al acto administrativo, con la esperanza de que el Tribunal Constitucional anule la norma legal antes de que la Administración se haya pronunciado sobre su validez, evitando que el mismo se convierta en firme.

No obstante, en ambos casos puede suceder que, una vez declarada inconstitucional y nula la ley, el Tribunal Constitucional declare los efectos prospectivos de su fallo, imposibilitando la revisión de los actos o de las sentencias firmes, por lo que el perjudicado que actuó tempestiva, oportuna y correctamente contra el acto que causa el daño, se encontrará con el valladar de la cosa juzgada.

Obviamente, esta situación provoca una litigiosidad excesiva, que aboca a una multiplicidad de recursos inútiles —la mayoría, por no decir todos, desestiman esta suerte de pretensiones—, para unos órganos administrativos desbordados y unos tribunales de justicia ya colapsados, cuya única pretensión es evitar una posterior

acción de reclamación, y cuya virtualidad es más que dudosa, pues no ha desincentivado que aquellos damnificados que se puedan permitir un buen asesoramiento letrado, no hayan vacilado, legítimamente, en interponer estas acciones, aunque el resultado del reconocimiento de la responsabilidad haya sido, en efecto, «sumamente restrictivo»[4].

La carga impugnatoria que pesa entonces sobre el particular es exorbitante, no solo la administrativa, sino también la judicial. Además del poco tiempo de reacción de que dispone antes de que la resolución administrativa pueda ser recurrida y el acto se convierta en firme y consentido, hay que actuar contra un acto que se presupone válido, invocando no solo el vicio del mismo, sino el de la ley de la que éste es aplicación, también presumiblemente válida, pero a efectos solo invocarla, ya que el juicio de inconstitucionalidad no está al alcance de los particulares.

Por último, todo este periplo procesal es solo el primero de los necesarios para pretender la responsabilidad del legislador: una vez culminado el mismo, el damnificado tendrá que iniciar otro recurso, de nuevo administrativo y presumiblemente judicial, para instar esta reclamación indemnizatoria[5].

Esta primera «traba» que dificulta la reparación pecuniaria de los daños derivados de leyes inconstitucionales es la que el TS ha querido «paliar» con la jurisprudencia que en este trabajo se trata.

B. Primera modulación: la impugnación de leyes autoaplicativas

La primera dificultad en este sentido es la imposibilidad del sujeto lesionado de completar la exigencia de dirigir un recurso contra un acto administrativo cuando este no existe porque la ley que la que deviene es de aplicación directa o porque es el propio sujeto quien la aplica, como sucede en el caso de las autoliquidaciones tributarias.

A esta situación ha reaccionado también el Tribunal Supremo, pero no para eximir al particular del cumplimiento de la regla, sino para considerar que en estos casos es necesario «forzar» el acto administrativo que pueda ser objeto de impugnación judicial.

Concretamente, y para las autoliquidaciones, la Sala Tercera ha precisado que el cauce adecuado para cuestionarlas jurisdiccionalmente en la rectificación (artículo 120.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria –LGT, en adelan-

[4] LESMES SERRANO, C., «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en la revista *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), nº 68, 2025, p. 566.

[5] Las críticas que yo misma formulo a este sistema se pueden encontrar, entre otros, en mi trabajo «Réquiem por la responsabilidad patrimonial del legislador: la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público», en *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 175-180.

te–), remedio que se puede accionar fácilmente, por lo que no conculca el principio de efectividad tal y como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia Europeo, ya que no ocasiona dificultades excesivas ni supone una exigencia irracional.

Así se ha considerado, entre otras, en la STS de 24 de mayo de 2023 (rec. 439/2022[6]), luego reiterada en la sentencia de 18 de junio (rec. 824/2023[7]), y en la de 17 de abril de 2024 (rec. 651/2023[8]), que resultan especialmente interesantes no solo porque consideran que la reclamante se aquietó en su derecho al no haber hecho frente a las autoliquidaciones presentadas, pese a haber tenido a su alcance la posibilidad de accionar fácilmente frente a ellas mediante el procedimiento de rectificación y devolución de ingresos indebidos, sino porque invocó en defensa de su derecho que la obligación de contar con sentencia firme desestimatoria era un requisito que conculcaba el derecho de la Unión Europea, tal y como lo había interpretado la sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022[9].

Este es un procedimiento simple que obliga a la administración tributaria a pronunciarse, y luego, cuando se dicte resolución, y si la misma resulta desestimatoria, permite al administrado impugnarla en vía económico-administrativa, primero, y contencioso-administrativa, después.

---

6 STS 700/2023. Pte: Ángeles Huet de Sande.

7 STS 1077/2024. Pte: Carlos Lesmes Serrano.

8 STS 660/2024. Pte: Carlos Lesmes Serrano.

9 El FJ 8º de la STS de 24 de mayo de 2023 contesta a dicha argumentación de la manera siguiente:

«[…] esta Sala, en numerosas sentencias […] ha sostenido una interpretación amplia y no rigorista del requisito exigido en los artículos 32.4 y 32.5 de la LRJSP, que se encuentra precisamente en línea con la sentencia del TJUE alegada por la parte recurrente, al extender los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito referido a la previa impugnación por el interesado haciendo valer su disconformidad, siempre que haya tenido lugar un control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se haya valorado la constitucionalidad de la norma en cuestión».

Respecto a la alegación directa de la conculcación del Derecho de la Unión, razona que

«[...] no es posible invocar aquí la doctrina establecida en esta sentencia del TJUE porque en ella el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refiere exclusivamente a la responsabilidad patrimonial derivada de la aplicación de una norma contraria al derecho europeo y a la compatibilidad con el mismo de la regulación interna para exigirla (art. 32.5 de la Ley 40/2015), supuesto claramente distinto del que aquí analizamos atinente a la responsabilidad patrimonial derivada de una declaración de inconstitucionalidad (art. 32.4 de la Ley 40/2015) […]

Además de que tampoco se ha conculcado el derecho supranacional, ya que

«[…] en esta sentencia del TJUE no se ponen reparos, desde la perspectiva del principio de efectividad, al requisito consistente en haber obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño -siempre referido al supuesto contemplado en el artículo 32.5 de la Ley 40/2015-, siempre que el ejercicio de acciones judiciales contra el acto causante del daño no ocasione dificultades excesivas o suponga una exigencia irrazonable, como cuando el daño deriva de un acto u omisión del legislador contrario al derecho de la Unión sin que exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar (parágrafos 122 a 132 de la STJUE)».

C. Segunda modulación frente a esta exigencia: SSTS de 14 de septiembre de 2020 (rec. cas. 2486/2919)[10] y siguientes idénticas

Se trata de una interesante jurisprudencia de casación, ya examinada por nosotros[11], que permite a los particulares que se aquietaron ante un acto administrativo, y una vez firme el mismo, instar su revisión como forma de impugnación de tal manera que puedan constatar que se han enfrentado a la actuación administrativa y se ha efectuado un control jurisdiccional de dicho acto, con el objeto de poder culminar dicho proceso con una sentencia firme desestimatoria de dicha pretensión que le habilite para acudir a la vía indemnizatoria[12].

Esta opción es solo un procedimiento para «reabrir» la vía para la impugnación del acto administrativo que había quedado firme y consentido, y no exime de la obligación de conseguir, en un proceso judicial posterior, una sentencia desestimatoria firme, para así entender cumplido lo dispuesto en el 32.4 LRJSP. La resolución judicial ha de ser, pues, previa a la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la disposición de rango de ley de la que parte el acto administrativo.

Las ventajas que ofrece esta posibilidad que se le brinda al perjudicado, –que ya señalamos en su momento[13]–, son las siguientes:

En primer lugar, alivia la carga procesal que pesa sobre el mismo, a quien asiste la opción de reaccionar frente al acto administrativo en vía de recurso cuando éste no ha ganado firmeza o instar la acción de nulidad si este ya es firme.

En segundo lugar, le permite acumular en un solo recurso todos los actos que sean de aplicación de la misma disposición legal.

Igualmente, dispondrá de más tiempo para actuar frente al acto administrativo, por lo que podrá presentar la reclamación una vez que tenga conocimiento de la apertura de un procedimiento de inconstitucionalidad contra la disposición legal, y pertrecharse de argumentos en defensa de su derecho y de la causa de inconstitucionalidad que considera en que incurre la ley cuya validez se discute. al objeto de que el juez que esté conociendo del caso plantee la cuestión de inconstitucionalidad.

[10] STS 1158/2020. Pte: Octavio Juan Herrero Pino, así como las idénticas SSTS 1186/2020. Pte: Octavio Juan Herrero Pino; 1351/2020. Pte: Rafael Fernández Valverde; 1384/2020. Pte: Inés Huerta Garicano, y 1422/2020. Pte: Inés Huerta Garicano.

[11] ALONSO GARCÍA, Mª C., «El Supremo «alivia» la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 120, 2021, pp. 179-208.

[12] Recordemos que las vías de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho son las previstas en los artículos 106 y siguientes de la Ley 39/2015, y 216 y LGT para las liquidaciones de esta naturaleza.

[13] ALONSO GARCÍA, Mª C., (2021: 198).

En definitiva, es este un mecanismo que permite «reactivar» la acción de responsabilidad patrimonial del legislador cuando las vías de recurso están agotadas dada la firmeza del acto administrativo que causó el daño. La finalidad, insisto, es actuar contra el acto administrativo con el objetivo de tener una nueva oportunidad para cumplir las exigencias del artículo 32.4 LRJSP. Por consiguiente, los límites resultan claros: hay que contar con sentencia firme desestimatoria en la que se haya invocado la inconstitucionalidad posteriormente declarada y obtenerla antes de que se publique la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la ley, y confiar en que el propio intérprete constitucional no limite los efectos temporales de su fallo.

Pero puede darse la circunstancia de que el particular no pretenda que la Administración responda por el daño derivado de una ley inconstitucional, sino obtener una indemnización por la declaración de nulidad del acto administrativo que deviene de aquélla o, en el ámbito tributario, la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas. ¿Podría recurrir a esta acción? La respuesta afirmativa a esta cuestión es la que ha brindado la STS de 28 de febrero de 2024, que pasamos a analizar.

D. Tercera modulación: La posibilidad de instar la revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho como alternativa a la acción resarcitoria: STS de 28 de febrero de 2024 (rec. casación 199/2023[14])

A diferencia del caso anterior, la acción revisora que se planteó en esta sentencia no era una fórmula para cumplir los presupuestos legales necesarios para instar la declaración de la responsabilidad del legislador, sino una auténtica acción de revisión de un acto administrativo firme nulo de pleno derecho por devenir de una ley inconstitucional y en la que se pretende, asimismo, la reparación pecuniaria del perjuicio causado por el mismo[15].

a) Supuesto de hecho

El supuesto de hecho parte del ejercicio por parte del recurrente de la acción destinada a la revisión de actos nulos de pleno derecho (noviembre de 2019) con base en la declaración de inconstitucionalidad de normas del IIVTNU operada por la STC 59/2017, de 11 de mayo[16]. Es importante considerar dos datos adicionales: por un lado, que la acción se insta a los dos años de haberse publicado el fallo del Tribu-

[14] STS 339/2024, de 28 de febrero. Pte: Rafael Toledano Cantero.

[15] Recuérdese que la revisión de los actos administrativos firmes se concreta en el artículo 106 Ley 39/2015 LPACAP, estableciéndose la posibilidad de acordar la indemnización en el apartado 4 del mismo precepto. Para los tributos y sanciones tributarias firmes, es el artículo 213 LGT el que señala los cauces adecuados para esta revisión, considerándose como un procedimiento especial (art. 216 LGT).

[16] La revisión de oficio se inadmite por el Ayuntamiento, al no considerar que concurra ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 217. 1 LGT.

nal Constitucional, y, por otro, que éste no se había pronunciado sobre los efectos *pro futuro* de su fallo, entendiendo su alcance *ex origine* o *ex tunc*, sin introducir limitación alguna respecto de las situaciones eventualmente consolidadas.

El debate de la cuestión de interés casacional se centra en si la sala de la alta magistratura ha de reafirmar, completar, matizar o, en su caso, corregir su anterior jurisprudencia en virtud de la cual la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017 no determina que las liquidaciones de IIVTNU giradas con anterioridad y que hubieran ganado firmeza en vía administrativa incurran en los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 217.1 a), e), f) y g) de la LGT, todo ello a la luz de la STC (amparo) 108/2022, de 26 de septiembre.

b) El pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre si la revisión del acto nulo derivado de una ley inconstitucional constituye una alternativa a la acción de responsabilidad del legislador

Hasta la entrada en vigor de la Ley 40/2015, la jurisprudencia partía de la independencia y distinta naturaleza de la acción de revisión de actos nulos y la destinada a reclamar la responsabilidad del legislador por leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea. Por consiguiente, se permitía al particular optar por alguna de ellas, operándolas de modo alternativo[17], incluso compatibilizarlas.

Decantarse por una u otra dependía de si se había reaccionado o no en tiempo y forma contra el acto administrativo de aplicación de la ley anulada: en el primer caso sólo procedía la demanda por responsabilidad patrimonial (*actio nata* que surgía de la propia declaración de inconstitucionalidad de la ley), mientras que en el segundo, frente a los actos firmes, podría intentarse la declaración de nulidad[18], o, en ma-

Frente a esta decisión se interpone recurso contencioso-administrativo, que es resuelto de manera estimatoria por el juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de Valencia, mediante sentencia 338/2022, que declara que «concurre el presupuesto de hecho de la revisión en vía administrativa conforme a la reciente doctrina, al amparo de la declaración de inconstitucionalidad». Y ello «para lograr eliminar, en atención a lo querido por el art. 40.1 LOTC, todo efecto de la norma declarada inconstitucional», lo que a su juicio habilitaba a los obligados tributarios a instar la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas a través de revisión de los actos de naturaleza tributaria legalmente previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

Es frente a este fallo contra el que recurre el Ayuntamiento de Valencia, conociendo del mismo, en casación, el TS en la sentencia que analizamos.

[17] Vid, entre otras, las SSTS de 2 de junio de 2010 (rec. 588/2008), 6 de mayo de 2016 (rec. cas. 199/2014), 7 de noviembre de 2016 (rec. 186/2013) y 17 de octubre de 2017 (rec. 2/2016).

[18] El sistema vigente lo explica la STS de 28 de junio de 2004 (rec. 249/2002), sobre el gravamen complementario de la tasa sobre los juegos de suerte, envite o azar. -que nosotros hemos denominado *máquinas recreativas*-, y todas las que se pronunciaron sobre el mismo asunto:

«En nuestro sistema legal, [...]Si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Adminis-

teria tributaria, supuesto harto frecuente, podía instarse la revisión de oficio (art. 216 LGT), la rectificación de autoliquidaciones que dieron lugar a un ingreso indebido y su devolución (art. 120. 3 LGT) y la devolución de ingresos indebidos (art. 221 LGT).

Esta jurisprudencia hacía prácticamente intercambiable el ejercicio de estas acciones, pudiendo ser utilizadas tanto cuando la ley era declarada inconstitucional como cuando violaba el DUE: se admitía la revisión del acto nulo o, en el caso de que no existiera la excepción de cosa juzgada, la responsabilidad patrimonial de manera directa (SSTS de 13 de junio de 2000 (recurso 567/98) y de 13 de junio de 2000 (recurso 567/98) o, una vez fracasada esta última, la revisión de oficio o la recuperación de los tributos indebidamente satisfechos derivados de la ley inconstitucional (SSTS de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005). Para la devolución de ingresos indebidos, se podía instar de manera simultánea y sucesiva a la impugnación del acto, la responsabilidad patrimonial tanto cuando el plazo para ejercitar esta hubiera vencido (STS de 5 de julio de 2001), como para obtener la indemnización de aquellos ingresos cuya cuantía no podía recuperarse por haber prescrito el plazo de cuatro años previsto en la LGT para obtener dicha devolución (STS de 18 de enero de 2005 –rec. cas. en interés de ley 26/2003–, entre otras).

La justificación de esta tesis venía fundamentada en el argumento de que no se puede imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones o actos nulos de pleno derecho a fin de dejarlos sin efecto, y solo permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial de forma subsidiaria, teniendo en cuenta el hecho de que son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano ha de descansar en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes.

Por otra parte, en los casos en los que el Tribunal Constitucional vedaba la responsabilidad patrimonial por expresa declaración de los efectos *ex nunc* de su fallo, el Supremo entendía que dicha prohibición no alcanzaba a la revisión del acto derivado de la ley anulada, siendo perfectamente admisible el ejercicio de esta acción[19].

traciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes, en nuestro caso, ejercitada la acción por devolución de ingresos indebidos, el plazo empieza a contar desde que recae sentencia firme […]».

[19] SSTTS de 1 y 8 de julio de 2003 (rec. 18/2002 y 33/2002), 18 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 2 de febrero de 2004 (rec. 9/2002) y 12 y 14 de junio de 2004 (rec. 145/2002 y 155/2002).

Consideraba en este sentido que «el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable» (STS de 29 de febrero de 2000 (rec. 49/1998).

Finalmente, era viable la revocación de oficio del acto administrativo que adoleciera de vicio de nulidad, aunque en este supuesto era difícil que la propia administración autora de la resolución declarase por sí misma su nulidad[20].

Como ya sabemos, la Ley 40/2015, y ya antes alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo[21], arrumbó la posibilidad de utilizar alternativamente estas acciones, imponiendo al perjudicado la obligación de impetrar, hasta sus últimas consecuencias, la tutela primera antes de obtener la tutela judicial secundaria, indemnizatoria, de sus derechos.

La STS que comentamos vuelve, sin embargo, a atemperar los rigores que a esta situación ha impuesto el artículo 32.4 LRJSP, permitiendo al particular que no reaccionó frente el acto administrativo derivado de la ley declarada inconstitucional, y que, por consiguiente, quedó firme, obtener su nulidad por la vía de la revisión del mismo y la indemnización de los perjuicios por este irrogados[22].

Este fallo plantea, sin embargo, algunas interesantes cuestiones objeto de debate:

c) Cuestiones objeto de debate

a) La primera es resolver si la inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de la disposición legal «arrastra» la de los actos administrativos dictados al amparo de

Los interesados tenían la vía de solicitar la revisión del acto nulo.

[20] En este sentido, Ramón FALCÓN Y TELLA ha abogado por la coherencia en estos casos de prever una devolución de oficio de las liquidaciones efectuadas con arreglo a la ley declarada inconstitucional o contraria a DUE («La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en los supuestos de leyes inconstitucionales o incompatibles con el ordenamiento comunitario: la sentencia *Dagenville* del Tribunal europeo de Derechos Humanos», en revista *Quincena Fiscal*, 13 (2002).

[21] SSTS de 22 de septiembre de 2014 (rec. 394/2012 y rec. 390/2012) y de 26 de septiembre de 2014 (rec. 657/2012), que negaron que la responsabilidad del Legislador fuera un medio alternativo al expediente de devolución de ingresos indebidos -frente a cuya desestimación en vía administrativa el lesionado se aquietó - o un camino subsidiario para el particular que ve desestimada su solicitud por otra vía, obteniendo a través del instituto resarcitorio aquello que le ha sido denegado por otro cauce.

[22] El FJ 10ª así lo expresa: «Aunque en alguna medida la reparación de los efectos derivados de esta declaración de inconstitucionalidad se pueda encauzar a través de la vía de la responsabilidad patrimonial, no podemos obviar que esta posibilidad tiene unos requisitos y presupuestos mucho más limitados que los de la revisión de oficio, y, sobre todo, que su naturaleza es sustancialmente diferente, por lo que no puede sustituir la posibilidad de la revisión de oficio, ni la existencia del remedio de la responsabilidad patrimonial debe influir en el análisis de la viabilidad de la revisión de oficio como medio para llevar a su pleno efecto las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional».

la misma y determinar la causa de nulidad en que incurre el acto administrativo objeto de la revisión.

Para GALLARDO CASTILLO, la respuesta es afirmativa, pues, a tenor de lo expresado en una nutrida jurisprudencia del TS (v.gr. STS de 17 de junio de 2011, rec. 175/2000), la LPACAP incluye entre las que pueden ser objeto de revisión, las disposiciones que vulneran la Constitución, y aunque este precepto no predica tal nulidad de los actos administrativos dictados a su amparo, salvo que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional [apartado 1 a)], para esta autora «es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, éstos quedan afectados por idéntico vicio invalidante y, por consiguiente, son también radicalmente nulos de pleno derecho (artículo 9.3 CE)»[23].

Sin embargo, no parece que esta haya de ser la interpretación que deba darse al asunto, pues durante la tramitación de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT, se planteó la creación de un procedimiento de revisión de actos dictados al amparo de normas tributarias inconstitucionales, que no prosperó. Parece, por tanto, que el legislador no consideraba, al menos en ese momento, que de la nulidad de pleno derecho de la disposición general (art. 47.2 LPACAP) haya de derivarse la del acto administrativo que es aplicación o ejecución de aquella.

Por su parte, el TS, en un planteamiento anterior a su nueva doctrina, concretamente en sus sentencias 435/2020 de 18 de mayo de 2020 (rec. 1665/2019); 436/2020 (rec. 2596/2019) y 454/2020 (rec. cas. 1068/2020)[24], entendió que la pretendida nulidad de las liquidaciones firmes del IIVTNU como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos del TRLHL efectuada por la STC 59/2017 no podía encuadrarse en ninguno de los motivos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 217.1 a), e) f) y g) LGT[25].

---

[23] GALLARDO CASTILLO, Mª J., «La responsabilidad del Estado legislador y las debilidades del sistema», en la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 59, 2022, pp.106 y 107, nota 47.

[24] Esta doctrina se reitera en sentencias posteriores que cita el fallo que comentamos: 1190/2021, de 29 de septiembre; 33/2022, de 19 de enero; 71/2022, de 27 de enero; 99/2022, de 31 de enero; 1665/2022, de 16 de diciembre; y 1159/2022, de 20 de septiembre.

[25] Concretamente, el FJ 6º de la STS 436/2020 expresaba que «[…]aquellos actos tributarios (i) no han lesionado derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, toda vez que el artículo 31.1 de la Constitución (capacidad económica) -único que ha sido tenido en cuenta por el juez a quo para estimar el recurso y que ha provocado el debate procesal en esta casación- no es un derecho fundamental de esa naturaleza; (ii) no han prescindido por completo del procedimiento legalmente establecido; (iii) no han provocado que el solicitante adquiera facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para esa adquisición y (iv) no cabe identificar una norma con rango de ley que así establezca dicha nulidad radical y, desde luego, ésta no puede ser la aducida por la parte recurrente en su demanda (el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, referida a disposiciones generales y no a actos administrativos, como la liquidación firme que nos ocupa) [...]».

Esta tesis quedará, sin embargo, corregida por la sentencia que aquí nos ocupa, en la que el TS se plantea, en primer lugar, cuál ha sido la voluntad del TC en orden a la determinación del alcance de sus sentencias de inconstitucionalidad, dado que en este caso se trataba de la STC 59/2017, que, recordemos, no limitó sus efectos temporales *pro futuro*.

Llegados a este punto, entiende la sala que su referida jurisprudencia anterior ha quedado corregida o superada por la STC 108/2022, de 26 de septiembre, que otorgó el amparo a un particular que había solicitado en plazo la rectificación de la autoliquidación del IIVTNU, considerando que la nulidad del gravamen que devenía de la inconstitucionalidad de la ley que lo amparaba (STC 59/2017).

En esta sentencia de amparo, el TC se plantea cuáles han de ser los efectos de la inconstitucionalidad proclamada en su anterior sentencia 59/2017, entendiendo que los mismos «no se limitaron en modo alguno», «por lo que el régimen de situaciones jurídicas consolidadas no abarcaría más que a las que proclama explícitamente el artículo 40.1 LOTC, esto es a los casos resueltos por sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada en las que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales».

Esta no aplicación al caso enjuiciado de la excepción temporal de los efectos de inconstitucionalidad lleva al intérprete constitucional a afirmar categóricamente la «incondicionalidad del efecto de nulidad sobre los actos administrativos firmes que hubieren aplicado una ley declarada inconstitucional, en especial en consideración al efecto *ex tunc* de la sentencia de inconstitucionalidad examinada, en ese caso la STC 59/2017 […]».

En definitiva, entiende que la nulidad de la disposición legal «[...] se traslada también, en virtud de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, a los actos dictados en la aplicación de los preceptos expulsados del ordenamiento, en principio, con efectos *ex tunc* [..]».

Este es el argumento que acogerá a la Sala 3.ª en la decisión que analizamos[26].

[26] Para el TS (FJ 3º del fallo que analizamos), la sentencia de amparo constitucional 108/2022 aboca a afirmar que «[…]en ausencia de pronunciamiento sobre limitación de efectos debe regir, necesariamente, la regla general de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que deriva de la Constitución y de la LOTC, regla que impone, como explica la STC 108/2022 que «[...] [c]uando se declara la inconstitucionalidad y nulidad de una disposición legal, «el respeto a la Constitución debe regir en todo momento» (STC 70/2022, de 2 de junio , FJ 4), «lo que presupone la existencia de cauces de revisión» para lograr eliminar, en atención a lo querido por el art. 40.1 LOTC, todo efecto de la norma declarada inconstitucional (en sentido parecido, aunque respecto de las sanciones, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5, y 39/2011, de 31 de marzo, FJ 5) [...]».

Como consecuencia de lo anterior, y como considera el FJ 10º de esta misma sentencia, «[…] concluimos que los artículos 39.1 y 40.1 LOTC contienen ese mandato positivo que ya impone la propia Cons-

Aclarada de esta manera esta primera premisa, la siguiente cuestión es determinar cuál es el concreto motivo de nulidad en que incurriría el acto administrativo objeto de la revisión.

El FJ 10º de fallo expresa que el vicio de nulidad sería subsumible en el apartado g) del artículo 217.1 LGT —es decir, «cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley»—, que coincide con el mismo apartado del artículo 47 LPACAP, que según la sala ha de interpretarse «bajo el mandato de alcanzar el pleno cumplimiento de los efectos queridos por la Constitución para las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma», de lo que se deriva que es «la legislación ordinaria la que ha de ser interpretada desde los mandatos y exigencias de la Constitución y no a la inversa».

En definitiva, el fallo analizado permite al lesionado que se aquietó ante un acto administrativo que aplica una disposición legal declarada inconstitucional solicitar la revisión y declaración de nulidad del mimo, una vez conocida la STC, pero siempre que el Tribunal Constitucional no haya declarado los efectos prospectivos de sus fallos respecto de los actos firmes.

b) Planteamiento de la revisión de oficio de un acto firme si el TC declara los efectos prospectivos de su sentencia de inconstitucionalidad

La siguiente cuestión que conviene despejar es la que acabamos de enunciar: si se puede plantear la revisión de un acto administrativo firme en el caso de que el Tribunal Constitucional ha declarado los efectos prospectivos de su sentencia de inconstitucionalidad.

Esta cuestión es importante porque en el asunto de la plusvalía municipal, el TC se ha pronunciado en tres ocasiones sobre la inconstitucionalidad de determinados preceptos del TRLHL reguladores de este impuesto. Estas sentencias de inconstitucionalidad han establecido un diferente alcance de sus efectos temporales:

La STC 59/2017, de 11 de mayo de 2017, declaró inconstitucionales y nulos los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 TRLHL, pero sólo en la medida en que sometían a tributación situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de

titución en sus artículos 161.1º a) en relación al 164.1, de remoción de los efectos de una norma declarada inconstitucional y comportan la consideración de nulos de pleno derecho para los actos de aplicación de aquella norma inconstitucional, y que estos preceptos legales constituyen una vía suficiente, esto es, son la norma expresa a que se remite el artículo 217.1.g) LGT, para aplicar el cauce de la revisión de tales actos nulos de pleno derecho por razón de la inconstitucionalidad de la norma de cobertura, con los efectos que prevé el artículo 217 LGT».

Y más adelante declara que «[…] Lo que en ningún caso establece el artículo 217.1 LGT es que los actos firmes tributarios que hubieren aplicado una norma declarada inconstitucional queden excluidos del cauce de la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho».

naturaleza urbana. Este fallo no se pronunció sobre los efectos prospectivos o no de la nulidad de los referidos preceptos, razón por la que se admitió la posibilidad de la revisión de oficio de los actos administrativos firmes, como acabamos de explicar.

La STC 126/2019, de 31 de octubre de 2021, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 107.4 TRLHL en lo que se refiere a que la cuota que el contribuyente debe satisfacer al erario público fuera superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el mismo en la compraventa del terreno.

Finalmente, la tercera STC sobre este impuesto, la 182/2021, de 26 de octubre de 2021 (del pleno), declaró inconstitucionales los artículos 107.2 a) y 107.4 del referido texto refundido, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible del tributo que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este impuesto local, y, por tanto, su exigibilidad. El Gobierno corrigió esta situación dictando, quince días después de la STC, el RD-Ley 26/2021, de 8 de noviembre, que adapta el TRLHL al fallo de inconstitucionalidad. Esta sentencia sí limitó, y de forma muy amplia, sus efectos retroactivos[27].

Con carácter general, el Tribunal Supremo ha considerado que el alcance de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad es una cuestión que depende de la propia Constitución, concretamente, del artículo 9.1. Derivado del principio de adecuación del ordenamiento jurídico a sus disposiciones, resulta que solo la Norma Fundamental puede determinar los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de normas. Por ello, entiende que el mandato del artículo 161.1º a) en relación al artículo 164.1 de la Carta Magna, que establecen los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad, y desde luego los artículos 39.1 y 40.1 de Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC, en adelante), no admiten que ninguna ley limite los efectos de la inconstitucionalidad queridos por la Constitución, por lo que la interpretación judicial no puede conducir a la limitación de lo que la Constitución impone.

No obstante, recordemos que esta regla general está sometida a dos limitaciones: la primera, la intangibilidad de las situaciones resueltas por sentencia firme con fuerza de cosa juzgada que hubieren hecho aplicación de la norma inconstitucional, y la segunda, las restricciones temporales pudiera introducir la sentencia que declare

[27] Su FJ 6º estableció que «[…] no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la presente sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. A estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas (i) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (ii) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada *ex* art. 120.3 LGT a dicha fecha».

de inconstitucionalidad para ampliar el ámbito de situaciones inmunes a los efectos de aquella declaración.

Por consiguiente, y por lo que se refiere al asunto que nos ocupa, para apreciar la revisión de oficio de los actos consecuencia de una ley inconstitucional o para reclamar la RPEL por esta causa, habrá que estar a las declaraciones que sobre los efectos temporales de sus fallos haga el TC, lo que impedirá en algunos casos que determinados actos puedan ser objeto de revisión[28], como ha ocurrido con la tercera de las referidas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU, la 182/2021, supuesto que, no obstante, ha sido objeto de una importante matización por el TS concretada en la sentencia de 4 de marzo de 2024, cuyo análisis abordaremos en el epígrafe siguiente.

c) Plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de revisión

Al contrario de lo que sucede con la acción de responsabilidad patrimonial, que está sometida al plazo de un año establecido en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, el ejercicio de la acción de revisión del acto nulo de pleno derecho no está limitada temporalmente, por lo que se puede solicitar en cualquier momento, incluso después de publicada la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la disposición legal.

La cuestión es si, a pesar de esta regla, dicha acción puede mantenerse abierta *sine die*.

A este respecto, la STS que venimos analizando ha entendido que el tiempo que medie entre la declaración de inconstitucionalidad y la solicitud de la revisión de oficio del acto administrativo habrá de ser un plazo «razonable, lo que parece serlo en este caso, en que ésta se ha instado en un plazo inferior a cuatro años desde que se produjo el pago de la liquidación tributaria cuya revisión se pretende, y poco más de dos años después de dictarse la STC 59/2017 (FJ 11º), si bien mantiene que, en cualquier caso, es necesario «ponderar» el tiempo transcurrido desde que se produjo el ingreso de la cantidad liquidada por el acto nulo de pleno derecho hasta que se inste la revisión» (FJ 10º).

[28] Así lo consideró el TS en su sentencia de 10 de julio de 2023 (rec. cas. 5181/2022), donde afirmó que «[...] de conformidad con lo dispuesto en la STC 182/2021, de 26 de octubre, las liquidaciones provisionales o definitivas por Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que no hubieran sido impugnadas a la fecha de dictarse dicha sentencia, 26 de octubre de 2021, no podrán ser impugnadas con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la misma, al igual que tampoco podrá solicitarse con ese fundamento la rectificación, ex art. 120.3 LGT, de autoliquidaciones respecto a las que aún no se hubiera formulado tal solicitud al tiempo de dictarse la STC 26 de octubre de 2021[...]».

d) Conclusiones críticas sobre este fallo

A modo de conclusiones sobre los problemas jurídicos que plantea este fallo, queremos resaltar las siguientes:

a´) A diferencia del supuesto examinado en el apartado anterior (1.C), en el que la solicitud de revisión de oficio era un mecanismo que permitía al perjudicado «reabrir» la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador a los solos efectos de completar los trámites exigidos por el artículo 32.4 LRJSP, en el asunto aquí considerado, la pretensión del recurrente no es retomar el proceso de responsabilidad patrimonial, sino que sea la propia Administración pública la que, a través del procedimiento de revisión de oficio, declare la nulidad del acto que ejecuta la disposición legal ya declarada inconstitucional y, en caso de apreciarse, acuerde la indemnización correspondiente por el daño infligido.

b´) Una de las novedades de esta doctrina es que «resucita» la compatibilidad de las acciones de responsabilidad patrimonial y la revisión de oficio de los actos nulos, que proscribió, como hemos tenido ocasión de analizar, el tenor literal de la Ley 40/2015, y alguna jurisprudencia anterior dictada sobre la cuestión. Ambas acciones vuelven, por tanto, a coexistir, pudiendo ser utilizadas indistintamente por el afectado.

c´) A efectos procesales prácticos, conviene anotar que decantarse por la acción de revisión en lugar de por la de responsabilidad coloca en una peor posición al particular lesionado que combatió el acto administrativo hasta sus últimas consecuencias que aquel que se aquietó frente al mismo. Este último, además, no tiene que iniciar el segundo proceso judicial destinado a obtener la indemnización por la vía de la responsabilidad. En cualquier caso, es una opción que corresponde decidir al administrado.

No obstante, y a efectos de reparación del daño, ambas acciones tienen como fin obtener una reparación, y, aunque en el caso de la responsabilidad del legislador, esta ha de ser *in natura*, la revisión de oficio también permite a la Administración que declare la nulidad de la resolución reconocer las indemnizaciones que procedan siempre que se den las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la LRJSP y art. 106.4 LPACAP.

Diferente es el caso de la devolución de ingresos indebidos, que no solo se somete al plazo de prescripción de cuatro años desde que se produjo el ingreso (art. 66 LGT), sino que, además, en caso de prosperar, solo permite al particular recuperar el

abono tributario que no debió satisfacer, lo que no comprende el lucro cesante u otros gastos en los que, en defensa de su derecho, hubiera podido incurrir[29].

d´) En cuanto al valladar que puede suponer la limitación de los efectos temporales que pudiera hacer el propio TC en la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, ya se ha señalado que se trata de una situación que cercena tanto la posibilidad de instar la acción de revisión contra los actos que hubieran devenido firmes como la pretensión resarcitoria contra el legislador. No obstante, sobre esta cuestión se ha pronunciado la reciente y controvertida STS de 4 de marzo de 2024, que va a ser objeto de nuestra inmediata atención.

Por supuesto, estas restricciones en orden a la revisión no afectarán a las situaciones que continuaran pendientes de resolución al tiempo de dictarse la sentencia de inconstitucionalidad, esto es, los casos de liquidaciones provisionales o definitivas que no hubieren alcanzado firmeza al tiempo de dictarse la sentencia, así como las solicitudes de revisión de oficio ya iniciadas y pendientes de resolver al tiempo de dictarse el fallo de inconstitucionalidad.

e´) Pero tal vez el punto más criticable de esta sentencia es que el Tribunal Supremo ha ampliado por su propia voluntad los motivos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, al entender que tanto el apartado g) del artículo 47.1 LPACAP como el del artículo 217.1 LGT, para los actos de naturaleza tributaria, permiten subsumir en esta causa la inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, el tenor literal del precepto establece como motivo «cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal», y, a día de hoy, no existe norma legal alguna que haya previsto «expresamente» este motivo como presupuesto habilitante de esta acción.

E. Una nueva «vuelta de tuerca»: Cuarta modulación: el alcance de los efectos prospectivos de la sentencia de inconstitucionalidad (STS de 4 de marzo de 2024 (rec. ord. 188/2023[30])[31].

La relevancia del cambio de orientación jurisprudencial que el TS ofrece en esta sentencia consiste en que permite reclamar la responsabilidad del Estado legislador aun en el supuesto de que la sentencia de inconstitucionalidad limite *pro futuro* los efectos de su fallo. Pero, para comprender cabalmente este pronunciamiento es necesario conocer el *iter* procesal que siguió el demandante, que le llevó a cumplir,

[29] El reconocimiento de esta devolución impide obtener, para el mismo ejercicio económico, la responsabilidad patrimonial del legislador. En este sentido, las SSTS de 11 de octubre de 2016, 17 de octubre de 2016 y 13 de febrero de 2018, sobre el céntimo sanitario, consideran incluso que no se debe devolver al lesionado lo que la estación de servicio repercutió en el consumidor final.

[30] STS 364/2024, de 4 de marzo. Pte: Wenceslado Francisco Olea Godoy.

[31] En el mismo sentido la STS 1463/2024, de 18 de septiembre de 2024 (rec. 72/2024). Pte: Carlos Lesmes Serrano, decisión de la que más adelante nos ocuparemos por otros motivos.

tempestiva y escrupulosamente, todas y cada una de las arduas exigencias que para reclamar la responsabilidad por esta causa imponen los legisladores de 2015.

a) Hechos

El recurrente impugnó en tiempo y forma el acto administrativo de liquidación del impuesto de plusvalía municipal girado por el ayuntamiento, alegando que el mismo le había producido un daño antijurídico que no tenía la obligación de soportar porque la transmisión que fue gravada no resultó en incremento patrimonial sino en pérdida, como él mismo demostró. Frente a la resolución administrativa desestimatoria adoptada por la entidad local, el ahora demandante acudió a la vía judicial, obteniendo sentencia firme desestimatoria de su pretensión (sentencia 68/2021, de 12 de febrero del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Málaga). Había, por consiguiente, cumplido todas y cada una de las exigencias impuestas por el artículo 32.4 LRJSP para poder reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Ocho meses después de la sentencia judicial desestimatoria, el TC, en su referida sentencia 182/2021, declara inconstitucionales y nulos determinados preceptos del TRLHL, con el límite temporal indicado: imposibilidad, entre otras excepciones, de revisar sentencias judiciales firmes.

Una vez conocido el fallo de inconstitucionalidad, el lesionado se dirige al Consejo de Ministros para reclamar la responsabilidad patrimonial del legislador, pretensión que le es denegada por acuerdo de dicho órgano en 2022. El Gobierno acoge la tesis del abogado del Estado, que básicamente considera que no se puede pedir la indemnización con cargo a la ley inconstitucional porque se trata de una situación que ya ha sido decidida definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, y la sentencia constitucional, en su FJ 6.º, impide su revisión.

Por lo tanto, el asunto parte de dos parámetros: Por un lado, la declaración de efectos prospectivos realizada por el Constitucional en su tercera sentencia sobre la plusvalía municipal (182/2021), y el dato, absolutamente relevante a nuestro juicio, de que el lesionado había cumplido las exigencias impuestas por la LRJSP que le habilitaban para interponer la acción de reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial del legislador y obtener, en su caso, la reparación del daño causado.

b) Los pronunciamientos del TS

a´) Alcance STC 182/2021

En primer lugar, el Tribunal Supremo analiza el alcance que en este concreto asunto plantea la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos del

TRLHL que establece la STC 182/2021 que, recordemos, acuerda la intangibilidad de las situaciones decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada.

Para decidir la cuestión, la sala centra su análisis en los artículos 39.1 LOTC y 161 CE, que determinan precisamente estos efectos, precisando el primero que «[C] cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia», mientras que conforme al segundo, «[L]la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

El TS no mantiene dudas sobre la interpretación de los referidos preceptos, pero estima que el fallo de inconstitucionalidad 182/2021 no ha establecido limitación alguna en relación con la cosa juzgada respecto del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial (FJ 5ª).

b´) La diferenciación entre la acción de responsabilidad y la dirigida contra el acto administrativo que fue aplicación de la ley luego declarada inconstitucional.

Para salvar el límite a la revisión de sentencias firmes impuesto por el Constitucional en este caso, la alta instancia jurisdiccional aplica la doctrina que ya formuló, entre otras, en su sentencia de pleno de 2 de junio de 2010 (rec. 588/2000), conforme a la cual la excepción de cosa juzgada no es aplicable a la acción de responsabilidad patrimonial derivada de la sentencia que hizo aplicación de la ley luego declarada inconstitucional, al tratarse de dos actuaciones de naturaleza diferente. Por esta razón, entiende que «no constituye obstáculo para ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador declarados inconstitucionales la circunstancia de que los actos generadores del daño (liquidaciones tributarias, en el caso) sean firmes, ni siquiera si gozan de la eficacia de la cosa juzgada, siempre que tales actos hayan fundamentado la decisión administrativa productora del perjuicio».

Y ello es así, continúa considerando el Alto Tribunal porque, como se dijo en el referido fallo de 2010, «las pretensiones que fueron juzgadas, y a las que alcanza la *res iudicata*», son distintas de las deducidas en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de Estado legislador.

Y es que, para la sala, entre ambos procesos, aunque uno y otro puedan guardar una plena relación de equivalencia o utilidad económica, no hay identidad alguna ni pretenden la defensa del mismo bien jurídico: el juicio primero, que feneció en sentencia desestimatoria firme, es ahora un proceso no revisable, y aunque

conectado con la deducción de la pretensión indemnizatoria, que es el objeto del segundo proceso, no es el mismo que éste. Son pretensiones y juicios diferentes, que hacen que haya de rechazarse la presencia de la cosa juzgada y, por tanto, que no pueda apreciarse el efecto de exclusión que deriva de los artículos 161.1 a) CE y el 40.1 LOTC[32].

c´) La «resurrección» de la *actio nata*

Como consecuencia de lo anterior, el Supremo dota de sustantividad propia de la acción de responsabilidad, que entiende ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia que hizo aplicación de la ley luego declarada inconstitucional, considerando de nuevo la *actio nata*[33].

En definitiva, el asunto sobre el que ha de pronunciarse no queda afectado por el valladar de la cosa juzgada, desplegando todos sus efectos los artículos 40.1 LOTC y 32.6 LRJSP, por lo que la sentencia de inconstitucionalidad producirá sus efectos *ex tunc*, desde su publicación en el BOE, siendo el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción resarcitoria el de un año desde la publicación de la misma, tal y como establece el artículo 67.1 LPACAP.

c) Conclusiones críticas a favor de este concreto fallo

La crítica más exacerbada a este controvertido fallo jurisdiccional ha venido proporcionada por el profesor DOMÉNECH[34], que se ha opuesto a la misma con sólidos argumentos, algunos de los cuales no podemos compartir, al menos en todos sus términos.

[32] El propio TS mantiene que su tesis sobre la diferenciación de estas acciones corresponde, asimismo, a una interpretación conforme respecto del DUE, cuyo Tribunal de Justicia así lo dispuso en su sentencia de Pleno de 30 de septiembre de 2003, asunto *Köbler* (C-224/2001), cuyo FJ 39 afirma que «Sin embargo, hay que considerar que el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución. Un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, la parte demandante en una acción de responsabilidad contra el Estado obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño».

[33] Respecto de las sanciones trituraría que la recurrente había soportado por el abono tardío o incorrecto de las cuotas del impuesto, la Sala considera que también son resarcibles, pues son consecuencia directa anudada al impuesto viciado de inconstitucionalidad y han quedado afectadas por el mismo vicio, en la medida que quedan anudadas, de manera imprescindible, al propio tributo girado (FJ 8º).

[34] DOMÉNECH PASCUAL, G., «La interminable historia de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales: un nuevo giro jurisprudencial», en *Almacén de Derecho*, 18 de abril de 2024.

a´) En primer lugar, y en cuanto a la interpretación que nuestros tribunales de justicia han hecho del artículo 40.1 LOTC, la regla general ya no es la que con tanta clarividencia mantuvieron los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y LEGUINA VILLA[35], a la que nos unimos el propio DOMÉNECH[36] y yo misma[37], sino que, después de algunas divisiones en el Supremo[38], es la acuñada en una ya consolidada jurisprudencia, que expresa, entre otras, la STS de 28 de febrero de 2024, que acabamos de analizar, y conforme a la cual, y de acuerdo con una interpretación conjunta de los artículos 40.1 LOTC 161.1ºa) CE, 164.1 CE y 39.1 LOTC, con carácter general,

[35] GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que en «los procesos fenecidos por sentencia firme… no resulta posible, por explícito mandato de la Constitución, ninguna fórmula que permite deshacer lo que esa sentencia firme haya resuelto…» (*La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Thomson-Civitas, Madrid,200, p. 278). Por su parte, LEGUINA VILLA considera que tanto si el TC no se pronuncia sobre el alcance temporal de su fallo o sobre la reparabilidad de los perjuicios que la ley inconstitucional haya podido producir, «la ejecución de la sentencia constitucional no compota derecho alguno al resarcimiento» («La responsabilidad patrimonial de las Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 414 y 415).

[36] En todos sus estudios sobre la materia, pero de forma especial en «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 110, 2001, pp. 275-299.

[37] ALONSO GARCÍA. M.ª C: «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», en *Revista de Administración Pública*, nº 57, 2002, pp. 228ss.

[38] A favor de la retroacción de efectos se pronunciaron las SSTS de 16 de diciembre de 2010 (rec. cas. 6163/2007) y de 3 de junio de 2002 (rec. cas. 8036/1997), que consideraron que «[…] a partir de la fecha de publicación de la sentencia, recae sobre los Jueces y Tribunales resolver todos los juicios pendientes en los que puedan tener conocimiento de la Ley inconstitucional, considerando que la misma ha carecido de eficacia jurídica en forma originaria desde el mismo momento de su formación o entrada en vigor hasta la fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional, o, dicho en otros términos, juzgando "tamquam non esset", es decir, como si la Ley no hubiese existido nunca, con el matiz obligado de aquellos casos en los que las normas procesales que sean de aplicación impidan discutir una aplicación de la Ley inconstitucional que ya no pueda ser revisada. La decisión de inconstitucionalidad tiene, por ello, indudables efectos retrospectivos o para el pasado, en cuanto invalida la Ley anulada desde su mismo origen. La sentencia de inconstitucionalidad debe recibir aplicación incluso para actos y situaciones jurídicas anteriores en el tiempo a la publicación de la sentencia constitucional, siempre que existan impugnaciones en los que se discuta sobre ellos y la resolución o sentencia deba aplicarse conforme a las normas procesales ordinarias que rigen dichos procesos, con los límites que explicita el artículo 40.1 de la LOTC».

Sin embargo, también existen otros pronunciamientos del TS que «han mostrado una posición menos definida» sobre esta cuestión, incluso cuando el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre el alcance temporal de su fallo. En esta línea puede citarse la STS de 2 de junio de 2010 (rec. cas. 588/2020) o la STS de 8 de junio (rec. cas. 2739/2015. La STS de 8 de junio de 2017 afirma al respecto que «[...] ninguna incidencia tiene [la declaración de inconstitucionalidad], toda vez que en nuestro modelo de justicia constitucional los efectos *erga omnes* que se derivan de un fallo que declara la inconstitucionalidad de una norma no están dotados de carácter retroactivo ni conducen a la revisión de las situaciones consolidadas que se han producido al amparo de la norma que se entiende que es inconstitucional, salvo que se trate de supuestos de normas de carácter sancionador, a los que se refiere el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [...]».

y ante la ausencia de pronunciamiento del TC sobre los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es la nulidad, tal y como precisa el artículo 39.1 LOTC, con efectos retroactivos.

Por tanto, y según esta misma decisión judicial, el efecto querido por la Constitución es la remoción de los actos que han aplicado una norma inconstitucional, sin más límites que la intangibilidad de las situaciones resueltas por sentencia firme con fuerza de cosa juzgada que hubieren hecho aplicación de la norma inconstitucional, y las limitaciones que pudiera introducir la sentencia que declare de inconstitucionalidad.

b´) En mi opinión, la «perversión» del sistema es que el límite a la regla general de intangibilidad de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada ya no opere por *por mor* del artículo 40.1 LOTC, sino por la voluntad del Tribunal Constitucional, de tal manera que si éste no se ha pronunciado al respecto, se arrumba aquel precepto, permitiendo que sean los jueces y tribunales quienes decidan.

Tal situación es explicada por la profesora GALLARDO CASTILLO[39], y ocurrió tras la STS de 18 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), que es fruto del inicial desencuentro entre el TC y el TS sobre la necesidad de agotar la vía judicial para obtener la resolución estimatoria de la pretensión indemnizatoria, que llevó a la eliminación de tal exigencia. La expansión de reclamaciones patrimoniales ocurrida entonces por esta causa hizo que fuera el propio TS el que matizara la regla, estableciendo la excepción de que el TC hubiera declarado el efecto temporal de sus sentencias de inconstitucionalidad hacia el futuro, único pronunciamiento que impediría a los jueces amparar y declarar la responsabilidad.

Esta norma, conforme a la cual se dejaría en manos del Tribunal Constitucional la fijación del alcance de sus fallos de inconstitucionalidad, debía haber desaparecido tras la imposición establecida por el legislador de 2015, según la cual, para solicitar la tutela secundaria, la indemnización, el lesionado habría de haber defendido la tutela primaria. Nada más lejos de ello, cada vez son más frecuentes las sentencias de inconstitucionalidad que, en aras del principio de seguridad jurídica, determinan el alcance revisor que se ha de dar a su fallo.

Y más aún, el Tribunal Supremo, en esta trascendente sentencia de 4 de marzo de 2024 cuyo análisis nos viene ocupando, ha prescindido tanto de la voluntad del legislador expresada en el artículo 40.1 de la LOTC como de la expresa manifestación del TC en orden a la consideración de los efectos prospectivos de su sentencia 182/2021, admitiendo claramente la responsabilidad del Legislador.

[39] GALLARDO CASTILLO, Mª J. (2022, pp. 97 y 98).

c´) La corrección del criterio del TS en este caso concreto

A pesar de las anteriores consideraciones, desde mi punto de vista, en este asunto concreto, creo que la decisión de la alta instancia jurisdiccional ha sido la correcta.

A mi entender, lo que ha pretendido el Tribunal Supremo en su decisión ha sido buscar un argumento para no desamparar al particular que, lejos de aquietarse y confiando en el ordenamiento jurídico, ha llevado a cabo y cumplido todos y cada uno de los rigurosos y costosos presupuestos legales para demandar la responsabilidad patrimonial del Legislador: ha actuado la tutela primaria, primero en vía administrativa y luego en vía judicial, hasta alcanzar una sentencia judicial firme; ha alegado en este juicio la inconstitucionalidad de la disposición legal de la que era ejecución el acto administrativo impugnado, luego reconocida por el TC, y todo ello de manera preventiva, antes de conocer la sentencia de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que este primer juicio es solo la vía previa, no para obtener la reparación del daño, sino para permitirle reclamar ante el Consejo de Ministros, y muy probablemente, ante el TS en otro juicio posterior.

Obviamente, podemos estar de acuerdo con la tesis sustentada por destacados autores de que al particular que se aquietó y no defendió su derecho primario, se le aplique la prohibición de impetrar la tutela secundaria y obtener la indemnización[40]. En este caso, no hay duda de que no puede ejercer la acción de responsabilidad porque, al margen de razonamientos doctrinales, lo impide el propio artículo 32.4 LRJSP.

Podemos también discutir el argumento jurisprudencial de que este mismo lesionado que no defendió la tutela primaria de su derecho, y una vez conocida la sentencia de inconstitucionalidad, pueda obtener, por la vía de la revisión de oficio —que no de la responsabilidad del legislador—, la declaración de nulidad del acto administrativo y la indemnización del daño sufrido.

Pero lo que, a nuestro juicio no cabe, y este es el punto de inflexión determinante de la sentencia que analizamos, es que ahora que el legislador exige para poder pretender la RPEL «obtener sentencia firme desestimatoria» contra el acto administrativo que ejecuta la ley, la regla ya no sirva para el probo ciudadano que, habiendo

[40] TORNOS MÁS, J., en *Crónica de jurisprudencia administrativa de la Revista de Administración Pública*, nº 154, 2001, p. 284; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. Mª., «"Igualar por abajo". La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», en *Revista Española de Derecho Europeo* (REDE), nº 38, 2011, p. 151; y DOMENECH PASCUAL, G., (2018), quien mantiene que esta es la situación «normal», la que los ciudadanos perjudicados por una actuación estatal antijurídica estén obligados a impugnarla para así obtener la tutela judicial de sus derechos («La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº extra 31, 2018 (Ejemplar dedicado a: 40 aniversari de la Constitució Espanyola), p. 415).

cumplido escrupulosamente dicho mandato legal, ve negado, no ya la reparación del daño sufrido, sino la posibilidad de reclamarla.

Y es que ha sido el propio legislador de 2015 el que ha separado estas dos acciones que, efectivamente, son distintas: la primera se dirige contra el acto administrativo de aplicación de una norma inconstitucional, mientras que la segunda, que se insta en un momento posterior, y una vez obtenida una sentencia desestimatoria firme de esta la primera pretensión, procura la responsabilidad patrimonial del legislador.

Es hora de que el legislador clarifique también esta cuestión.

2. Quinta modulación: la alegación certera de la causa de inconstitucionalidad posteriormente declarada: STS de 27 de julio de 2022 (rec. cas. 3304/2019[41])

Además de cumplir la exigencia anteriormente comentada de obtener sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, el artículo 32.4 LRJSP exige de quien pretenda la responsabilidad patrimonial del legislador que haya alegado en dicho proceso la inconstitucionalidad posteriormente declarada, esto es, que «descubra» y «acierte» el vicio en el que incurre la ley.

Conviene a este respecto preguntarse si el precepto exige la invocación precisa y certera del motivo concreto de inconstitucionalidad, como señala MORENO QUIRÓS[42], o es una mera «cláusula de estilo», como lo ha entendido LOZANO CUTANDA[43]. De su redacción literal parece desprenderse que el juicio de inconstitucionalidad ha de basarse en el específico argumento expresado por el demandante.

La aclaración es importante porque, como ha dicho el propio TS, el juicio de constitucionalidad genera «dificultades notables». Ciertamente, como señala GALLARDO, «el cumplimiento de esta exigencia no está al alcance de cualquiera», ya que las «razones de inconstitucionalidad no requieren la concurrencia de ilegalidad manifiesta ni son tan ostensibles que resulten fácilmente detectables por cualquier ciudadano, salvo que esté dotado de una especial clarividencia jurídica y de una finura extraordinaria» [44] o, añado yo, muy bien asesorado legalmente, porque en vía administrativa no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y en

---

[41] STS 1103/2022. Pte: Rafael Toledano Cantero.

[42] MORENO QUIRÓS, J.A., *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 127.

[43] LOZANO CUTANDA, B., «La necesaria inclusión en las demandas, como cláusula de estilo, de la inconstitucionalidad o el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea del acto recurrido», en *Gómez Acebo y Pombo, Gestión de Conocimiento*, diciembre, 2016.

[44] GALLARDO CASTILLO, Mª J., 2022, p.103.

la jurisdiccional, el perjudicado ha de limitarse a solicitar su planteamiento ante el juez que está conociendo del asunto, que es el único competente y legitimado para decidir respecto a su elevación al Constitucional (STS de 31 de marzo de 2022 (rec. 636/2020), con cita de las sentencias 1156, 1186, 1351 y 1364/20).

Las dudas a este respecto han sido solventadas por la citada STS de casación 1103/2022, de 27 de julio de 2022, nuevamente resolutoria de un recurso planteado con ocasión del IIVTNU, cuyo análisis nos va a ocupar en las siguientes líneas.

El recurrente, que sí había cumplido el requisito de haber obtenido sentencia firme desestimatoria de su pretensión primaria (sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Lleida), fundamentó en su demanda en la inexistencia de incremento de valor en la transmisión de la finca, situación que generaba una violación del artículo 31.1 de la Constitución, de lo que derivaba el carácter confiscatorio del impuesto. Por tanto, no se amparó en la inconstitucionalidad de la exclusividad del método de cálculo de la base imponible del tributo, que fue la causa de nulidad del TRLHL que finalmente acogió el Tribunal Constitucional en su sentencia 182/2021.

Para la Administración pública demandada, el recurrente no completó, en consecuencia, el mandato del artículo 32.4 LRJSP, al haber fundamentado su demanda en una causa de inconstitucionalidad distinta de la finalmente apreciada por el Tribunal Constitucional.

El TS, sin embargo, suaviza esta exigencia, considerando que la alegación no precisa de la concreta causa de inconstitucionalidad de la ley de la que trae su causa el acto administrativo origen del perjuicio, –y que no fue declarada sino mucho después de la impugnación judicial de la resolución tributaria–, no determina el incumplimiento del requisito impuesto por el artículo 32.4 LRJSP. Entiende que a estos efectos no es baladí la incidencia de la STC 182/2021.

En efecto, entiende que la STC 182/2021 no puede calificarse de «cuestión nueva», pues supone «una alteración sustancial del marco normativo de referencia que fue examinado en el debate procesal». Y dicho «marco normativo» sí que «fue invocado oportunamente en el proceso, para sostener las mismas pretensiones de anulación de la liquidación, aunque fuera con argumentos jurídicos no exactamente coincidentes con los que sustentan la declaración de inconstitucionalidad». Por esta razón, termina considerando que se trata «de un enfoque jurídico complementario de la argumentación sostenida en la instancia para la impugnación del mismo acto, sin alteración de la cuestión y pretensión suscitada y no una cuestión nueva» (FJ 5º).

En definitiva, es el «núcleo normativo que sustenta la liquidación cuestionada» lo que ha resultado nulo e inconstitucional, y precisamente, la inconstitucionalidad

de este «marco normativo» sí fue cuestionada inicialmente en el juicio contra la liquidación tributaria, no siendo necesario que se hiciera con argumentos jurídicos idénticos a los que finalmente utilizó la sentencia del Tribunal Constitucional.

3. Sexta modulación: Consideración acerca de si el Tribunal Supremo ha endurecido el presupuesto de la antijuridicidad del daño en la responsabilidad patrimonial del legislador por leyes inconstitucionales: SSTS de 19 de enero de 2024 (rec. 38/2023[45])[46]

A tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia que inicia la sentencia de 19 de enero de 2024, se podría plantear si el TS ha cambiado su criterio respecto de la exigencia de la antijuridicidad del daño para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial nacida de leyes inconstitucionales.

La tesis que tradicionalmente ha venido manteniendo a este respecto la alta instancia judicial partía de considerar que el particular no tenía obligación de soportar un daño que derivaba directamente, y sin ninguna duda, de la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad, y la consiguiente nulidad, de la ley que amparaba el acto administrativo. El daño surgía en ese momento (SSTS de 15 de julio de 2000, 9 de mayo de 2008, y las más recientes de 31 de marzo de 2022 (rec. 836/2020), 163/2024, de 1 de febrero (recurso 55/2023) y 185/2024, de 2 de febrero (recurso 43/2023).

Dicho planteamiento ya sufrió una importante «acotación» en la STS de 4 de marzo de 2024 (rec. ord. 188/2023), que acabamos de examinar, al plantear que, en el caso concreto examinado, no se pueden entender que {…} de la nulidad de los preceptos contrarios a la Constitución, declarada en la STC 182/2021, emerja imperativamente un daño antijurídico que pueda ser cuantificado por equivalencia a la cantidad satisfecha». La razón que asiste a la Sala Tercera para realizar esta afirmación es que el TC no estimó ilegítimo el impuesto, sino la exclusividad del método del cálculo de la base imponible hasta ahora utilizado.

No obstante, el fallo acaba por reconocer la obligación resarcitoria porque la sentencia constitucional 182/2021 sí que anuló, precisamente, la imposición al particular de utilizar únicamente este método para determinar la base imponible del gravamen, con lo que este no pudo acreditar la inexistencia del incremento de valor del terreno.

---

45 STS 81/2024. Pte: Carlos Lesmes Serrano.

46 En el mismo sentido, la STS 165/2024, de 2 de febrero de 2024 (rec. ord. 43/2003). Pte: Carlos Lesmes Serrano, y la STS 1103/2024, de 21 de junio de 2024 (rec. 865/2023). Pte: Carlos Lesmes Serrano.

Supuesto diferente es el fallado en esta STS de 19 de enero de 2024, reproducido en todas las posteriores, pues en estos casos el reclamante basaba su pretensión en la nulidad absoluta del IIVTNU que derivaba de la STC 182/2021.

Sin embargo, el TS parte del argumento de que el Tribunal Constitucional no ha considerado ilegítimo el impuesto ni tampoco ha rechazado la validez del método estimativo objetivo utilizado, —y que se basa en los valores catastrales—, sino que lo que ha declarado inconstitucional ha sido su «utilización exclusiva», de tal manera que impida al contribuyente utilizar una alternativa, legítima y necesaria, para la estimación directa de la base imponible que pueda dar lugar a cuotas tributarias que supongan una «carga fiscal excesiva» o «exagerada» para el mismo.

Para corregir este defecto en el cálculo del impuesto, el Gobierno, tan solo unos días después de dictada la sentencia, publicó el Real Decreto-ley 26/2021, por el que se adaptó a lo señalado en ella el TRLHL, imponiendo, entre otras, la regla de que el sistema objetivo se convirtiera en un método optativo, aunque solo aplicable a los casos en los que el sujeto pasivo no haga uso del derecho que ahora tiene reconocido a la estimación directa del incremento del valor.

Ambas sentencias parten, por consiguiente, de supuestos diferentes, en cuanto a que en esta última el demandante no había llegado a acreditar la existencia de decremento del valor de los terrenos sometidos al tribuno, exigencia que, a juicio, del Supremo, resulta ineludible.

Por consiguiente, la Sala Tercera no varía su tradicional postura sobre la antijuridicidad del daño que deviene de leyes inconstitucionales, que sigue entendiendo como la «regla general» o principio de afirmación de su reconocimiento, y que solo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria (FJ 7.º).

Sin embargo, lo que entiende en este caso es que, aunque de una declaración de inconstitucionalidad puede extraerse la presunción de la antijuridicidad de los daños derivados de los actos de aplicación, tal presunción no es absoluta y puede ser desvirtuada por las circunstancias que concurren en el caso concreto, como aquí, a su juicio, acontece. No existe, pues, el automatismo pretendido por la parte actora, que deduce su derecho a la indemnización del simple hecho de haber abonado el tributo[47].

[47] Para Blanca LOZANO, sin embargo, la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos reguladores del impuesto de plusvalía se produjo de forma «plena e incondicional» por las SSTC 58/2017 y 126/2019, por lo que, a su juicio, en este caso se hubiera tenido que reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado legislador («El Tribunal Supremo niega la responsabilidad el Estado Legislador sobre la base de la sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021», en *Análisis Gómez-Acebo y Pombo*, marzo 2024).

Y es que, efectivamente, el método de estimación objetiva de la base imponible del tributo hasta ahora utilizado fue ya eliminado por la propia jurisprudencia del TS a aplicar la doctrina contenida en las SSTC 59/2017 y 126/2019, que «abrieron la puerta a la posibilidad de utilizar métodos de estimación directa y cuantía de los incrementos o decrementos patrimoniales». Sin embargo, en el presente supuesto no se alcanzó el resultado pretendido por la parte con ninguno de ellos, de manera que vino a confirmarse la existencia de un incremento de valor del terreno y, en consecuencia, una manifestación de riqueza real o potencial cuyo gravamen resulta plenamente compatible con el artículo 31.1 CE (FJ 8º)[48].

En conclusión, en el supuesto aquí considerado, el motivo de la desestimación de la responsabilidad patrimonial no es que el impuesto no se debió abonar porque la ley que lo regulaba se anuló, sino porque no quedaron acreditadas las razones por las que no tenía la obligación de soportarlo, razones centradas exclusivamente en la puesta de manifiesto de «una realidad patrimonial que sometida a tributación contraviniera el principio de capacidad económica», esto es, el incremento del valor del terreno urbano.

III. MODULACIONES A LAS EXIGENCIAS LEGALES DE CARÁCTER PROCESAL: EN PARTICULAR, LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS

1. Séptima modulación: A la limitación de la indemnización a los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la sentencia de inconstitucionalidad

El artículo 34.1 (2º párrafo) LRJSP contiene una importante limitación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en cuanto supedita la reparación indemnizatoria a los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la STC que declara la inconstitucionalidad de la norma de rango legal.

Este límite ha sido muy criticado por la doctrina —entre cuyos detractores también me encuentro—, especialmente por el profesor GALÁN VIOQUE, para

[48] Para la Sala del Supremo, «[L]la expulsión del ordenamiento jurídico de determinados preceptos del TRLHL por la STC 182/2021 no conduce necesariamente -como pretende el recurrente- a calificar de antijurídico el abono de determinadas cantidades en concepto del IIVTNU o que esas cantidades, por equivalencia, constituyan un daño efectivo desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial. Para llegar a tal conclusión es preciso que se acredite a través de los medios de prueba establecidos en el ordenamiento tributario que el hecho imponible no se ha producido o que se ha producido en cuantía distinta a la establecida por la Administración con su método de estimación objetiva, o que las reglas de cálculo aplicadas eran incorrectas. Ninguno de estos extremos resultó acreditado en el presente caso pese a la utilización de diferentes medios de prueba por parte del actor» (FJ 8º).

quien no tiene sentido que la reparación de la lesión se haga depender de una circunstancia aleatoria, cual es que la sentencia que determina la invalidez de la ley se publique dentro de los cinco años siguientes a su producción, y cuando, probablemente, los daños se hayan originado mucho antes del lustro al que se refiere el precepto y en el ínterin, será lo normal que el particular se encuentre todavía en pleno proceso de litigación para lograr su compensación[49].

Para evitar esta limitación, que haría prácticamente imposible la reparación en la mayoría de los supuestos, las ya analizadas SSTS de 14 de septiembre y siguientes han atemperado la rigidez de esta exigencia al interpretar el *dies a quo* de este plazo como aquel momento en el que se consolidan los daños, lo que tiene lugar cuando se agotan las vías utilizadas por el interesado para corregir o evitar la efectividad del perjuicio, es decir, cuando se dicta la sentencia firme.

La razón es que no puede referirse la producción del daño consolidado y definitivo a un acto pendiente de decisión judicial que, en el caso de resultar favorable, determinaría la eliminación del mismo y consiguientemente, su improcedencia. Esta es la situación que precisamente aconteció en el caso resuelto en la ya examinada STS de 28 de febrero de 2024, en el que la sentencia de instancia estimó el recurso y acordó la reparación del daño —aunque luego el Ayuntamiento que giró la liquidación del impuesto interpusiera recurso de casación ante el Supremo, que, no obstante, volvió a dar la razón al lesionado—.

Como ha dicho LEIVA LÓPEZ, la solución del TS tiene como ventajas el retrasar la fecha de materialización del perjuicio, lo que permite al afectado tener un mayor margen al tiempo para ejercitar la acción de responsabilidad, impidiendo la prescripción[50].

Efectivamente, la prescripción de la acción indemnizatoria queda interrumpida, y el plazo de 5 años abierto hasta que no se recurre o se ejerce la acción de nulidad y la revisión es desestimada por sentencia firme. Es en ese momento cuando el cómputo se reanuda[51].

---

[49] GALÁN VIOQUE, R., «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del Sector púbico de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)», en *Documentación Administrativa, Nueva época*, nº 2, 2015. p. 6. Yo misma he criticado esta solución, considerando que la regla conduce «a la inutilidad de la reclamación porque, dado el lento funcionamiento de la justicia en nuestro país, en el momento de dictarse dicha sentencia, lo más probable es que los actos administrativos ya hubieran prescrito» (ALONSO GARCÍA, 2020: 215).

[50] LEIVA LÓPEZ, A.D., «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea», en la *Revista catalana de Dret Públic*, nº 63, 2021, p. 193.

[51] La STS de 22 de octubre de 2020 (rec. 6717/2019), en la misma línea que la jurisprudencia aquí analizada, precisa que «[…] al cuestionarse por el perjudicado el acto causante del perjuicio ha de entenderse interrumpido su cómputo, de manera que no pueda referirse la producción el caño consolidado

2. Octava modulación: al plazo de prescripción de un año para instar la reclamación de responsabilidad patrimonial del Legislador por leyes inconstitucionales

El artículo 67.1 LPACAP dispone que el plazo para entablar la demanda de responsabilidad patrimonial «prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo».

El propio precepto considera que, en los casos de responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales, «el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el "Boletín Oficial del Estado" […] de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma».

Por su parte, el artículo 32.6 LRJSP complementa esta regla al señalar que «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", […] salvo que en ella se establezca otra cosa».

Hay que notar a este respecto la irregularidad que supone la publicación de la STC en la página web del Tribunal Constitucional con el objeto de que despliegue su eficacia jurídica, lo cual es disconforme no solo con el artículo 32.6 LRJSP, sino con el 39.1 LOTC, como acertadamente ha señalado CHICO DE LA CÁMARA[52]. Por su parte, UTANDE SAN JUAN ha entendido que con ello se pretende evitar el «efecto anuncio» de la sentencia de inconstitucionalidad, impidiendo que se puedan interponer recursos para mantener «vivo» el acto administrativo una vez «presentada» la misma en la página web [53].

La primera consecuencia de esta norma es que las acciones destinadas a combatir el acto administrativo de aplicación de la ley inconstitucional —entre las que se incluyen todas las vías de impugnación: solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, recurso de reposición y, en el ámbito tributario, las reclamaciones económico-administrativas—, interrumpen el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

y definitivo a un acto pendiente de decisión judicial y que, caso de resultar favorable, determinaría la eliminación del mismo y consiguientemente la procedencia del daño. No puede olvidarse, en este sentido, que uno de los elementos que conforman la responsabilidad patrimonial es la realidad del daño».

[52] «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de la fórmula de cálculo de la "plusvalía municipal"», en la revista *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 101, 2022, pp. 72-77.

[53] «La STC de 26 de octubre de 2021 (IIVTNU). Especial referencia a sus efectos temporales y al real decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre», en la revista *Tributos locales*, nº 153, 2021, pp. 293-346.

Así lo ha entendido, entre otras, la STS de 22 de diciembre de 2022 (rec. 114/2022)[54].

La trascendencia de esta sentencia es importante pues, como bien ha señalado Blanca LOZANO, con anterioridad a la misma, el efecto interruptivo sobre el plazo de prescripción de un año se había mantenido por el TS únicamente cuando dicha revisión extraordinaria del acto administrativo se hubiese instado «con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad»[55]. Ahora, este mismo efecto se produce si el recurso de revisión se interpone con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción de revisión, es esta una cuestión que ya ha sido objeto de nuestra atención en líneas precedentes (apartado 1.C) con ocasión del análisis de la STS 28/2/2024). Reiteramos que, dado que el ejercicio de esta acción no se somete a plazo, el TS sostiene que deberá ponderarse el tiempo transcurrido desde que se produjo el acto nulo de pleno derecho hasta que se instó la revisión (FJ 10º), dando a entender que, en el caso concreto sometido a su consideración, en el que la revisión de oficio se solicitó en un plazo inferior a cuatro años desde se produjo el pago de la liquidación tributaria cuya revisión se pretende, y poco más de dos años después de dictarse la STC de inconstitucionalidad, se trataría de un plazo «razonable».

IV. CONCLUSIONES

Si bien las «variaciones» introducidas por el TS para aliviar la carga que pesa sobre el sujeto afectado que pretenda la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no llegan, salvando las evidentes distancias, a las treinta Variaciones Goldberg que compuso Bach, y aunque no descartamos que, dada la célere y fértil habilidad de la alta instancia judicial para modular los rigores que a este respecto impone nuestra legislación, creemos que las ocho aquí consideradas tienen la suficiente entidad para provocarnos la «behetría» a la que nos referíamos en las primeras líneas de nuestro trabajo, y constatar la necesidad de una modificación del sistema.

Si en estos momentos yo me dirigiera a quien lee estas líneas como abogada, lo que no soy, tendría muy claro lo que le aconsejaría: el modo de plantear el pleito y las diferentes vías que le asisten a día de hoy para pretender la reparación pecuniaria de los perjuicios ocasionados por leyes declaradas inconstitucionales.

---

54 STS nº 1747/2022. Pte: Inés Huerta Garicano.

55 LOZANO CUTANDA, B., 2024.

Si me pronunciaré, sin embargo, en calidad de lo que soy: profesora de Universidad, haciendo breve corolario, más académico, al tema que nos ha ocupado en este estudio.

En primer lugar, urge al legislador afrontar la definitiva regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, y no solo por demandarlo el Derecho de la Unión Europea, sino también por exigencias de clarificación de nuestro propio sistema jurídico y la aplicación del artículo 24 CE. La nueva configuración que de este instituto realicen las Cortes Generales habrá de tener muy presente los pronunciamientos, argumentos y consideraciones que tanto la Curia Europea como el TS han venido vertiendo sobre la cuestión.

Esta tarea se hace más evidente y necesaria por cuanto que ya ningún jurista duda de la existencia de esta institución en nuestro derecho: ni la doctrina, –arrumbados, por la fuerza de la ley, sus últimos detractores–, ni la jurisprudencia –nacional y europea–, ni el TC, pero cuya regulación, –primero pretoriana y luego legal–, con reglas a veces inconstantes y contradictorias, todos cuestionamos y criticamos de manera vehemente.

De la misma manera, cabe considerar el importante papel que el instituto de la responsabilidad patrimonial del legislador está llamado a representar en nuestros días, en un sistema jurídico en el que se aprecia una evidente crisis de la ley.

En efecto, las disposiciones legales han perdido en muchos casos su carácter general, casi sagrado, que fue su nota definitoria para juristas tan eximios como Cicerón, Francisco de Vitoria, Rousseau o Jèze, mudándose, de manera cada vez más frecuente, a leyes de caso único, leyes administrativas o leyes singulares.

De la misma manera, la producción de estas normas es excesiva y desordenada, por no hablar de la normalidad con la que los gobiernos «legislan» a través de decretos-leyes (SANTAMARÍA PASTOR, 2024).

Muchas de estas normas adolecen de mala técnica legislativa: faltan estudios sobre su alcance, no se coordinan con otras reglas jurídicas, tanto nacionales como europeas, al contrario, se yuxtaponen y contradicen entre ellas, se apartan del dictamen de los órganos consultivos, etc.

Como consecuencia de ello, son muy numerosas las leyes, que después de haber impuesto a los particulares sacrificios, resultan anuladas por inconstitucionales, y cuyos daños solo en escasas ocasiones resultan compensados (piénsese como ejemplo el del céntimo sanitario, gracias al cual el Estado recaudó unos nos 13.000 millones de euros, de los que solo devolvió 4.000 millones) o cuya reparación impone al ciudadano la excesiva carga de cuestionarlas preventivamente, en una constante puesta en duda de la seguridad de nuestro derecho, obligándole a someterse a lentos y costosos

procedimientos administrativos y procesos judiciales, en un sistema de justicia ya saturado.

Este complejo sistema previsto para reclamar la responsabilidad causa, asimismo, auténticos quebraderos de cabeza a la gestión, tanto del sistema judicial (el céntimo sanitario obligó a la creación de una sección especial en la Sala 3ª del TS para tramitar estos recursos) como a los órganos administrativos de revisión.

Esta situación contrasta, por otro lado, con el celo que pone la Administración en recuperar las deudas que los administrados contraen con ella (recargos, apremios, plazos perentorios de cumplimiento, amplios plazos de prescripción, …), lo que sitúa a aquellos en un plano de absoluta asimetría.

El momento actual es el idóneo para abordar esta reforma, y no solo porque la misma venga impuesta desde la Curia Europea, sino también porque se dan los mimbres adecuados para encararla con éxito: contamos con una sólida doctrina pertrechada de argumentos potentes; una práctica forense muy activa: los despachos de abogados están en esta lid desde hace mucho tiempo y, dicho sea de paso, están «haciendo su agosto» a costa de las exigencias de agotamiento judicial que impone la Ley 40/2015; y un importante acervo jurisdiccional para dotarnos de un sistema coherente y práctico que supere los defectos de la actual regulación.

Desde mi punto de vista, los temas ineludibles que esta nueva legislación ha de abordar serían, como mínimo, los tres siguientes:

El primero, analizar el modo de cumplir el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea, y como no, el de efectividad para, inspirándose en la «interpretación conforme» del ordenamiento europeo, eliminar las trabas que hoy en día hacen imposible o dificultan notablemente la responsabilidad del legislador en nuestro orden interno.

El segundo, valorar el alcance de la cláusula del artículo 40.1 LOTC, definiendo la interpretación de esta regla general y la compatibilidad de la misma con las declaraciones que sobre los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad realice el Tribunal Constitucional, y el papel que corresponde a los jueces y tribunales en orden a la revisión de actos firmes o los procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada.

Finalmente, evaluar la necesidad o no de ampliar las causas de revisión de los actos firmes, considerando la conveniencia de que se puedan entender nulos de pleno derecho los derivados de una ley declarada inconstitucional, y la revisión, en ciertos supuestos, de las sentencias con fuerza de cosa juzgada.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, M.ª C. (2002). La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales. *Revista de Administración Pública*, (57), 215-240.

ALONSO GARCÍA, M.ª C. (2020). Réquiem por la responsabilidad patrimonial del legislador: la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. En *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel.

ALONSO GARCÍA, M.ª C. (2021). El Supremo «alivia» la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador. *Revista Vasca de Administración Pública*, (120), 179-208.

CHICO DE LA CÁMARA, P. (2022). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de la fórmula de cálculo de la «plusvalía municipal». *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, (101), 72-77.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2001). Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (110), 275-299.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2018). La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, (nº extra 31), 411-430. Número dedicado a: *40 aniversari de la Constitució Espanyola*.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2024, abril 18). La interminable historia de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales: un nuevo giro jurisprudencial. *Almacén de Derecho*. https://almacendederecho.org/la-interminable-historia-de-la-responsabilidad-patrimonial-del-estado-por-leyes-inconstitucionales-un-nuevo-giro-jurisprudencial

FALCÓN Y TELLA, R. (2002). La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en los supuestos de leyes inconstitucionales o incompatibles con el ordenamiento comunitario: la sentencia *Dagenville* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Quincena Fiscal*, (13).

GALÁN VIOQUE, R. (2015). A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo). *Documentación Administrativa*, (2). Nueva época.

GALLARDO CASTILLO, M.ª J. (2022). La responsabilidad del Estado legislador y las debilidades del sistema. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (59), 74-121.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2007). *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Thomson-Civitas.

GUICHOT REINA, E. (2023). Comentario de jurisprudencia sobre Responsabilidad administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (229).

LEGUINA VILLA, J. (1993). La responsabilidad patrimonial de las Administraciones, de sus autoridades y del personal a su servicio. En *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común*. Tecnos.

LEIVA LÓPEZ, A. D. (2021). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea. *Revista catalana de Dret Públic*, (63), 185-197.

LESMES SERRANO, C. (2025). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), (68), 557-579.

LOZANO CUTANDA, B. (2016, diciembre). La necesaria inclusión en las demandas, como cláusula de estilo, de la inconstitucionalidad o el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea del acto recurrido. *Gómez Acebo y Pombo, Gestión de Conocimiento.*

LOZANO CUTANDA, B. (2024, marzo). El Tribunal Supremo niega la responsabilidad del Estado legislador sobre la base de la sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021. *Análisis Gómez-Acebo y Pombo.* https://ga-p.com/publicaciones/el-tribunal-supremo-niega-la-responsabilidad-del-estado-legislador-sobre-la-base-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-182-2021/

MORENO QUIRÓS, J. A. (2018). *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: análisis desde la perspectiva tributaria.* Aranzadi.

TORNOS MÁS, J. (2001). Crónica de jurisprudencia administrativa. *Revista de Administración Pública*, (154).

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª (2011). Igualar por abajo. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional. *Revista Española de Derecho Europeo*, (38), 141-171.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2024). Una llamada de emergencia sobre la crisis de la ley. *Revista de Administración Pública*, (224), 13-31.

UTANDE SAN JUAN, J. M.ª (2021). La STC de 26 de octubre de 2021 (II-VTNU). Especial referencia a sus efectos temporales y al real decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre. *Tributos locales*, (153), 293-346.

VARGAS LLOSA, M. (2024). *El país de las mil caras*. Alfaguara.

¿Ha respondido patrimonialmente el Estado español por los recortes a las ayudas a las energías renovables?

Has the Spanish State assumed liability for the cuts to renewable energy aid?

Roberto Galán Vioque[1]

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

https://orcid.org/0000-0002-8215-3531

RESUMEN: El objeto de este estudio es el de analizar las consecuencias jurídicas que han tenido las políticas de recorte del régimen de primas a las instalaciones de energías renovables que se pusieron en marcha en 2007 en España y que se tuvieron que adoptar para hacer frente a la grave situación de crisis económica y como solución extrema al elevado déficit del sector eléctrico, que en ese momento existía desde la perspectiva de la protección de la confianza legítima de quienes invirtieron en estas tecnologías. Dentro del ordenamiento jurídico español, se abordan los intentos infructuosos de anular estas medidas adoptadas por medio de normas tanto legales como reglamentarias para poder obtener una indemnización por la vía de la responsabilidad por ilícito legislativo, así como la escasa suerte que tuvieron las reclamaciones de responsabilidad por normas legales válidas. Se cierra el trabajo tratando la única forma de reclamación que ha sido exitosa, la de los arbitrajes internacionales planteados al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía que se han circunscrito a los inversores no españoles y nacionales de países firmantes de este instrumento internacional.

ABSTRACT: This study aims to analyze the legal consequences of the policies of cutting the premium scheme for renewable energy installations that were launched in Spain in 2007 and that had to be adopted to deal with the serious economic crisis and as an extreme solution to the high deficit in the electricity sector that existed at

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124031NB-C41 «Retos jurídicos para un sistema energético 100 % renovable» (MACODESCARB) financiado por Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Recibido: 31-10-2025

Aceptado: 31-10-2025

that time from the perspective of protecting the legitimate expectations of those who invested in these technologies. Within the Spanish legal system, this study addresses the unsuccessful attempts to annul these measures adopted through rules of both legal and regulatory ranks in order to obtain compensation under the doctrine of legislative wrongdoing, as well as the limited success of liability claims based on valid legal norms. This paper concludes by examining the only type of form that has been successful: international arbitrations under the Energy Charter Treaty limited to non-Spanish investors and nationals of countries that are signatories to this international instrument.

PALABRAS CLAVE: Energías renovables — régimen de ayudas — responsabilidad del Estado legislador — arbitraje internacional — confianza legítima.

KEYWORDS: Renewable energies – support scheme — responsibility of the legislative State — international arbitration — legitimate trust.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS RECORTES A LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA CON LA FINALIDAD DE REDUCIR EL DÉFICIT DE TARIFA DEL SECTOR ELÉCTRICO. **1. El nefasto régimen de ayudas a las energías renovables establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial**. **2. La generación de una «burbuja fotovoltaica». 3. El «goteo de recortes» al régimen de primas a las instalaciones de energías renovables establecidas en el Real Decreto 661/2007 hasta su sustitución por medio del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.** III. LA IMPROCEDENCIA DE UNA RESPONSABILIDAD POR ILÍCITO LEGISLATIVO POR LOS RECORTES A LAS ENERGÍAS RENOVABLES ANTE LA CONFIRMACIÓN DE SU VALIDEZ POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. **1. La confirmación por parte del Tribunal Constitucional de la validez de todas las disposiciones legislativas de «recorte» a las energías renovables**. **2. El tándem del Tribunal Supremo con el Tribunal Constitucional para rechazar las impugnaciones contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden de Parámetros**. **3. La sorprendente falta de cuestionamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión**

Europea de los cambios introducidos en España en el régimen primado de las instalaciones de energías renovables. IV. ¿CABE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR UNA VEZ CONFIRMADA LA VALIDEZ DE LOS RECORTES AL RÉGIMEN PRIMADO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES? V. LA APARICIÓN DE UNA INESPERADA VÍA INDEMNIZATORIA A TRAVÉS DE LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES PREVISTOS EN EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA.VI. BIBLIOGRAFIA**.**

I. INTRODUCCIÓN

Ha transcurrido ya más de una década desde que en España se produjera un cambio sorpresivo en el régimen primado de las energías renovables, en el contexto de una grave crisis económica y financiera mundial, que supuso una pérdida de ingreso para los inversores en estas tecnologías que habían confiado en la permanencia de estas ayudas.

Se va a abordar, en primer lugar, las distintas medidas de recorte que fueron adoptadas tanto por el Gobierno que aprobó estas ayudas como por el Gobierno que le sucedió y que llevó a cabo una «voladura» de todo el sistema de apoyo a las renovables.

Para tratar de conseguir algún género de reparación, los inversores afectados siguieron una triple estrategia. La primera, la más ortodoxa, fue la de impugnar las medidas de recorte que se fueron aprobando. Aunque dado que muchas de ellas se adoptaron a través de Reales Decretos-leyes y la impugnación no estaba al alcance de los inversores afectados, tuvieron que esperar a que el Tribunal Constitucional se pronunciara en relación con los recursos de inconstitucionalidad que interpusieron, sobre todo, las comunidades autónomas y que condicionarían, después, mucho la respuesta dada por el Tribunal Supremo cuando tuvo que pronunciarse sobre la legalidad de las disposiciones reglamentarias que también se aprobaron.

Igualmente, muchos afectados formularon reclamaciones de responsabilidad derivada de leyes válidas que han sido también resueltas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Finalmente, nos vamos a detener en la larga serie de arbitrajes internacionales de inversiones que algunos inversores extranjeros plantearon ante distintos tribunales arbitrales contra el Estado español por estos recortes al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía.

II. LOS RECORTES A LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA CON LA FINALIDAD DE REDUCIR EL DÉFICIT DE TARIFA DEL SECTOR ELÉCTRICO

Vamos a abordar, en primer lugar, las distintas medidas que se adoptaron en España respecto del régimen de ayudas a las instalaciones de energías renovables que se aprobó en 2007 para atajar el déficit de tarifa del sector eléctrico que supuso un importante quebranto económico para muchos inversores, sobre todo en tecnologías solares.

1. El nefasto régimen de ayudas a las energías renovables establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial

En el año 2004, tras un sorpresivo cambio de gobierno, se produjo un giro relevante en la política energética en España. Al poco tiempo el nuevo Gobierno del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) aprobó, el 26 de agosto de 2005, un nuevo *Plan de Energías Renovables para el período 2005-2010*[2], que sustituía anticipadamente al anterior que se había aprobado para el periodo 2000-2010 y que tenía como finalidad principal asegurar que se pudiera a alcanzar el objetivo indicativo del 12´2 de la demanda total de energía primaria para 2010 que se había fijado en la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad[3].

En ejecución de este nuevo Plan se aprobó después el *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial* (en lo sucesivo RD 661/2007), que venía a sustituir al muy reciente *Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, que establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*, y que, aunque sustancialmente mantenía el denominado régimen especial que se había creado para las instalaciones de energías renovables, introdujo una serie relevante de novedades.

Lo más destacado fue, sin duda, que, para atraer fuertes inversiones en un entonces incipiente sector de las energías renovables hacia España, se fijaron unas primas para las tecnologías solares muy altas y que pronto se comprobaría que ha-

[2] Se puede consultar en: https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_PER_2005-2010_8_de_gosto-2005_Completo.(modificacionpag_63)_Copia_2_301254a0.pdf). Acceso el 20 de noviembre de 2025.

[3] Art. 3.4.

bían sido excesivas[4]. Junto a esta medida se incluyó también lo que se calificó como una garantía de potencia a las instalaciones de energías renovables de modo que cuando en alguna de las tecnologías se alcanzase el 85 por 100 del objetivo de potencia previsto en el PER 2005-2010 se activaría este mecanismo, lo que implicaría una modificación de las primas que sólo se aplicarían a las nuevas instalaciones que se instalasen.

Estas dos medidas venían acompañadas, además, de una previsión reglamentaria, que no se había incluido en ninguna disposición anterior, por la que se garantizaba a los inversores en energías renovables que las modificaciones posteriores que se pudieran realizar en las condiciones establecidas para estas ayudas sólo se aplicarían a las nuevas instalaciones, pero no a las preexistentes. El apartado 3 de su artículo 22 establecía inequívocamente que las eventuales modificaciones que se produjeran «*de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión*». Con lo que parecía que se blindaba el régimen de las ayudas económicas a las instalaciones preexistentes que se pudieran poner en funcionamiento antes de que transcurriese este plazo «de gracia» de dos años.

2. La generación de una «burbuja fotovoltaica»

Los efectos del RD 661/2007 no se hicieron esperar, dando lugar a una verdadera «avalancha» de solicitudes sobre todo de proyectos de energía solar fotovoltaica y térmica, detrás de las que figuraban tanto inversores españoles como extranjeros[5]. Convirtiendo lo que hasta ese momento había sido una actividad industrial, de generación de electricidad, en un mero producto financiero que prometía, además, unas elevadas retribuciones a los inversores.

Una clara demostración de que de los incentivos previstos para la energía fotovoltaica habían sido excesivos fue que tan sólo tres meses después de la entrada en vigor del RD 661/2007, en el mes de septiembre, la entonces Secretaría General de Energía activó el citado mecanismo de garantía de potencia porque ya se había alcanzado el 85´5 de los objetivos previstos para este tipo de instalaciones para, nada menos, que el año 2010. El hecho de que se permitiera que hasta septiembre de 2008 se pudieran incorporar más instalaciones de esta clase al régimen especial con las

[4] Vid. DEL RÍO GONZÁLEZ, P. *Tipología y evaluación de los marcos de apoyo a la generación eléctrica renovable* en BECKER ZUAZUA, F.; CAZORLA PRIETO, L. M.; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Directores), *Tratado de Energías renovables*, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2010, Volumen I, Aspectos socioeconómicos y tecnológicos, p. 648.

[5] Véase como muestra el artículo de *Expansión*, publicado el 6 de octubre de 2007, titulado «La burbuja financiera se apodera de los huertos solares» que se ha obtenido en: (https://www.expansion.com/2007/10/06/empresas/energia/1043539.html). Acceso el 20 de noviembre de 2025.

condiciones del RD 661/2007 provocó una segunda «carrera» de solicitudes para que no se les aplicarán las nuevas tarifas, mucho menos generosas, que se incluyeron en el *Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, sobre Retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología*. Esta nueva disposición creó, además, un registro de preasignación de retribución con el que se perseguía poder conocer por anticipado la nueva potencia fotovoltaica que se planteaba instalar, cuya gestión se atribuyó al entonces Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, con lo que se centralizaban unas competencias administrativas que hasta entonces habían estado en manos de las comunidades autónomas.

Más tarde, el Gobierno decidió generalizar la existencia de este Registro de Preasignación para todas las tecnologías del régimen especial por medio del *Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, que adopta determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social* (RDL 6/2009)[6] en el que las inscripciones se hacían por orden de llegada de las solicitudes lo que provocó, a la vista de que se preveía que los objetivos de potencia para cada tecnología se iban alcanzar relativamente pronto, una tercera «oleada» de solicitudes. Puesto que, como se decía en la exposición de motivos del RDL 6/2009, las instalaciones que quedaran fuera de este registro se habrían de regir por **«***un nuevo marco jurídico-económico*» que tendría que aprobar el Gobierno teniendo «*como objetivos el establecimiento de un régimen económico suficiente y adecuado para fomentar la puesta en servicio de este tipo de instalaciones, promoviendo la investigación y desarrollo en el sector que permitan reducir los costes de las instalaciones, mejorar su operatividad y contribuir al desarrollo de la competitividad de la industria*». Que anunciaba, por lo tanto, un régimen de incentivos con una menor retribución que la que se aprobó en el RD 661/2007.

Hay que destacar que la apuesta que se hizo en España con el RD 661/2007 por la expansión, en una fase muy embrionaria, de las tecnologías solares se llevó a cabo antes de que se aprobará la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE que impuso el objetivo, esta vez con carácter obligatorio, de que el consumo final bruto de energía en 2020 global de la Unión Europea y también de nuestro país fuera como mínimo de un 20 % de energía procedente de fuentes renovables.

Lo que no se podía imaginar el Gobierno español, y tampoco nadie se esperaba, es que apenas dos meses después de que entrara en vigor el RD 661/2007 iba a estallar una crisis económica mundial que iba a afectar con especial intensidad al

[6] Art. 4.

sistema financiero. Y que, como consecuencia de esta situación, España tuviera que afrontar, por imposición de la Comisión Europea, una serie de recortes presupuestarios para contener un déficit público desbocado que acabarían afectando también al mantenimiento del nuevo régimen de ayudas a las energías renovables.

3. El «goteo de recortes» al régimen de primas a las instalaciones de energías renovables establecidas en el Real Decreto 661/2007 hasta su sustitución por medio del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico

El mismo Gobierno autor del RD 661/2007 aprobó luego el *Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, que regula y modifica determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica,* que introdujo *ex novo* unas limitaciones de horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima para las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica y eólica y realizó una revisión de las primas de las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica y eólica que se aplicaban a las futuras instalaciones en el caso de las instalaciones solares termoeléctricas y a las ya existentes en el caso de las eólicas.

Muy poco después, adoptó el *Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, que establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico*, que, con un título elocuente, llevó a cabo una reducción de las ayudas a las instalaciones fotovoltaicas e introdujo nuevas limitaciones de horas equivalentes de funcionamiento con derecho a primas en función de la zona solar climática donde se encontraran. Para compensar esta reducción de las primas se aumentó de 25 a 28 años el periodo que se podría disfrutar de la nueva retribución. Plazo que, al poco tiempo, la voluntarista *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible* elevó hasta los 30 años[7].

En noviembre de 2011 se produjo un cambio de Gobierno que continuaría con esta política de «recorte» del régimen primado para las energías renovables del RD 661/2007 hasta llegar a su completa supresión por medio del *Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan Medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico* (RDL 9/2013)[8]. La primera medida que adoptó fue la de imponer una

[7] En su Disposición final cuadragésima cuarta.

[8] Vid. en relación con las medidas de recorte anteriores al RDL 9/2013 véase a DEL GUAYO CASTIELLA, I, «Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 22 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuente de energía renovables)», Revista española de Derecho administrativo, 2012, nº 156, pp.232 y ss.; GALAN VIOQUE, R «El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las ener-

«moratoria» a todas las nuevas instalaciones del régimen especial por medio del *Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos*[9]. Posteriormente, el *Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero,* para tratar de rebajar también el déficit de tarifa del sistema eléctrico español, modificó el cálculo del índice de actualización de los costes del sector eléctrico excluyendo el incremento de precios de los alimentos no elaborados y los productos energéticos, eliminó para todas las instalaciones de energías renovables integradas en el régimen especial la opción de la venta de la electricidad producida en el mercado junto con el derecho al cobro de primas y procedió también a rebajar el importe de algunas de las tarifas establecidas en el RD 661/2007.

Muy polémica fue, sin duda, la creación del nuevo impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica a través de la *Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales para la sostenibilidad energética*, que se configuró como un tributo de carácter directo y naturaleza real que grava «*la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central*»[10] con un tipo del 7´7 aplicable a todos los ingresos, incluyendo las primas del régimen especial, que se percibiera por la producción de electricidad durante el año natural.

La solución final al llamado déficit de la tarifa eléctrica iba a venir más tarde con el ya citado RDL 9/2013, que vino seguido, poco más tarde, de la aprobación de la todavía vigente, aunque muy modificada, *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico* (LSE). Este Real Decreto-ley derogó, nada menos, que el RD 661/2007 y se remitió a un futuro desarrollo reglamentario para el establecimiento de un nuevo régimen retributivo que se iba a aplicar a las instalaciones preexistentes incluidas en el régimen especial. Haciendo un verdadero ejercicio de ingeniería (cuando no de «malabarismo») jurídica. Así, cambió en la entonces vigente Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico los parámetros que se habían establecido para la

gías renovables», TAVARES DA SILVA (Organización), Estudos de Direito da energía, Instituto Jurídico. Facultad de Direito da Universidade de Coimbra, 2014; GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.), Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red, ed. Dykinson, Madrid, pp. 97-136; MINGORANCE MARTÍN, C. «Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales», Revista andaluza de Administración Pública, 2013, nº 87, pp.151 y ss., quien hace un intento de sistematización y, con un visión muy crítica, RUIZ OLMO, I. «Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de energía fotovoltaica», Actualidad Jurídica Ambiental, 2014, edición digital.

[9] Analizado por DEL GUAYO CASTIELLA, *Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 22 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución…), op., cit.,* págs. 217 y ss.

[10] Art. 1.

retribución del régimen especial, que atendía principalmente a los costes de inversión en que se hubiese incurrido por los costes de inversión de lo que denomina una instalación tipo, que sería la que se hubiese realizado por una empresa eficiente y bien gestionada.

Como quiera que este nuevo régimen retributivo no existía en julio de 2013, y se tardaría casi un año en alumbrarlo, transitoriamente se seguiría aplicando el RD 661/2007, teniendo los pagos que se hicieran en este periodo la naturaleza de pagos a cuenta que tendrían después que ser ajustados. Habría que esperar hasta la aprobación del *Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos* (RD 413/2014), completado al poco tiempo por la «mastodóntica» *Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos*, conocida coloquialmente como Orden de Parámetros, que fijó para que las distintas tecnologías de energías renovables la nueva retribución en base al concepto, creado por el RDL 9/2013, de instalación tipo.

El resultado final de todo este complejo entramado de cambios legales se tradujo en una reducción global en el importe de las ayudas a las instalaciones de energías renovables cifrado en casi 2000 de millones de euros que se repartió, además, de una forma desigual entre las distintas tecnologías, pero que acabó afectando fundamentalmente a las instalaciones solares, tanto fotovoltaicas como térmicas, a la minihidráulica y a las instalaciones de generación de electricidad con purines. La reacción del sector de las energías renovables frente a este cambio regulatorio era de prever provocando una enorme litigiosidad que buscaba revertir estos cambios o al menos conseguir alguna clase de reparación económica.

III. LA IMPROCEDENCIA DE UNA RESPONSABILIDAD POR ILÍCITO LEGISLATIVO POR LOS RECORTES A LAS ENERGÍAS RENOVABLES ANTE LA CONFIRMACIÓN DE SU VALIDEZ POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO POR PARTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La anulación de las distintas medidas legales o reglamentarias adoptadas para reducir el coste del régimen de ayudas a las instalaciones de energías renovables era la vía más idónea para conseguir subvertir sus efectos. Una eventual declaración de nulidad por parte del órgano jurisdiccional competente hubiera abierto una vía para exigir una reparación al Estado por la vía de la llamada responsabilidad por ilícito legislativo o, en su caso, reglamentario.

1. La confirmación por parte del Tribunal Constitucional de la validez de todas las disposiciones legislativas de «recorte» a las energías renovables

El hecho de que el Gobierno utilizara la fórmula del Real Decreto-Ley, aunque el RD 661/2007 tuviera rango reglamentario, para introducir los sucesivos cambios en el régimen primado de las ayudas a las energías, provocó que el control de su validez quedara en manos del Tribunal Constitucional. O lo que es lo mismo, que los propietarios de instalaciones afectados no pudieran poner en marcha ninguna vía de recurso judicial frente a estas disposiciones legislativas.

Aunque todos ellos fueron impugnados ante el Tribunal Constitucional. En relación con todos estos Reales decretos-leyes, salvo el RDL 9/2013, se dio una circunstancia peculiar porque el alto Tribunal admitió los recursos que se le presentaron, pero no se pronunció sobre el fondo en ninguno de ellos porque en el momento de pronunciarse ya habían sido derogados por otras disposiciones legales posteriores. En todos ellos, como también haría con el RDL 9/2013, se rechazó que no concurriera una situación de extraordinaria y urgente necesidad necesaria para este tipo de normas legales (SSTC 96/2014, de 12 junio respecto del RDL 14/2010 y las SSTC 48/2015, de 5 marzo; 105/2015, de 28 mayo y 106/2015 de 28 mayo en relación con el RDL 1/2012 y la STC 28/2015, de 19 febrero respecto del 2/2013[11]).

Es más, el Tribunal Supremo también rechazaría el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad respecto de los Reales Decretos-leyes 14/2010 y 2/2013 en sus sentencias, de 12 de septiembre de 2013[12] y de 16 de marzo de 2015[13], respectivamente argumentando que si ya anteriormente se había aceptado la modificación del régimen retributivo por vía reglamentaria con más razón sería válida cuando se hiciese a través de una norma con rango de ley.

Lo que hizo que, al menos en un primer momento, la validez de los recortes a las energías renovables cuya declaración le correspondía al Tribunal Constitucional quedara imprejuzgado[14].

Sí que se pronunció el Tribunal Constitucional sobre el fondo, en su sentencia 183/2014, de 6 de noviembre, sobre la validez del nuevo impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica creado por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre,

[11] STC 28/2015, de 19 febrero.

[12] ECLI:ES:TS:2013:4492.

[13] ECLI:ES:TS:2015:966.

[14] Criticado por RUIZ OLMO, I: El fomento de energías renovables en la sentencia del Tribunal Constitucional 96/2014, de 12 de junio, la aparente incompatibilidad del interés general con el de los productores, RIVERO ORTEGA, R. y RASTROLLO SUÁREZ, J.J., Actas del XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo, 2014, pp. 231-241.

de Medidas fiscales para la sostenibilidad energética en la que rechazo la alegación relativa a la inseguridad jurídica que habría empeorado aún más la situación de los productores de energías renovables. Más tarde mediante su auto 69/2018, de 20 de junio, inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad que le planteó el Tribunal Supremo en relación con diversos artículos de esta ley y anuló el precepto de la *Ley Foral 24/2012, de 26 de diciembre, sobre el impuesto de la producción de la energía sobre el valor eléctrica*, de la Comunidad foral de Navarra, que excluía de este impuesto a algunos titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica de carácter renovable[15] por medio de su STC 110/2014, de 26 de junio de 2014 que anula íntegramente esta ley al considerar que tenía como objeto la regulación de un tributo estatal que no estaba paccionado con esta Comunidad Foral y, por lo tanto, que suponía una extralimitación de sus competencias tributarias al infringirse lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas[16].

Quedaba aún pendiente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto del RDL 9/2013 que había realizado una completa sustitución del régimen de ayudas introducido por el RD 661/2007 y que, a diferencia de los anteriores, no fue nunca derogado por una norma posterior, ni siquiera por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico de 2013 aprobada varios meses después.

Esta disposición legal fue recurrida, nada menos, que por cuatro Gobiernos autonómicos (Murcia, Navarra junto con su Parlamento, Andalucía y Extremadura) y por Diputados de la oposición, lo que lógicamente generó grandes expectativas en los inversores en energías renovables que luego se verían frustradas. La primera sentencia que se dictó, la STC 270/2015, de 17 de diciembre[17], lo fue en un momento que procesalmente era especialmente oportuno para los recursos contencioso-administrativos que se habían interpuesto ante el Tribunal Supremo contra el RD 413/2014 y la Orden de Parámetros, y que estaban pendientes del primer fallo.

Esta primera sentencia, aparte de admitir la utilización de la figura del Real Decreto-ley, aunque sus efectos se postergasen a su posterior desarrollo reglamenta-

[15] Art. 2 de la Ley Foral 24/2012, de 26 de diciembre, sobre el impuesto de la producción de la energía sobre el valor eléctrica.

[16] El primer inciso de este precepto establece taxativamente que «*Los tributos que establezcan las comunidades autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado*».

[17] *Cfr.* ALENZA GARCÍA, J. F., «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima. [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]», Actualidad Jurídica Ambiental, nº 55, 2016, pp. 3-22 y XIOL RÍOS, C. «Electricidad. Estabilidad financiera del sistema eléctrico. Incentivos a la producción de energías renovables. El principio de seguridad jurídica no significa la petrificación del ordenamiento, máxime en una actividad fuertemente regulada por su interés general», La Administración Práctica, 3 2016, 1-8 de la edición digital.

rio[18], rechaza que se quebrase la el principio de seguridad jurídica con su corolario de la confianza legítima y la prohibición de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución española, porque estos principios serían compatibles con las modificaciones introducidas en el régimen especial por el RDL 9/2013. Como ha destacado ALENZA GARCÍA[19], el Alto Tribunal se alinea claramente con la doctrina que el Tribunal Supremo había acuñado ya en torno al llamado riesgo regulatorio[20] al que se expondrían las empresas que participan en mercados fuertemente intervenidos administrativamente por razones de interés general, como es el del sector eléctrico.

Doctrina que seguirían después las sentencias 19/2016, de 4 de febrero; 19/2016, de 4 febrero; 29 y 30/2016, de 18 de febrero; 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo y que jugaría un papel decisivo en relación con la impugnación masiva que se había realizado ante el Tribunal Supremo tanto del RD 413/2014 y como de la orden de parámetros.

2. El *tándem* del Tribunal Supremo con el Tribunal Constitucional para rechazar las impugnaciones contra el Real Decreto 413/2014 y la Orden de Parámetros

Cuando se recurrió el RD 413/2014 y de la Orden de Parámetros ante el Tribunal Supremo ya existía una jurisprudencia previa reacia a anular disposiciones reglamentarias que hubiese rebajado el nivel de las ayudas a las energías renovables sobre la base de que en el sector de las energías renovables existe un «riesgo regulatorio»[21] que justificaría los cambios normativos que se pueden realizar siempre que se mantenga una rentabilidad razonable de las inversiones realizadas. Como hizo en su conocida sentencia de 25 de octubre de 2006[22].

Antes de resolver estos recursos el Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de abril de 2012, rechazó la impugnación del Real Decreto 1565/2010 porque considera

[18] F.J. 5º.

[19] En su «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima. [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]», op, cit., p. 12.

[20] *Vid.* RODRÍGUEZ BAJÓN, S., «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites, *Revista de Administración Pública»*, nº 188, 2012, pp. 189 a 205.

[21] Sobre el alcance jurídico del llamado riesgo regulatorio véase BACIGALUPO SAGGESE, *El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables*, Revista Otrosí, (5º época), núm. 6, 2011, pág. 20; DEL GUAYO CASTIELLA, *Seguridad jurídica y cambios regulatorios…, op. cit.,* pág. 252; y do MINGORANCE MARTÍN en *Energías renovables y riesgo regulatorio:…, op. cit.*, págs. 162 y ss. y sobre todo a RODRÍGUEZ BAJÓN, *El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites*, Revista de Administración Pública, nº 188, 212, págs. 189 y ss. .

[22] Recurso contencioso-administrativo 12/2005.

que ni sus medidas tenían un carácter retroactivo ni tampoco habían vulnerado los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, añadiendo que no existe un derecho a que se mantengan de un modo indefinido en las mismas condiciones económicas originarias el régimen de fomento que se había establecido en el RD 661/2007[23].

Meses después de que se dictara la STC 270/2015, de 17 de diciembre, el Tribunal Supremo dictó su primera sentencia por la que resuelve la impugnación del RD 413/2014 y de la Orden de Parámetros masiva, el 1 de junio de 2016[24] alienándose con sus planteamientos. Fallo del que se separaron los magistrados Eduardo Espín Templado, Eduardo Calvo Rojas y María Isabel Perelló Doménech y que se reproduciría en un interminable número de sentencias posteriores.

No obstante, hubo un supuesto en el que el Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto contra la Orden de parámetros, el que afectaba a las instalaciones de producción de electricidad mediante el tratamiento y la reducción del purín porque los recurrentes consiguieron demostrar que se habían fijado erróneamente los parámetros retributivos equiparando sus instalaciones a las convencionales de cogeneración, que no les aseguraba una retribución suficiente. La primera sentencia, de 20 de junio de 2016[25], fue seguida por otras muchas[26], anuló la parte de la Orden de parámetros que se refería a estas instalaciones ordenando, de manera insólita, que en el plazo de cuatro meses se dictase una orden que fijaran los nuevos parámetros para estas instalaciones que se llevó a cabo por medio de la Orden TEC/1174/2018, de 8 de noviembre, por la que se establecen los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a las instalaciones de tratamiento y reducción de purines aprobadas por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, y se actualizan para el semiperiodo 2017-2019[27].

3. La sorprendente falta de cuestionamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los cambios introducidos en España en el régimen primado de las instalaciones de energías renovables

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha acuñado una consolidada jurisprudencia, procedente del derecho alemán, relativa al principio de confianza legítima que se aplicaba a cambios normativos inesperados y sorpresivos. Por lo que

[23] En el Fundamento de Derecho decimotercero.

[24] ECLI:ES:TS:2016:2544.

[25] ECLI:ES:TS:2016:2859.

[26] SSTS de 20 de junio (recursos 428/2014 y 485/2014), de 7 de julio de 2016 (recurso 429/2014), de 26 de julio (recursos 504/2014 y 508/2014), de 19 de septiembre (recurso 505/2014) y de 14 de noviembre de 2016 (recursos 431/2014 y 509/2014), 16 de marzo de 2017 (recurso 430/2014) y de 23 de marzo de 2017 (recurso 497/2014).

[27] Boletín Oficial del Estado, Nº 275, de 14 de noviembre de 2018.

era previsible que el cambio en el régimen primado de las instalaciones de energías renovables acabara elevándose prejudicialmente al Tribunal de Luxemburgo.

Máxime cuando ya existían varios precedentes jurisprudenciales que en el ámbito de las energías renovables ya se habían planteado la aplicación del principio de confianza legítima como sucedió con las sentencias de 10 de septiembre de 2009, recaída en el caso *Plantanol GmbH and Co. KG* contra *Hauptzollamt Darmstadt*[28] y de 1 de julio de 2014, dictada en el caso *Ålands Vindkraft AB* y *Energimyndigheten*[29].

En la sentencia *Plantanol* el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que un cambio legislativo brusco que eliminaba unos beneficios fiscales aplicables al uso de biocarburantes ya reconocidos vulneraba el principio de confianza legítima si no se trataba de unas modificaciones previsibles para los operadores económicos.

Por su parte, la sentencia *Ålands* contiene una doctrina que en buena medida es complementaria de esta, ya que se tiene que pronunciar sobre si es conforme con el derecho de la Unión Europea, en concreto con los artículos 2.2 k), y 3.3 de la *Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables*, que un Estado miembro prohibiese a acogerse a su régimen nacional de primas al propietario de una instalación de generación de electricidad procedente de fuentes de energías renovables que, aunque estuviera situado en otro país, vendiera efectivamente la electricidad producida allí. El caso concreto era, desde luego, muy peculiar porque el parque eólico estaba situado en el archipiélago finlandés de *Åland,* territorialmente muy próximo a Suecia, que vende íntegramente su producción de electricidad en Suecia.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resolviendo la cuestión que le había planteado el *Förvaltningsrätten i Linköping* finés (el equivalente al Tribunal de lo contencioso-administrativo de *Linköping*),sosteniendo una tesis ciertamente poco europeísta y separándose —lo que es algo poco habitual— de la opinión del Abogado General, considera que un sistema de certificados negociables que restrinja su aplicación a los productores de electricidad verde producida en el territorio de un Estado miembro no vulnera esta Directiva y que, aunque esta restricción constituye una medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido de lo dispuesto por el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, vendría justificada porque

> *«…dicho sistema de apoyo a la energía verde cuyo coste de producción es, como han recordado concretamente el Gobierno sueco y la Comisión, todavía bastante elevado en comparación*

[28] Asunto C-201/08.
[29] ECLI:EU:C:2014:2037.

> *con el de la electricidad producida a partir de fuentes de energía no renovables, tiene por objeto, en esencia, favorecer, en una perspectiva a largo plazo, inversiones en nuevas instalaciones, dando a los productores determinadas garantías en cuanto al desarrollo futuro de su producción de electricidad verde. De este modo, la efectividad de tal sistema requiere, por definición, una cierta permanencia que permita concretamente garantizar el respeto de la confianza legítima de los inversores que se han comprometido en esta vía y asegurar la continuidad de la explotación de estas instalaciones***».**

Es decir, el Tribunal de Luxemburgo, reunido en Gran Sala y con la personación de, además de las partes en el proceso judicial nacional de los Gobiernos alemán, holandés y noruego y la propia Comisión Europea, en lo que podría parecer una velada crítica a los cambios legislativos que se había producido en el sistema de apoyo a las energías renovables en España, avala el mantenimiento del régimen primado finlandés, a pesar de que restringe el intercambio de electricidad dentro de la Unión Europea porque preserva el principio de confianza legítima de los titulares de estas instalaciones en este Estado miembro.

Con estos antecedentes jurisprudenciales era comprensible que los propietarios de instalaciones de energías renovables afectados por las medidas de recorte aprobadas sucesivamente por el Gobierno español tuviesen la esperanza de que pudiera conseguirse un pronunciamiento expreso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que, sin embargo, no sucedió.

Es más, el propio Gobierno español, como ya hiciera en su día con la responsabilidad del Estado por leyes validas con el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común[30], introdujo en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo LRJSP) una regulación de la responsabilidad derivada de leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, junto a la que se pueda producir por leyes inconstitucionales, que tenía como claro objetivo dejar sin efecto a esta figura de garantía patrimonial. Porque esta ley exige para que se pueda reconocer una indemnización, aparte de la previa declaración jurisdiccional de la disconformidad de la ley con el derecho de la Unión Europea, nada menos que se hayan agotado previamente los recursos administrativos y judiciales existentes contra la aplicación administrativa de la ley viciada y que en su impugnación se hubiese alegado la infracción del derecho de la Unión Europea.

Se trataba de unos evidentes obstáculos procesales dirigidos a impedir que pudiera prosperar en determinados supuestos, como los relativos a los recortes a las instalaciones de energías renovables, una responsabilidad del Estado por leyes con-

[30] Que ha recalado en el art. 32.3 de la LRJSP.

trarias al derecho de la Unión Europea que ya había sido reconocida antes por el Tribunal Supremo. La reacción de la doctrina administrativa no se hizo esperar[31] denunciado que esta nueva regulación, obstruccionista de la procedencia de responsabilidad patrimonial por los daños causados por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, cuestionaban los principios de eficiencia y de equivalencia que la jurisprudencia del Tribunal de Justica de la Unión Europea impone a las legislaciones nacionales en relación con sus regímenes de responsabilidad patrimonial, porque hacía muy difícil que se pueda obtener una indemnización y había establecido unos criterios menos restrictivos respecto de la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales para cuya procedencia no se exige que se dé una violación suficiente caracterizada. La posterior y conocida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también de su Gran Sala, de 28 de junio de 2022, estima el recurso por incumplimiento planteado por la Comisión Europea contra España y declara la infracción del principio de eficiencia, aunque no y de manera sorprendente, porque se separa de su doctrina anterior, del de equivalencia[32].

Efectivamente, los titulares de instalaciones de energías renovables afectados por los cambios en las ayudas del RD 661/2007 trataron infructuosamente de que el Tribunal Supremo cuestionara prejudicialmente estos recortes. En la ya citada sentencia de 12 de abril de 2012 el alto Tribunal rechazó plantear la cuestión prejudicial que le pedían los recurrentes porque no apreciaba ninguna infracción del derecho de la Unión Europea[33] y en la trascendental sentencia de 1 de junio de 2016 suma al argumento de que Real Decreto 413/2014 y la orden de Parámetros no contradecía la Directiva 2009/28/CE la facultad que tienen los Estados para modificar su régimen de fomento de las energías renovables atendiendo a razones de interés general siempre que

[31] DOMENECH PASCUAL, G, La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias a Derecho, Corts: Anuario de derecho parlamentario, ISSN 1136-3339, Nº. Extra 31, 2018 (Ejemplar dedicado a: 40 aniversari de la Constitució Espanyola), págs. 411-430; LEIVA LÓPEZ, A.D., La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea, Revista catalana de dret públic, Nº. 63, 2021 (Ejemplar dedicado a: Els fons europeus NextGenerationEU: reptes per a les Administracions públiques); GUICHOT REINA, E. La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad, Revista española de derecho europeo, Nº. 60, 2016, págs. 49-101; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional, Revista española de derecho europeo, Nº. 38, 2011, pp. 141-171 y nuestro A vueltas con la regulación de la responsabilidad del estado legislador: Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente, Documentación Administrativa: Nueva Época, Nº. 2, 2015, edición digital.

[32] C-278/2020.

[33] F.J. 3 C).

> **«**…*no se desnaturalice sustancialmente el régimen jurídico y económico aplicable a las instalaciones fotovoltaicas existentes asignadas al régimen especial, reconociéndoles el derecho a complementar los ingresos obtenidos por la venta de energía eléctrica en el mercado con la percepción de una retribución específica que les garantice tasas de rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida útil regulatoria de la instalación***»***.*

Lo que, como ya se ha señalado, garantizaba para el Tribunal Supremo el nuevo régimen primado establecido conjuntamente por el Real Decreto-ley 9/2013, el Real Decreto 413/2014 y la orden de parámetros.

Donde sí que hubo un pronunciamiento expreso del propio Tribunal de Luxemburgo fue en relación con la creación del Impuesto para la producción de electricidad por medio de su sentencia de 3 marzo 2021, recaída en el caso Promociones Oliva Park, S. L. contra Administrativo Regional (TEAR) de la Comunidad Valenciana en la que rechaza que no se pueda gravar fiscalmente la producción de electricidad utilizando fuentes de energías renovables y que este nuevo impuesto resulte discriminatorio, lesione la libre competencia o suponga una infracción de la obligación que tienen los Estados miembros de fomentar las energías renovables.

No obstante, el Tribunal de Luxemburgo sí que acabó pronunciándose sobre medidas de recorte a las ayudas a las instalaciones de energías renovables, no en relación con España, pero sí respecto de Italia, que también por unas razones similares modificó, reduciéndolas significativamente, sus ayudas a las instalaciones fotovoltaicas. El *Consiglio di Stato* (Consejo de Estado italiano) ejerciendo como última instancia en materia contencioso-administrativa cuestionó el sistema italiano que permitía revisar las primas a las renovables en función de la potencia que se fuera instalando por si fuera contrario al principio de confianza legítima. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia, de su Gran Sala y con la personación junto al Gobierno italiano de los Gobiernos checo, griego y el español y de la Comisión Europea. de 11 de julio de 2019, recaída en el caso *Agrenergy Srl* y *Fusignano Due Srl* contra *Ministero dello Sviluppo Economico* (Ministerio del Desarrollo Económico)[34], rechaza, tomando en cuenta la doctrina sentada en las sentencias *Plantanol* y *Ålands*, que se hubiese producido una infracción del derecho de la Unión Europea porque esta posible revisión era previsible para los promotores de instalaciones fotovoltaicas. Hay que

[34] ECLI:EU:C:2019:605. Comentada por REVUELTA PÉREZ, I., Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio 2019 (cuestión prejudicial de interpretación) sobre la Directiva 2009/28, de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (art. 3.3.a – sistemas de apoyo-, a la luz de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima), Actualidad Jurídica Ambiental, nº 93, 2019, pp. 94-98.

precisar, como han señalado DELGADO PIQUERAS[35] y REVUELTA PÉREZ[36], que las circunstancias no eran las mismas que se habían dado en España porque en el Real Decreto 661/2007 no había ninguna previsión que habilitara al Gobierno a modificar estas ayudas, sino todo lo contrario.

Criterio que se reitera en sus posteriores fallos, recaídos también respecto de Italia, de 15 de abril de 2021, caso *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie)* y otros, *Athesia Energy Srl*[37] y de 27 de junio. 2024, caso Gestore dei Servizi Energetici SpA y Erg Eolica Ginestra Srl[38], donde se juzgan situaciones más próximas a las que se hubo en España porque se había producido una sustitución del régimen de las ayudas.

Finalmente, hay que destacar que, con la finalidad clara de impedir que en el futuro se puedan volver a producir «bandazos» en el régimen de ayudas a las energías renovables, en la Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables se introdujo un precepto, su artículo 6, que con el elocuente título de *Estabilidad del apoyo financiero* dispone en su apartado que «*Sin perjuicio de las modificaciones necesarias para el cumplimiento de los artículos 107 y 108 del TFUE, los Estados miembros garantizarán que el nivel de apoyo prestado a los proyectos de energías renovables, así como las condiciones a las que esté sujeto, no se revisen de tal forma que tengan un efecto negativo en los derechos conferidos en este contexto, ni se perjudique la viabilidad económica de los proyectos que ya se benefician de apoyo»* añadiendo en el apartado siguiente que «*Los Estados miembros podrán ajustar el nivel de apoyo de acuerdo con criterios objetivos, siempre que tales criterios estén establecidos en el diseño original del sistema de apoyo».* Con lo que se limitan considerablemente, de acuerdo con la doctrina dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las facultades que tienen los Estados para modificar sus sistemas de apoyo a las instalaciones de energías renovables.

IV. ¿CABE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR UNA VEZ CONFIRMADA LA VALIDEZ DE LOS RECORTES AL RÉGIMEN PRIMADO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES?

Ante la previsible confirmación por parte del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de las disposiciones legislativas y reglamentarias que ejecutaron el «hachazo» a las energías renovables, fueron muchos los propietarios y promotores de

[35] Vid. su Las energías renovables (electricidad verde) en la jurisprudencia de la Unión Europea, Actualidad Jurídica Ambiental Congreso Nacional de Derecho Ambiental, nº 102/2, 2020, p. 155.

[36] En su «¿Riesgo o fallo regulatorio?: Los recortes a las renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea» publicado en el libro que dirige La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea, Thomson Reuter-Aranzadi, 2017, p. 424.

[37] ECLI:EU:C:2021:280.

[38] C-148/2023.

instalaciones de energías renovables que se decidieron por presentar reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el llamado lícito legislativo.

La figura de la responsabilidad por los daños causados por leyes válidas ha sido consagrada por la jurisprudencia. Y ello a pesar del intento del Gobierno, al que se ha hecho ya referencia, de frenar esta modalidad de responsabilidad del Estado legislador con la introducción del artículo 139.3 de la ya derogada LRJPAC de un precepto que quería condicionar la procedencia de la indemnización a que la propia ley causante del daño prevea la indemnización. Con esta regulación se pretendía poner fin a una doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado legislador que se había venido gestando sobre todo por el Tribunal Supremo, pero también por el Tribunal Constitucional, en relación con la avalancha de reclamaciones de responsabilidad presentadas por los daños causados por el adelanto legal de la edad de jubilación y por el régimen de incompatibilidades de los empleados públicos en la década de los años ochenta ya del siglo pasado[39]. A pesar de su recepción en la primera sentencia, de su Pleno, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la de 30 de noviembre de 1.992, por la que desestimaron estas reclamaciones de responsabilidad, muy pronto se acabaría arrumbando esta previsión legal reconociendo responsabilidad por los daños causados por leyes válidas en la histórica STS de 5 de marzo de 1993[40] que indemnizó los daños sufridos la supresión sorpresiva mediante una norma con rango de ley de unos beneficios fiscales.

Pocos años más tarde, también el Tribunal Constitucional acabaría consagrando la responsabilidad patrimonial derivada de leyes válidas en su STC 28/1997, de 13 de febrero en la que apunta a la esta figura para indemnizar los daños causados a unos promotores inmobiliarios por los perjuicios por una ley balear que paralizó la ejecución de actuaciones de urbanización en parajes naturales protegidos[41].

Dado que las reclamaciones de responsabilidad se tienen que presentar ante el Consejo de Ministros el conocimiento de los recursos contencioso-administrati-

---

[39] MONTORO CHINER, M.J. diría gráficamente que este precepto <<*parece que retrate la situación sufrida, tan criticada, de la jubilación anticipada de los funcionarios al rebajarse la edad de jubilación en la Ley 30/1984* en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, Revista catalana de Derecho Público, nº 16, 1.993, pág. 54. Igualmente, LEGUINA VILLA considera que es una reacción del Parlamento frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de algunos Tribunales Superiores de Justicia favorables al reconocimiento de responsabilidad legislativa, cuyos fallos serían «*la razón última de este precepto*» en *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Pública y del procedimiento administrativo común,* Tecnos, Madrid, 1993, pág. 412.

[40] Después reiterada en las posteriores SSTS de 27 de junio de 1994 y de 16 de septiembre de 1997.

[41] En su posterior STC 112/2006, de 5 de abril de 2006 (F.J. 21º, con un interesante voto particular de la entonces Presidenta del Tribunal Constitucional) volvería a pronunciarse tangencialmente sobre la responsabilidad del Estado legislador.

vos que se interpusieran frente a sus seguras desestimaciones, expresas o presuntas, correspondería al Tribunal Supremo, que también era el que se había pronunciado sobre la validez del RD 413/2014 y la orden de parámetros.

El Tribunal Supremo se pronunció, en primer lugar, en su sentencia de 21 de enero de 2016[42], en relación con la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la aplicación del Real Decreto 1565/2010 y el Real Decreto-ley 14/2010, señalando que imponían cargas generales que, por lo tanto, no eran indemnizables. Además, considera que la eventual pérdida de valor de las instalaciones de energías renovables, que alegaban los recurrentes, no constituía un daño efectivo ni actual porque había que esperar a que terminara el periodo de cobro de las ayudas para saber su valor. Para el alto Tribunal el aspecto más relevante para determinar si los daños producidos por estas disposiciones eran o no antijurídicos y, por lo tanto, indemnizables era el de que tras los cambios introducidos por estas normas se siguiesen manteniendo una rentabilidad razonable de las inversiones realizadas para las instalaciones prexistentes de energías renovables, lo que considera que se había mantenido, tomando en cuenta el conjunto de las retribuciones que iban a recibir durante la explotación de sus instalaciones, de las inversiones realizadas en sus plantas fotovoltaicas[43].

Esta jurisprudencia habría de ejercer una gran influencia sobre la resolución de los recursos que después de interpusieron reclamando responsabilidad derivada de la aplicación del Real Decreto-ley 9/2013, el Real Decreto 413/2014 y la orden de parámetros.

La primera sentencia que resolvió estas reclamaciones indemnizatorias, en concreto frente a la denegación por silencio administrativo por parte del Consejo de Ministros de una de estas reclamaciones, fue la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de enero de 2017[44]. Este Tribunal vuelve a desestimar los numerosos recursos interpuesto contra estas reclamaciones sobre la base nuevamente de que los daños alegados no eran efectivos, porque los perjuicios que se invocaban se iban a producir en un lago periodo de tiempo y que tampoco eran antijurídicos, ya que el Real Decreto-ley 9/2013 como el Real Decreto 413/2014 y la orden de parámetros eran válidos porque no habían infringido los principios de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, de seguridad jurídica y de confianza legítima y había antijuricidad en los daños porque no se garantizaba con el nuevo régimen retributivo una rentabilidad razonable, en la medida que la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 9/2013 se prevé una rentabilidad para las instalaciones de

[42] Rec. 515/2012. Doctrina que se reitera en cuatros fallos de ese mismo día (Recs. 507/2012; 563/2012; 627/2012 y 841/2012) y en las dos STS de 11 de diciembre de 2017(Recs. 227/2013 y 655/2012).

[43] Fundamento de Derecho duodécimo.

[44] Recurso de casación 871/2015.

energías renovables preexistentes que debería girar, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a su entrada en vigor de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos.

Solo ha habido un supuesto, desde luego, muy testimonial y de escasa relevancia, en el que el Tribunal Supremo ha estimado los recursos presentados contra las denegaciones de las reclamaciones de responsabilidad derivadas de una norma con rango de ley. Se trata del Real Decreto Ley 1/2012, que suspendió los procedimientos de inscripción en el Registro de preasignación y suprimió los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica. Por primera vez, en su sentencia de 9 de diciembre de 2015[45]. Más tarde, la STS de 28 de abril de 2016[46], rectificando su primera doctrina, extendería el reconocimiento de responsabilidad derivada de los daños causados por la aplicación del Real Decreto-ley 1/2012 también a las instalaciones fotovoltaicas.

V. LA APARICIÓN DE UNA INESPERADA VÍA INDEMNIZATORIA A TRAVÉS DE LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES PREVISTOS EN EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA

En el año 1994 se firmó el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), en inglés *Energy Charter Treaty*, que constituye el primer instrumento internacional de acuerdo multilateral y sectorial elaborado en el ámbito del sector energético[47], que entró en vigor el 16 de abril de 1998 tras el depósito del instrumento de ratificación por 30 Estados[48]. Este tratado fue firmado por 49 Estados y también por la Unión Europea, aglutina a todas las repúblicas de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, los países de Europa central y del Este, la Unión Europea y sus Estados miembros y Japón y Australia. La propia Comisión Europea jugó un papel central en el impulso para la aprobación de este acuerdo internacional.

El TCE contempla la posibilidad de que los inversores de los países partes puedan someter las disputas que se puedan suscitar en relación con sus disposiciones a un arbitraje de inversiones internacional. Pensando fundamentalmente en brindar mecanismos de protección a las empresas de países occidentales respecto de sus posibles inversiones en los nuevos Estados surgidos de la desaparición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

[45] Rec. 62/2014, seguidas por las SSTS de 10 de diciembre de 2015 (recs. 6/2014 y 40/2014) y de 15 de diciembre de 2015 (Recs. 62/2014 y 63/2014).

[46] Rec. 589/2014.

[47] BRUCE, Stuart. International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all? Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, 2013, p. 40.

[48] CAMERON, P.D., *International Energy Investment Law*: The pursuit of stability. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 152.

Aunque, como proféticamente apuntara WÄLDE[49], estos arbitrajes también podrían utilizarse para proteger inversiones que se realizarán en los propios países occidentales, sobre todos los pertenecientes a la hoy Unión Europea, nadie podía imaginarse que los conflictos que se suscitaran fueran en una inmensa mayoría de carácter intracomunitario[50].

Que fue lo que pasó con España a partir de las medidas de reducción del régimen de primas a las instalaciones de energías renovables que se empezaron a aprobar a partir del año 2008, convirtiéndose en uno de los principales países del mundo demandado en arbitrajes de inversión, solo superado por países como Rusia, Argentina y Venezuela. Situación en la que, aunque en menor medida, también se encontrarían otros estados miembros de la Unión Europea como Italia, Chequia y Alemania.

Es más, el propio TCE fue invocado infructuosamente ante tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional en su STC 270/2015, de 17 de diciembre, rechazó la impugnación que se hizo del Real Decreto-ley 9/2013 por infracción de este tratado invocando su discutible doctrina constitucional que excluye a los tratados internacionales de un eventual control abstracto de la convencionalidad de las normas con rango de ley[51]. De acuerdo con esta doctrina si este Real Decreto-ley fuera contrario al TCE correspondería a los tribunales, cuando juzguen los casos en los que se pudieran aplicar estas dos normas, elegir la que tenga primacía que de acuerdo con el principio de jerarquía esta debería ser el tratado internacional. La intervención del Tribunal Constitucional se produciría sólo en el supuesto de una aplicación arbitraria de este principio.

Algo parecido sucedería con el Tribunal Supremo que en su muy citada sentencia de 12 de abril de 2012 sostuvo, a los meros efectos dialécticos, respecto de los recortes aplicado a las instalaciones de energías renovables, que las previsiones de este tratado lo que obligaban era a garantizar una estabilidad del marco regulatorio en su conjunto, lo que no podía suponer una petrificación del ordenamiento jurídico

[49] WÄLDE, T., International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty, WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty*: An East-West Gateway for Investment and Trade. London: Kluwer Law International,1996, p. 252.

[50] LACSON, A., «What happens now? The future of intrae.u. investor-state dispute settlement under the Energy Charter Treaty», International Law and Politics, nº 51, 2019, p.1331 y LÓPEZ ESCUDERO, M. «Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.). España y la práctica del Derecho Internacional, Madrid: Escuela Diplomática, 2014, p. 248. (http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/EscuelaDiplomatica/Documents/Coleccion_ED_20_)p. 248 y HUALDE LÓPEZ, I. y SÁNCHEZ POS, V. «El arbitraje de inversión en España tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»; «Investment arbitration in Spain in light of recent jurisprudence from the European Union Court of Justice», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Nº 2, 2018, p. 871.

[51] Efectivamente, en todos los recursos de inconstitucionalidad que se interpusieron contra el Real Decreto-ley 9/2013, salvo en las SSTC 30/2016, de 18 de febrero y 42/2016, de 3 de marzo.

español. Sobre todo, teniendo en cuenta las circunstancias económicas que habían llevado a la aprobación de estos cambios. Lo sorprendente es que esta argumentación del Tribunal Supremo referida a los recortes a las instalaciones fotovoltaicas se acabó incorporando, tal cual, junto a la doctrina de la STC 270/2015, de 17 de diciembre, y a las numerosas sentencias que luego resolverían la impugnación del Real Decreto 413/2014 y de la orden de parámetros.

Lo cierto es que muchos inversores extranjeros de países parte del TCE, la inmensa mayoría de estados miembros de la Unión Europea, siguiendo el sabio consejo de prestigiosas firmas de abogados, optaron por la opción de acudir a la vía de los arbitrajes de inversiones internacionales al amparo de este tratado. Incluidas también las empresas españolas que tuvieran filiales en países parte de este tratado[52].

De modo que el Estado español recibió hasta 51 demandas de arbitrajes internacionales en distintos tribunales arbitrales por una cifra superior a los 10.000 millones de euros en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (IACCE) o en la Corte Permanente de Arbitraje (CPA).

Estas reclamaciones se basaban todas ellas en la violación del principio de trato justo y equitativo establecido en el artículo 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía y la mayoría, con un carácter subsidiario, en la existencia de una expropiación indirecta de las contempladas en su artículo 13.

El Gobierno español en estos arbitrajes trató por todos los medios de que se inadmitieran invocando un abanico de argumentos (inexistencia de un periodo previo de negociación, la cláusula *electa una via, non datur recursus ad alteram*, abuso de poder, levantamiento del velo e inexistencia de inversores o de inversiones protegidos por el TCE), entre los que destacaba la improcedencia de arbitraje entre estados de la Unión Europea[53].

En todos los arbitrajes se rechazaron de forma unánime las reclamaciones suscitadas en relación con los efectos perjudiciales provocados a los inversores por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética sobre los demandantes y también el carácter expropiatorio de las medidas adoptadas

[52] LÓPEZ ESCUDERO, M., «Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.). España y la práctica del Derecho Internacional, Madrid: Escuela Diplomática, 2014, p. 246 y REQUENA CASANOVA, M. «Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?», Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 42, 2019, p. 4.

[53] LEIVA LÓPEZ, A.D. «Los inversores en energías renovables en España: litigiosidad y nuevo marco retributivo», Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 24, 2020, p. 282.

por España respecto del régimen de ayudas a las instalaciones de energías renovables. En el Tratado sobre la Carta de la Energía, como suele ser habitual en el ámbito de los arbitrajes de inversión, se excluyeron de su ámbito de aplicación los efectos que pudieran causar sobre las inversiones extranjeras las medidas de carácter impositivo, lo que se conoce en el campo del derecho de inversiones como la *tax carve-out*. Igualmente, en todos los arbitrajes se rechazó que las medidas tuvieran un alcance expropietario porque habían afectado a los ingresos de las instalaciones, pero los demandantes, después de los cambios normativos producidos, seguían siendo propietarios de sus acciones, por lo que sus derechos como accionistas permanecían intactos.

La invocación de la infracción de la obligación de dar un trato equitativo y justo a las inversiones en los arbitrajes contra España consagrada en el artículo 10 del TCE tendría una recepción desigual, puesto que se trata de una obligación clásica del derecho internacional de inversiones que, como ha señalado LÓPEZ ESCUDERO[54], tiene un alcance muy heterogéneo.

Los dos primeros laudos *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.*L contra España, de 21 de enero de 2016, (laudo *Charanne*) e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. contra* España, de 12 de julio (laudo *Isolux*), emitidos ambos por el IACCE, rechazaron que hubiera una violación de un trato justo y equitativo, aunque hay que tener en cuenta las circunstancias muy singulares que concurrían en estos asuntos.

De este modo, en el laudo *Charanne* solo reclamaron los daños provocados por el Real Decreto 1565/2010, 19 de noviembre, y el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, en sus instalaciones fotovoltaicas, dejando fuera de sus pretensiones los producidos por cambios normativos posteriores. Mientras que en el segundo fallo, el laudo *Isolux*, aunque los reclamantes incluyeron todos los perjuicios que le había causado los cambios legislativos incluida la reforma sustancial del año 2013 el IACCE tuvo en cuenta que las inversiones se habían realizado en octubre de 2012 cuando ya se había adoptado las primeras medidas de recorte a las ayudas por lo que los inversores deberían haber previsto la posibilidad de más cambios.

Más tarde, otros laudos también rechazarían, como excepción, la existencia de una violación del trato justo y equitativo como el laudo Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros contra España, de 2 de diciembre de 2019, (laudo Stadwerke[55]) en el que pese a reconocerse la existencia de consecuencias «des-

[54] En su «Arbitrajes en inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.). España y la práctica del Derecho Internacional, Madrid: Escuela Diplomática, 2014, p. 262. (http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/EscuelaDiplomatica/Documents/Coleccion_ED_20_)

[55] *Vid.* MORENO MOLINA, A.M., «La historia interminable de las indemnizaciones por cambios regulatorios: el caso Stadtwerke München»/«The never-ending story of compensations for regulatory changes: the Stadtwerke München arbitration», Cuadernos de Derecho Transnacional, 2020, Nº 2, p. 628.

agradables» el CIADI considera que no habían sido de una intensidad suficiente y que, de los antecedentes históricos con cita expresa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cambios en el régimen primado a las renovables, se podría desprender la posibilidad de futuros cambios en el régimen especial. Lo cierto es que a partir del laudo del CIADI *Eiser Infrastructure Limited* contra el Reino de España, de 4 de mayo de 2017 (laudo *Eiser*), se produciría, como ha destacado REQUENA CASANOVA[56], un punto de inflexión en la resolución de los arbitrajes de inversiones contra España, decantándose de forma mayoritaria de forma desfavorable. El Tribunal de *Eiser* considera que el Estado español se había excedido a la hora de hacer uso de su poder soberano de regular (*right to regulate*) quebrando su obligación de otorgar a los inversores extranjeros un trato justo y equitativo que impediría la realización de cambios sustanciales como lo que llevó a cabo el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio. Se trata, por lo tanto, de una doctrina que se encuentra en las «antípodas» de la jurisprudencia de los tribunales españoles que habían rechazado la existencia de una infracción del principio de seguridad jurídica y del de confianza legítima por los cambios introducidos en el régimen de primado de las energías renovables. Doctrina que, con distintas variaciones, seguiría la mayoría de los laudos que se han dictado con posterioridad[57].

[56] En su «Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 42, 2019, p. 81.

[57] Laudos IACCE *Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR* contra el Reino de España, de 15 de febrero de 2018, arbitraje nº 2015/063 (laudo *Novernergia*), CIADI *Masdar Solar y Wind Cooperatief UA* contra el Reino de España, de 16 de mayo de 2018, caso ARB/14/1 (laudo *Masdar*), CIADI *Antin Infrastructure Services Luxembourg Sàrl* contra el Reino de España, de 15 de junio de 2018, caso nº ARB/13/31 (laudo *Antin*), *IACCE Foresight Luxembourg Solar 2 Sàrl*, de 14 de noviembre de 2018. arbitraje V2015/150 (laudo *Foresight),* CIADI *RREEF Infrastructure (G.P.)* contra España, de 30 de noviembre de 2018, caso nº ARB/13/30 (LAUDO *RREEF*); en 2019 los laudos CIADI *CUBE INFRASTRUCTURE FUND SICAV* y otros contra el Reino de España, de 19 de febrero de 2019, caso nº ARB/15/20 (laudo *Cube*), CIADI *NextEra Energy Global Holdings BV y NextEra Energy Spain Holdings BV* contra el Reino de España, de 12 de marzo de 2019, caso nº ARB/14/11 (laudo *Nextextra*), CIADI *9REN HOLDING SÀRL* contra el Reino de España, de 31 de mayo de 2019, caso nº ARB/15/15 (laudo *9REN*), CIADI *SolEs Badajoz GmbH* contra el Reino de España, de 31 de julio de 2019, caso nº ARB/15/38 (laudo *SolEs*), CIADI *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited* y otros contra el Reino de España, 2 de agosto de 2019, caso nº ARB/14/12 (laudo *Infrared*), CIADI *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG* contra el Reino de España, de 6 de septiembre de 2019, caso ARB/15/36 (laudo *OperaFund*), CIADI *BAYWA RE RENEWABLE ENERGY GMBH Y BAYWA RE ASSET HOLDING GMBH* contra el Reino de España, de 2 de diciembre de 2019, caso CIADI nº ARB/15/16 (laudo BAYWA) y CIADI *RWE INNOGY GMBH y RWE INNOGY AERSA SAU* contra el Reino de España, de 30 de diciembre de 2019, caso nº ARB/14/34) (laudo *WE INNOGY*); en 2020 los laudos CIADI *Watkins Holdings Sàrl* y otros contra el Reino de España, de 21 de enero de 2020, caso nº ARB/15/44 (laudo *Watkins*), UNCITRAL *The PV Investors contra el Reino de España, de 28 de febrero de 2020, caso PCA nº 2012-14 (laudo PV Investors*), CIADI *HYDRO ENERGY 1 SÀRL y HYDROXANA SWEDEN AB* contra el Reino de España, de 9 de marzo de 2020, caso nº ARB/15/42 (laudo *HIDRO ENERGY*), CIADI *Cavalum SGPS, SA.* contra el Reino de España, de 31 de agosto de 2020, caso nº ARB/15/34 (laudo *Cavalum*) y CIADI *STEAG GmbH* contra el Reino de España, 18 de octubre de 2020, caso nº ARB/15/4 (laudo *STEAG*); en 2021 los laudos CIADI

A raíz de estos laudos arbitrales dictados en reclamaciones intra-EU que condenaban a España se produjo una reacción en contra de la propia Comisión que acabaría finalmente dando lugar a la denuncia a este tratado tanto por parte de la Unión Europea[58] como de varios Estados miembros[59], incluyendo lógicamente a España[60]. La Comisión Europea antes ya se había personado como *amicus curiae* en muchos de estos arbitrajes internacionales apoyando la posición del Estado español y dictó un insólito Comunicado, de 19 de julio de 2018, sobre protección de intra-UE inversiones[61] en el que sostuvo enérgicamente que los inversores de la Unión Europea no podían recurrir a tribunales arbitrales en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía porque sería incompatible con el derecho de la Unión Europea.

Posición de defensa de la primacía del derecho de la Unión Europea que también asumiría el Tribunal de Justicia de la Unión en sus sentencias, dictada por la gran Sala, de 6 de marzo de 2018, recaída en el Asunto *República de Eslovaquia contra Achmea BV*[62] y sobre todo la de 2 de septiembre de 2021, recaída en el caso *República de Moldavia contra Komstroy LLC*[63] en la que de forma vehemente afirma la incompatibilidad de los arbitrajes intra-UE con el derecho de la Unión Europea.

En la misma línea de rechazo a estos arbitrajes internacionales dentro de la Unión Europea se sitúa la anodina Declaración Conjunta de los Representantes de los Gobiernos de los Estados, de 19 de enero de 2019 sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Achmea y sobre la protección de inversiones en la Unión Europea[64], que firmaron 22 estados miembros, incluyendo el

EURUS ENERGY HOLDINGS CORPORATION contra el Reino de España, de 17 de marzo de 2021, caso nº ARB/16/4 (laudo *Eurus*), 21. Laudo *Sun-Flower Olmeda GmbH & Co KG* y otros contra el Reino de España, de 22 de junio de 2021, caso nº ARB/16/17 (laudo *San-Flower*) y CIADI JGC Holdings Corporation (antes JGC Corporation) contra el Reino de España, de 9 de noviembre de 2021, caso nº ARB/15/27 (laudo *JGC*); en 2022 los laudos CIADI Renergy Sàrl contra el Reino de España, de 6 de mayo de 2022, caso nº ARB/14/18 (laudo *Renergy*) y en 2023 los laudos 24. Laudo CIADI Infracapital F1 Sàrl y Infracapital Solar BV contra el Reino de España, de 2 de mayo de 2023, caso nº ARB/16/18 (laudo *Infracapital*) y CIADI *Sevilla Beheer BV* y otros contra el Reino de España, de 22 de mayo de 2023, caso nº ARB/16/27 (laudo *Sevilla Beheer*).

[58] Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 27 de junio de 2024. El documento de denuncia se puede consultar en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6509-2024-INIT/es/pdf.

[59] https://ciarglobal.com/francia-alemania-y-polonia-notifican-formalmente-su-retirada-de-la-carta-de-la-energia/. Acceso el 20 de noviembre de 2025.-

[60] Publicada en «BOE» núm. 117, de 14 de mayo de 2024 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-9618).

[61] Que se puede consultar en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=EN. Acceso el 20 de noviembre de 2025.

[62] ECLI:EU:C:2018:158.

[63] ECLI:EU:C:2021:655.

[64] Se puede consultar en: https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-01/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf. Acceso el 20 de noviembre de 2025.

Reino Unido, en la que se comprometían a notificar en todos los procedimientos de arbitraje pendientes las repercusiones jurídicas que derivan de la sentencia *Achmea* y a informar a los inversores de la improcedencia de los arbitrajes de inversiones intra UE.

Más curioso resulta el intento del Gobierno español de frenar el número de condenas de los distintos tribunales arbitrales aprobando el Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación que prevé el otorgamiento de una retribución superior a los inversores que renunciarán a los laudos arbitrales condenatorios ya resueltos y también en relación con los que estaban aún pendientes.

Hasta el resultado que se ha producido es el de una veintena larga de laudos arbitrales condenatorios que representan una deuda para España cercana a los 2000 millones de euros. Es cierto que hasta el momento tan solo se ha hecho frente al pago de un laudo por un importe muy pequeño, pero también que hay bienes del Estado español en el extranjero sobre los que hay un riesgo elevado de que sean embargados.

A nivel interno los laudos arbitrales condenatorios han tratado de ser invocados por los recurrentes en el Tribunal Supremo tanto como refuerzo a su argumentación jurídica[65] como motivo para instar la revisión de las sentencias desestimatorios[66] que el alto Tribunal no ha aceptado, entre otros motivos, porque estos laudos no son vinculantes en nuestro país y además hay varios que han sido favorables a los intereses de España[67].

Han transcurrido ya más de 15 años desde que en España, como consecuencia de la crisis económica que estalló en el verano de 2007, se produjera un cambio brusco en el régimen de las ayudas a las instalaciones de energías renovables que se habían introducido poco tiempo antes por medio del Real Decreto 661/2007 haciendo que muchos de los titulares de estas instalaciones se encontraran con una reducción, en algunos casos sustancial, de sus ingresos. Para obtener una reparación económica por estas pérdidas se abrieron distintas vías jurídicas en nuestro país que, salvo puntuales supuestos y de escasísima trascendencia, no prosperaron. Porque ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo, en este asunto perfectamente alineados, consideraron que la modificación del régimen de primas a las energías

65 STS de 21 de junio d 2017, Rec. 676/2014.

66 ATS de 19 de septiembre de 2017, Rec. 700/2014.

67 Véase inextenso a IGLESIAS SEVILLANO, H., Los posibles efectos de un laudo arbitral sobre una jurisprudencia consolidada: una cuestión abierta. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 2797/2017, Sala Tercera, Sección Tercera, de 21 de junio de 2017, Revista de Administración Pública, 205, 2018, pp. 173-193.(https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.05).

renovables fuera inválida por mucho que se hubiese comprometido el principio de confianza legítima de quienes invirtieron en estas tecnologías ni que tampoco los daños sufridos fueran antijurídicos.

Lo paradójico es que los únicos que sí han obtenido el reconocimiento de indemnización han sido los inversores extranjeros que son nacionales de países parte del Tratado sobre la Carta de la Energía, incluidos los estados miembros de la Unión Europea. Y ello, aunque se trataba de un instrumento internacional diseñado, con un impulso de la Unión Europea, para proteger las inversiones de las empresas de los países occidentales en los recursos energéticos de las antiguas repúblicas soviéticas que se independizaron tras la caída del muro de Berlín ha acabado convirtiéndose en una vía eficaz para obtener reparaciones económicas por los recortes a las energías renovables del que se han visto excluidos los inversores españoles. Poniendo, además, en tela de juicio, nada menos, que la primacía del derecho de la Unión Europea.

Se trataba, sin duda, de un caso límite que ha puesto en cuestión el funcionamiento de nuestro Estado de derecho. Había, desde luego, otras soluciones posibles como hicieron otros países en unas circunstancias muy parecidas como fue el caso de nuestro país vecino Portugal, donde apenas si ha habido litigiosidad en relación con las medidas adoptadas para reducir el importe de las ayudas a las energías renovables. La lucha interminable contra las inmunidades del poder encuentra en este tipo de decisiones de alto impacto económico un escollo difícilmente superable que sólo puede vencerse cuando se topa con un poder superior al del propio Estado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, J. F. (2016). Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima. A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (55). Edición digital.

BACIGALUPO SAGGESE, M. (2011). El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables. *Revista Otrosí*, (5ª época), (6).

BRUCE, S. (2013). International law and renewable energy: Facilitating sustainable energy for all? *Melbourne Journal of International Law*, 14.

CAMERON, P. D. (2010). *International energy investment law: The pursuit of stability* (p. 152). Oxford University Press.

DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2012). Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley 1/2012, de 22 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables). *Revista Española de Derecho Administrativo*, (156), 217-254.

DEL RÍO GONZÁLEZ, P. (2010). Tipología y evaluación de los marcos de apoyo a la generación eléctrica renovable. En BECKER ZUAZUA, F.; CAZORLA PRIETO, L. M. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dirs.), *Tratado de energías renovables* (Vol. I, Aspectos socioeconómicos y tecnológicos). Aranzadi-Thomson Reuters.

DOMENECH PASCUAL, G. (2018). La menguante responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al derecho. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, (n.º extra 31), 411-430.

GAILLARD, E. y PENUSLISKI, I. M. (2021). State compliance with investment awards. *ICSID Review*, 1-55.

GALÁN VIOQUE, R. (2014). El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables. En TAVARES DA SILVA (org.), *Estudos de Direito da Energia* (pp. 97-124). Instituto Jurídico, Facultad de Direito da Universidade de Coimbra.

GALÁN VIOQUE, R. (2015). A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador: Un nuevo intento introducido en el proyecto de ley de régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente. *Documentación Administrativa: Nueva Época*, (2). Edición digital.

GUICHOT REINA, E. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad. *Revista Española de Derecho Europeo*, (60), 49-101.

HUALDE LÓPEZ, I. y SÁNCHEZ POS, V. (2018). El arbitraje de inversión en España tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea / Investment arbitration in Spain in light of recent jurisprudence from the European Union Court of Justice. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (2), 866-872. https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4408

IGLESIAS SEVILLANO, H. (2018). Los posibles efectos de un laudo arbitral sobre una jurisprudencia consolidada: una cuestión abierta. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 2797/2017, Sala Tercera, Sección Tercera, de 21 de junio de 2017. *Revista de Administración Pública*, (205), 173-193. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.05

LEGUINA VILLA, J. (1993). *Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*. Tecnos.

LEIVA LÓPEZ, A. D. (2020). Los inversores en energías renovables en España: litigiosidad y nuevo marco retributivo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (24), 271-289.

LEIVA LÓPEZ, A. D. (2021). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea. *Revista Catalana de Dret Públic*, (63). Ejemplar dedicado a: Els fons europeus NextGenerationEU: reptes per a les administracions públiques.

LÓPEZ ESCUDERO, M. (2014). Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables. En MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *España y la práctica del Derecho Internacional* (pp. 223-265). Escuela Diplomática. Disponible en http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/EscuelaDiplomatica/Documents/Coleccion_ED_20_

MINGORANCE MARTÍN, C. (2013). Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (87), 137-185.

MONTORO CHINER, M. J. (1993). La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común. *Revista Catalana de Dret Públic*, (16), 37-55.

MORENO MOLINA, A. M. (2020). La historia interminable de las indemnizaciones por cambios regulatorios: el caso Stadtwerke München / The never-ending story of compensations for regulatory changes: the Stadtwerke München arbitration. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (2), 606-632.

REQUENA CASANOVA, M. (2019). Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, (42), 4.

REVUELTA PÉREZ, I. (2017). ¿Riesgo o fallo regulatorio?: Los recortes a las renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea. En *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea* (pp. 405-452). Thomson Reuters-Aranzadi.

REVUELTA PÉREZ, I. (2019). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 2019 (cuestión prejudicial de interpretación) sobre la Directiva 2009/28, de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (art. 3.3.a —sistemas de apoyo—, a la luz de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima). *Actualidad Jurídica Ambiental*, (93), 94-98.

RODRÍGUEZ BAJÓN, S. (2012). El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites. *Revista de Administración Pública*, (188).

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2011). Igualar por abajo. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al derecho comunitario y de la ley inconstitucional. *Revista Española de Derecho Europeo*, (38), 141-171.

RUIZ OLMO, I. (2014). Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de energía fotovoltaica. *Actualidad Jurídica Ambiental*. Edición digital.

WÄLDE, T. (1996). International investment under the 1994 Energy Charter Treaty. En WÄLDE, T., *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade* (pp. 251-320). Kluwer Law International.

XIOL RÍOS, C. (2016). Electricidad. Estabilidad financiera del sistema eléctrico. Incentivos a la producción de energías renovables. El principio de seguridad jurídica no significa la petrificación del ordenamiento, máxime en una actividad fuertemente regulada por su interés general. *La Administración Práctica*, (3), 1-8. Edición digital.

La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos españoles por infracción del derecho de la Unión Europea

The non-contractual liability of Spanish public authorities for infringement of European Union law

Emilio Guichot

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

https://orcid.org/0000-0001-8945-4604

RESUMEN: El Tribunal de Luxemburgo construyó el régimen de responsabilidad de las instituciones a partir de una referencia en los Tratados a los «principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros», lo que le llevó a una labor de comparación y creación. Posteriormente, trasladó este régimen a la responsabilidad de los Estados por infracción del derecho de la Unión Europea. Esta equiparación estaba sometida a los principios de efectividad y equivalencia. En particular, el principio de equivalencia se interpretaba como que obligaba a extender el régimen nacional de la responsabilidad respecto de reclamaciones semejantes si era más favorable que el establecido por el Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, una sentencia de 2022 ha reinterpretado el significado de este principio, que no se aplica ya a las condiciones sustantivas de la responsabilidad. De este modo, los ciudadanos tienen la misma garantía indemnizatoria en el caso de daños derivados de actuaciones contrarias al derecho de la Unión Europea, provengan de las instituciones o de los Estados, aunque no necesariamente. Los Estados pueden legislar estableciendo un régimen más favorable, señaladamente, equiparando el régimen de responsabilidad por vulneración del derecho nacional y el derecho de la Unión Europea. Pero ya no es una exigencia del principio de equivalencia, sino una decisión libre de cada legislador nacional, que pocos se decidirán a realizar. En el artículo se analiza también, en particular, la regulación legal de la responsabilidad por infracción del derecho de la Unión Europea en España, su aplicación por los tribunales y su situación tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 2022.

Recibido: 27-06-2025

Aceptado: 31-10-2025

ABSTRACT: The Luxembourg Court built the regime of liability of the Institutions based on a reference in the Treaties to the «general principles common to the Laws of the Member States», which required a task of comparison and creation. He later transferred this regime to the responsibility of the States for infringement of European Union Law. This comparison was subject to the principles of effectiveness and equivalence. In particular, the principle of equivalence was interpreted as requiring the extension of the national liability regime for similar claims if it was more favorable than that established by the Luxembourg Court. However, a 2022 ruling has reinterpreted the meaning of this principle, which no longer applies to the substantive conditions of liability. In this way, citizens have the same compensation guarantee in the case of damages derived from actions contrary to European Union Law, whether they come from the Institutions or the States, although not necessarily, since States can legislate establishing a more favorable regime, notably by equating the regime of liability for violations of national law and European Union law. It is no longer a requirement of the principle of equivalence, but rather a free decision of each national legislator, which few will decide to make. The article also analyzes, in particular, the legal regulation of liability for infringement of European Union Law in Spain, its application by the courts and its situation after the ruling of the Court of Luxembourg in 2022.

PALABRAS CLAVE: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. UNIÓN EUROPEA. ESTADOS. *IUS COMMUNE*.

KEY WORDS: LIABILITY FOR BREACHES OF EU LAW. EUROPEAN UNION. NATIONAL LAW. *IUS COMMUNE*.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ALCANCE DE LA REMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES A LOS «PRINCIPIOS GENERALES COMUNES A LOS DERECHOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS». III. LA DETERMINACIÓN DEL CRITERIO DE RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES POR ACTUACIONES ILEGALES. IV. LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. V. EL EFECTO *BOOMERANG*: LA INFLUENCIA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS. VI. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES ENTRE LA COMUNIDAD Y LOS ESTADOS. VII. LA APLICACIÓN TEÓRICA DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESPAÑOL. VIII. LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LA

APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL DUE. IX. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL DUE POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL DE 2015. X. EL TRIBUNAL SUPREMO «SUAVIZA» EL RIGOR DEL LEGISLADOR ESPAÑOL. XI. LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2022, C-278/20, COMISIÓN CONTRA EL REINO DE ESPAÑA. XII. SU RECEPCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO. XIII. UNA VALORACIÓN FINAL. ¿HACIA DÓNDE VAMOS? 1. La admisión cuestionable y condicionada de la exigencia de búsqueda de la «tutela primaria». 2. Una nueva interpretación del principio de equivalencia y la voluntad de «uniformar» el régimen de la responsabilidad de los Estados por infracción del DUE. 3. ¿Hacia una revisión al alza o a la baja de la garantía indemnizatoria? XIV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La historia del reconocimiento y desarrollo del principio de responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el derecho de la Unión Europea, a la que he dedicado atención desde los comienzos de mi trayectoria universitaria hasta el presente[1], merece ser contada. Hace medio siglo, Lord Mackenzie Stuart (1975) asoció la jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual a la imagen de un mapa de África de principios del siglo diecinueve, en el que la costa se hallaba trazada y se podían observar los deltas de los grandes ríos, pero no sus fuentes ni sus cauces. El sistema de responsabilidad comenzaba a construirse. Un cuarto de siglo más tarde, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) había avanzado lejos en la exploración, redefiniendo del parámetro de la antijuridicidad necesaria para generar la responsabilidad por actos ilegales y consagrando el principio de responsabilidad de los Estados por infracción del derecho de la Unión Europea (en adelante, DUE), extendiendo, tras una primera aproximación «autónoma», el propio canon de responsabilidad aplicable a las instituciones europeas. El mapa

[1] Sobre la responsabilidad de la entonces Comunidad Europea, en Guichot (1996). Sobre la formación del sistema de responsabilidad de los Estados por infracción del derecho comunitario, Guichot (1997). Una exposición *in extenso* integradora de la responsabilidad de las instituciones europeas y los Estados, con reflexiones sobre la formación de un derecho común en Guichot (2001), fruto de mi tesis doctoral, una síntesis de la cual en Guichot (2003). Un capítulo del Tratado sobre la responsabilidad de la Unión Europea en Guichot (2012). Sobre la acogida de la legislación y en la jurisprudencia española del principio de responsabilidad de los Estados, Guichot (2016). Sobre el giro en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con ocasión del análisis de la normativa española, Guichot (2022). En esos trabajos puede encontrarse abundante bibliografía que, por razones de espacio, no puedo incluir en este trabajo. He examinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión de forma permanente en «Responsabilidad administrativa», desde 1997 hasta 2013 en *Revista Justicia Administrativa*, y desde 2014 hasta el presente, en *Revista Española de Derecho Administrativo*.

parecía ya casi completado, a falta de una definición del régimen de responsabilidad por actos legales. El edificio parecía ya casi rematado. Otro cuarto de siglo más tarde, el mapa ha sufrido alteraciones, y el sistema se ha, puede decirse, «deconstruido», a raíz de una sentencia capital del Tribunal de Luxemburgo de 2022. Veamos los hitos de este proceso.

II. EL ALCANCE DE LA REMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES A LOS «PRINCIPIOS GENERALES COMUNES A LOS DERECHOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS»

El constituyente de Roma optó por anudar el régimen de responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad Económica Europea a los «principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros»[2], haciendo así una remisión al análisis comparado para establecer un régimen de responsabilidad emparentado con los diferentes sistemas nacionales. Expresaba así la propia esencia del proceso de integración jurídica y el camino hacia la formación de un verdadero derecho común europeo.

De este modo, el Tribunal de Luxemburgo se vio enfrentado desde un principio a una tarea que fue definida como de «comparación y creación» [3], que luego ha sido extendida como método activo de creación judicial del derecho a tantos otros sectores.

En este sentido, el análisis comparado al que apelaba el Tratado aportaba una serie de directrices comunes acerca de los fundamentos del régimen sustantivo de responsabilidad en los ordenamientos nacionales, que, medio siglo más tarde, vienen a mantenerse:

- La mayoría de los sistemas de responsabilidad administrativa giran en torno a una serie de nociones más o menos comunes: la culpa, que tiende de forma mayoritaria a objetivarse e identificarse con la ilegalidad (si bien algunos sistemas conservan

[2] Arts. 215, apartado segundo, del Tratado de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCEE) y 188, apartado segundo, del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante, TCEEA): «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 precepto se reprodujo, con el mero cambio de denominación para adaptarse a los cambios del proceso de integración europea, en el art. 288, apartado segundo, del Tratado de las Comunidades Europeas (en adelante, TCE) y en el actual artículo 340, apartado segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

[3] En este sentido, véanse las conclusiones del abogado general Gand a las sentencias del Tribunal de las Comunidades Europeas (en adelante, STCE) de 14 de julio de 1967, *Firma E. Kampffmeyer* y otros contra Comisión, asuntos acumulados 5, 7 y 13 a 24/66, y de 30 de noviembre de 1967, Firma *Kurt A. Becher* contra Comisión, asunto 30/66.

una concepción subjetiva, que lleva a exonerar de indemnización los daños derivados de errores de apreciación cuando pueden considerarse excusables a la vista de las circunstancias de cada caso); el nexo de causalidad, respecto al que prevalece la teoría de la causalidad adecuada; y la constatación de un perjuicio cierto de cualquier naturaleza, físico, moral o patrimonial. Junto a estas condiciones clásicas, y a través de diferentes caminos argumentales, la mayoría de los derechos de los Estados miembros excluyen la indemnizabilidad de los daños anudados a infracciones de normas de procedimiento o forma.

- Frente al general reconocimiento de la responsabilidad de las Administraciones nacionales, la del legislador es un tema cuya construcción se encontraba entonces casi inédita y que aún se encuentra inacabada, que arrastra lastres del pasado. Pese a ello, y a partir del principio según el cual «el soberano no puede causar ningún mal», ha ido abriéndose paso con dificultades por diversas vías.

- Junto a este régimen general de responsabilidad por actos ilegales, la responsabilidad tanto administrativa como legislativa por actos legales tiene un carácter excepcional. El examen comparado de la jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los sistemas nacionales, así como de los trabajos desarrollados en el seno del Consejo de Europa, muestra que existe un fundamento común, que puede expresarse en los siguientes términos: los daños especiales y anormales que genera la acción pública han de ser indemnizados.

Ahora bien, el Tribunal de Luxemburgo contaba con una dificultad añadida para construir el sistema de responsabilidad de las instituciones. Las conclusiones que pudieran extraerse del análisis comparado sólo serían trasladables al ámbito comunitario en la medida en que se acomodaran a las múltiples particularidades y matices que tiene la responsabilidad en el campo del intervencionismo económico, a sus presupuestos institucionales y a su peculiar tipología de actos. En efecto, un viaje a través del tipo de acciones que han dado origen mayoritariamente a la aplicación del régimen de responsabilidad de la Comunidad contribuye a mostrar su contexto, marcado por la libertad de elección de los objetivos y medios con que cuenta el Consejo a la hora de orientar su política económica; y por la complejidad de apreciación y, a menudo, la urgencia en la adopción de medidas de aplicación, que caracterizan la actuación de la Comisión. Este marco justificaba una actitud de prudencia y cautela por parte del Juez comunitario, tanto en sede de legalidad como de responsabilidad, máxime teniendo en cuenta, de una parte, que se tratan de actos de alcance general, susceptibles de afectar por ello a un número elevado de particulares, y que las pretensiones tienen lugar en un mundo tan engañoso y paradójico como el del intervencionismo económico, en que no existen posiciones garantizadas y en que, por tanto, determinar la causalidad y la existencia de un perjuicio puede

resultar realmente complejo. Sólo con estas consideraciones generales a modo de brújula podía el explorador tratar de abrirse camino sin perder el norte en la selva de la jurisprudencia comunitaria, por finalizar con la metáfora con la que comenzamos.

III. LA DETERMINACIÓN DEL CRITERIO DE RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES POR ACTUACIONES ILEGALES

En 1971, el TJCE optó por instaurar un doble régimen. Con carácter general, exigía una ilegalidad sustantiva, un nexo de causalidad suficientemente directo, y un perjuicio cierto, con carácter general; y un *plus* cuando el daño traía su origen en «un acto normativo que implica opciones de política económica». Esta condición añadida venía a concretarse en el requisito de la «violación suficientemente caracterizada de una norma superior para la protección de los particulares»[4], que implica que no toda ilegalidad da origen a responsabilidad, sino sólo las infracciones manifiestas y graves de normas que tuvieran por objetivo establecer una garantía para los operadores económicos. Una condición tal se anudaba en el razonamiento judicial a la necesidad de no poner obstáculos a la actividad legislativa ante la perspectiva de frecuentes condenas pecuniarias[5]. Ahora bien, lo cierto es que, en la práctica judicial, dicha condición se exigiría en la mayor parte de las ocasiones, habida cuenta los rasgos específicos de la actuación comunitaria, antes señalados, y la interpretación expansiva que progresivamente se dio al concepto de «acto normativo que implica opciones de política económica», que vino a identificarse con todo acto de alcance general, fuera dictado por el Consejo o, incluso, por la Comisión. En estas condiciones, el régimen «general» se aplicó exclusivamente a los daños derivados de decisiones individuales y de actuaciones materiales (y a sus respectivas omisiones). Para ello, el Tribunal optó, sin embargo, por acomodar la justificación teórica del requisito de la ilegalidad grave a su práctica judicial, con cambios sutiles en la dicción en las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX[6].

- En cuanto al requisito de la infracción de una norma «para la protección de los particulares», viene a sustanciarse en la necesidad de que la norma infringida

[4] Sentencias de 28 de abril de 1971, *Alfons Lütticke GmbH* contra Comisión, asunto 4/69, y de 2 de diciembre de 1971, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt* contra Consejo, asunto 5/71.

[5] Sentencia de 25 de mayo de 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG* y otros contra Consejo, asuntos acumulados 83 y 94/76, 4, 15 y 40/77.

[6] Así, p. ej., en la sentencia de 19 de septiembre de 1985, *Asteris AE* y otros contra Comisión, asuntos acumulados 194 a 206/83, en que se troca la alusión a las opciones políticas y a los actos legislativos por los «actos reglamentarios» (para englobar a un reglamento técnico de la Comisión). Del mismo modo, en la sentencia de 15 de abril de 1997, *Aloys Schröder* contra Comisión, asunto T-390/94, se cambia la mención del poder legislativo por otra a las instituciones comunitarias (para abarcar, así, a la Comisión).

tenga carácter sustantivo, por oposición a las normas de procedimiento, forma o competencia[7]; aunque también ha llevado en alguna ocasión a concluir que determinadas normas incluidas en Acuerdos interestatales no tienen esa condición[8]. A este mismo resultado de excluir la responsabilidad se llega, en otras ocasiones, negando la existencia de nexo causal cuando la norma infringida es del tipo de las mencionadas[9]. En estos términos, esta condición se corresponde con lo que puede considerarse un principio general común a los derechos de los Estados miembros[10].

- En lo que hace a la «violación suficientemente caracterizada», recibió inicialmente un doble enfoque: en tanto que singularidad y gravedad del *daño*, y como cualificación de la *infracción*. La perspectiva de la gravedad y singularidad del daño fue adoptada a finales de los años setenta[11], pero decayó posteriormente (al margen, eso sí, de que en ocasiones estas exigencias están hasta cierto punto insertas en las nociones de ilegalidad, causalidad y perjuicio; así, p. ej., la singularidad en principios como el de confianza legítima o el de no discriminación, o la gravedad en la proporcionalidad). Ha de celebrarse su postergación, pues se trataba de una exigencia descontextualizada, propia de la responsabilidad sin ilegalidad, como habían puesto de manifiesto la doctrina y los abogados generales de forma reiterada[12]. Por su parte, la cualificación de la violación vino a interpretarse en los ochenta y noventa como que un error técnico, una desproporción, por manifiesta, patente o notoria que sea, no da lugar a responsabilidad, si la finalidad de la medida es en sí legítima. Sólo un

[7] Así, ha descartado que pueda dar origen a responsabilidad la infracción de los principios que regulan la motivación (a partir de la STJCE de 15 de septiembre de 1982, *Julius Kind KG* contra Comunidad económica europea, asunto 106/81); el reparto de competencias (STJCE de 13 de marzo de 1992, asunto C-282/90, *Industrie- en Handelsonderneming Vreugdenhil BV* contra Comisión); o el procedimiento de elaboración de los actos comunitarios (STPI de 13 de diciembre, *Vereniging van Exporteurs in Levende*, *Varkens* contra Comisión, asuntos T-481/93 y T-484/93).

[8] Así en las sentencias que tienen como marco la regulación de la OCM del plátano. Por todas, STPI de 20 de marzo de 2001, *Cordis Obst und Gemüse Grosshandel GmbH*, asunto T-18/99, aún sin publicar.

[9] Así, p. ej., STJCE de 7 de abril de 1992, *Compagnia italiana alcool SAS di Mario Mariano & Co.* contra Comisión, asunto C-358/90, en relación con el deber de motivación.

[10] En sintonía, a su vez, con la citada Recomendación del Consejo de Europa se establece que no toda infracción puede dar origen a responsabilidad, ya que la norma infringida debe ser un principio o una regla que afecte a un derecho, una libertad o un interés de la persona dañada, y no una norma destinada a la organización interna de la Administración.

[11] SSTJCE de 25 de mayo de 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG* y otros contra Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83 y 94/76, 4, 15 y 40/77; las de 4 de octubre de 1979, *Ireks-Arcady* contra Consejo y Comisión, asunto 238/78, *DGV* y otros contra Consejo y Comisión, asuntos 241, 242, 245 a 250/78, *Interquell* contra Consejo y Comisión, asuntos 261 y 262/78 y P. *Dumortier frères* y otros contra Consejo, asuntos 64 y 113/76, 167 y 239/78 y 27, 28 y 45/79, contra Consejo y Comisión, o de 5 de diciembre de 1979, G. *R. Amylum NV y Tunnel Refineries Limited* contra Consejo y Comisión, asuntos acumulados 116 y 124/77, y *Koninklijke Scholten-Honig NV* contra Consejo y Comisión, asunto 143/77.

[12] Por todos, puede verse la valoración de Wathelet y Van Raepenbusch (1997, 42). Entre los abogados generales, la argumentación de Capotorti en la sentencia *Bayerische HNL*, citada, mantiene plenamente su vigencia

actuar injustificable puede generar la responsabilidad. Esta condición tan restrictiva nació como manifestación del temor, hecho expreso por el Tribunal, de que las eventuales condenas pudieran coartar la acción política. A mi juicio, esta exigencia, en la práctica y en el contexto de la responsabilidad de las instituciones, era *injustificada*, *imprecisa* e *innecesaria*. *Injustificada*, ya que supone optar por una responsabilidad «penalista», en lugar de hacer girar el sistema sobre la situación de la víctima del daño, en contra de las más modernas tendencias. *Imprecisa*, en tanto que la decisión judicial final es siempre fuente de controversias, muestra de lo cual son las fuertes críticas doctrinales recibidas y el inusual nivel de discrepancia entre el Tribunal de Justicia y sus abogados generales que suscita la determinación de la gravedad de la infracción en cada caso concreto. Puede apuntarse como guía que la infracción de determinados principios (no discriminación, confianza legítima) es más susceptible de ser considerada suficientemente caracterizada que la de otros (proporcionalidad, en íntima relación con la comisión de errores técnicos). No obstante, se trata de un criterio sólo orientativo, teniendo en cuenta que los principios jurídicos están íntimamente relacionados en el contencioso económico[13]. El control de legalidad sobre la apreciación económica es ya extremadamente limitado y se reserva a casos de desviación de poder o errores manifiestos y graves. Estos últimos, cuando son cometidos por instituciones especializadas como las comunitarias, revelan las más de las veces una actuación cuasiarbitraria. Por último, es *innecesaria*, ya que los requisitos de ilegalidad, causalidad y perjuicio constituyen una barrera de por sí casi infranqueable para los demandantes. En consecuencia, la supresión de la exigencia de una cualificación de la ilegalidad no entraña un riesgo real de frenar la actividad económica comunitaria ante la perspectiva de futuras indemnizaciones. Cierto es, no obstante, que también la opción acogida pueda probablemente justificarse en el marco de los «principios generales comunes», puesto que no todos los sistemas nacionales asumen dicha objetivación en todos los supuestos[14], y dado que la responsabilidad por actos

[13] Así, p. ej., las infracciones del principio de no discriminación y de confianza legítima tienen en muchas ocasiones una lógica común en el mundo económico. En el primer caso, se otorga un trato desigual a agentes económicos dentro del mismo sector o a sectores en competencia; en el segundo, no se adoptan medidas especiales para proteger a operadores singularizados respecto a la generalidad. Se provoca en ambos casos una diferencia de trato arbitraria. El principio de confianza legítima se relaciona a su vez con el de proporcionalidad. El primero sólo impone que se garantice la permanencia de un determinado *status* económico; exige que, en determinadas condiciones, se adopten medidas *apropiadas* para la protección de los que actúan de buena fe, previa *ponderación* del interés público en cuestión. Finalmente, los principios de no discriminación y proporcionalidad también se relacionan en el universo del intervencionismo económico. Cuando se trata de *productos en competencia*, la jurisprudencia admite que, a la luz del art. 33 TCE, los diferentes intereses socioeconómicos subyacentes a cada uno de ellos permiten otorgar cierta disparidad de trato, *siempre que no sea desproporcionada*. Si la desigualdad se provoca entre operadores de sectores diversos, en realidad se alude a la desigualdad ante las cargas públicas, y *el juicio se desarrolla en clave de proporcionalidad*.

[14] Resulta significativo que la Recomendación del Consejo de Europa R (84) 15 relativa a la responsabilidad pública, de 18 de septiembre de 1984, establece que la culpa debe presumirse, en principio,

normativos, al menos respecto a los dictados por el Consejo, está a medio camino entre la responsabilidad administrativa y la legislativa, de la que no puede decirse que se encuentre ampliamente reconocida.

IV. LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

El principio de responsabilidad de los Estados por infracción del DUE tiene ambiguos precedentes en la jurisprudencia anterior a los años noventa[15]. Ahora bien, sólo en esa década el Tribunal lo estableció sin ambages y precisó su alcance general y el régimen aplicable[16].

La garantía indemnizatoria deriva en su razonamiento de la propia lógica jurídica del sistema comunitario, como necesario complemento de los derechos que a los particulares confiere dicho ordenamiento. Otorgamiento de un derecho y garantía de su reintegración patrimonial en caso de incumplimiento se presentan, de este modo, como las dos caras de la misma moneda. Ahora bien, a esta fundamentación se le añade otra basada en la garantía de la eficacia de la normativa comunitaria[17]. Al respecto, resulta significativo que en 1991 se estableciera la obligación de indemnizar a los particulares ante la reiterada omisión de un Estado miembro de transponer

en toda ilegalidad, si bien admite la prueba en contrario, dejando así abierto el portillo para excusar determinados comportamientos ilegales en casos concretos. No obstante, no debe olvidarse que se trata de una recomendación de mínimos.

15 Ya en su sentencia de 16 de diciembre de 1960, *JeanE. Humblet*, asunto 6/60, el Tribunal afirmó que «[...] si el Tribunal de Justicia declara en una sentencia que un acto legislativo o administrativo emanado de las Autoridades de un Estado miembro es contrario al derecho comunitario, este Estado está obligado, en virtud del art. 86 TCECA, tanto a anular el acto de que se trata como *a reparar los efectos ilícitos que haya podido producir*». Con posterioridad, vino poniendo de relieve que el interés de continuar un procedimiento por incumplimiento una vez el Estado en cuestión ha puesto fin al mismo, radica, entre otros, en que la declaración de incumplimiento puede servir de base a una posterior acción de responsabilidad (desde la STJCE de 7 de febrero de 1973, Comisión contra Italia, asunto 39/72). La propia Comisión sugirió en su Contribución a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión política titulada «Cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia» (Boletín CE, suplemento 2/91, pp. 154-157, en p. 157), que el Tribunal reconociera expresamente, en las sentencias que pusieran de manifiesto un incumplimiento estatal, que éste podía implicar la responsabilidad del Estado. Con esta medida, añadía, se facilitaría la tarea a las víctimas en las posteriores reclamaciones internas de responsabilidad.

16 Las sentencias de referencia son, sin duda, las de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich* y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, y de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA/Factortame Ltd* y otros, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

17 Sentencia *Francovich*, apartado 33: «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» (apartado 34).

una directiva, lo que pone en evidencia que el reconocimiento del principio de responsabilidad de los Estados se inserta en una lógica que trasciende la mera garantía patrimonial del individuo para insertarse en la preocupación judicial por asegurar el cumplimiento estatal del derecho comunitario penalizando las infracciones por vía pecuniaria, como complemento, podría decirse, del sistema de sanciones establecidos en el Tratado de Maastricht[18].

En un momento posterior, el Tribunal decidió transponer al campo de la responsabilidad estatal el régimen de responsabilidad de la Unión Europea por actos normativos que implican opciones de política económica, pero con una importante matización: en materia de responsabilidad estatal, se exige siempre una violación suficientemente caracterizada, mientras que, hasta ese momento, en el ámbito de la responsabilidad comunitaria se aplicaba sólo respecto a los actos de alcance general. Ahora bien, se trata de una condición de contenido variable. El elemento clave es el margen de apreciación que deja la normativa comunitaria aplicable. Mientras menor sea, menor también será la posibilidad de «exculpar» la actuación estatal y viceversa. Hasta el punto de que, si la norma infringida es clara y terminante, el sistema se comporta, en la práctica, como un régimen de responsabilidad por ilegalidad de corte objetivo, pues toda ilegalidad se considera manifiesta y grave[19].

Es necesario hacer una consideración fundamental para valorar el sistema instaurado en sus justos términos. En su formulación por el Tribunal de Luxemburgo, el régimen de responsabilidad estatal expuesto constituía tan sólo un estándar mínimo. En virtud del principio de equivalencia, debía aplicarse el régimen nacional de responsabilidad si es más favorable respecto de infracciones análogas del ordenamiento interno. Esta precisión estaba llamada a tener un peso decisivo respecto de la responsabilidad derivada de actos administrativos, dado que, en numerosos derechos nacionales, la ilegalidad es en estos casos suficiente para generar la responsabilidad administrativa. A ello se le une el principio de efectividad, según el cual, en los ámbitos en que el Tribunal no ha establecido este estándar mínimo (señaladamente, en materia procesal), las condiciones a las que se someten las acciones nacionales para reclamar la responsabilidad por infracción del derecho comunitario no pueden ser tan rigurosas que impidan una garantía efectiva de los particulares. Este concepto es abstracto y amplio, pero supone una reserva por parte del propio Tribunal a través

[18] Esta óptica más general fue destacada ya por autores tan cualificados como el Juez Schokweiler (1992, 42): «Es interesante destacar que el Tribunal, en su razonamiento, no se limita a fundar el principio de la responsabilidad del Estado en la necesaria protección de los derechos de los particulares, sino que insiste igualmente en el pleno efecto o la plena eficacia del orden jurídico comunitario; subraya así que no se trata exclusivamente de sancionar el atentado cometido por el Estado contra el patrimonio del particular, sujeto del ordenamiento jurídico comunitario, sino asimismo el atentado que el Estado en cuestión ha llevado a cabo contra el ordenamiento comunitario en sí mismo considerado».

[19] En este sentido, desde la sentencia de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, asunto C5/94.

de la cual puede llegar a descartar la aplicación de requisitos de regímenes nacionales excesivamente restrictivos.

De esta forma, el Tribunal no armonizaba plenamente el régimen de la responsabilidad –o no parecía hacerlo, habrá que decir a partir de ahora, como se verá–, sino que se limitaba a fijar, en determinados aspectos, unos mínimos. En efecto, «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», como señalaba la sentencia *Francovich*. Consagraba así, respectivamente, los principios de equivalencia y de efectividad. Una vez consagrados los requisitos de la «violación suficientemente caracterizada», la «norma atributiva de derechos» y la «relación de causalidad directa», en la sentencia *Brasserie du Pechêur/ Factortame*, añadió que «los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos». Cumplidos esos mínimos, como también precisó la sentencia *Francovich*, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del derecho de la Unión Europea (principio de autonomía procesal). De este modo, el principio de responsabilidad quedaba armonizado respecto de un mínimo, a partir del cual los Estados eran competentes para la regulación, con el límite, eso sí, de los principios de equivalencia y efectividad, tanto en lo sustantivo como en lo procesal[20], dentro de lo lábil que en materia de responsabilidad es esta distinción[21].

[20] En nuestra doctrina, si bien todos los autores llegaban al mismo resultado de considerar que no es exigible una ilegalidad cualificada al ser más favorable el régimen objetivo de responsabilidad por leyes inconstitucionales, se ha producido en la más reciente doctrina un debate sobre si el principio de equivalencia se aplica también o no a las condiciones sustantivas. En efecto, algunos autores consideran que, a la vista del origen de este principio en la jurisprudencia europea, solo sería estrictamente de aplicación a las condiciones procedimentales. Así lo defiende Cobreros Mendazona (2015a, 129-239) o Ruiz López (2016, 2793). En todo caso, la doctrina mayoritaria seguía entendiendo que esta regla es la expresión del principio de equivalencia, que es también de aplicación a las condiciones de fondo. Así, Huelin Martínez de Velasco (2019, 171-176), Iranzo Cerezo (2020, 215), Iglesias Sánchez (2022, 123-124) o Macías Castaño (2021, 483).

[21] Una muestra la aporta la consideración en torno al nexo de causalidad. El TJUE estableció con carácter general el requisito de la causalidad directa en su sentencia *Brasserie du pêcheur/Factortame*, y consideró que el DUE permite al juez nacional comprobar si el perjudicado ha desplegado un grado de «diligencia razonable» para limitar la magnitud del daño, pero, nótese, lo puso en relación con su jurisprudencia en materia de la responsabilidad de las instituciones, por remisión a una sentencia en que se valora la actividad material de una empresa para limitar el daño (en particular, reorientando su actividad económica), y no la

V. EL EFECTO *BOOMERANG*: LA INFLUENCIA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

Desde 2000, el Tribunal de Luxemburgo acogió para la responsabilidad de las instituciones la perspectiva recién adoptada en materia de responsabilidad estatal[22]. En este año, el Tribunal hizo una relectura de las claves de su jurisprudencia, entendiendo que el criterio decisivo para la exigencia de una ilegalidad grave es, no ya la naturaleza «legislativa» del acto del que el daño trae causa, sino, de forma mucho más amplia, «la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, el margen

actuación «procesal» (STJUE de 19 de mayo de 1992, *Mulder* y otros contra Consejo y Comisión, asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90). Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad estatal se ha planteado si la «diligencia razonable» es exigible también respecto de esta última. El propio abogado general Tesauro, en sus conclusiones a esa sentencia, puso de relieve al respecto que en los derechos nacionales cabe constatar la diversidad de soluciones. Posteriormente, la cuestión se suscitó en el asunto *Danske Slagterier* (STJUE de 24 de marzo de 2009, asunto C-445/06), en relación con la regla del derecho de la responsabilidad alemán según la cual un particular no puede obtener reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, siempre que sea razonablemente exigible al afectado. Siguiendo a su abogada general Trstenjak, el TJUE consideró que este requisito conecta con el criterio, apuntado ya en su sentencia *Brasserie*, de la «actuación diligente», pero añadiendo para que el tribunal nacional puede al respecto comprobar «en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en derecho le correspondían», lo que en opinión del TJUE es un principio general común a los derechos de los Estados miembros, como él mismo ha admitido en su jurisprudencia sobre responsabilidad de las instituciones. Pero, obsérvese, no había sido una regla tal, referida al accionamiento de vías procesales alternativas, el contexto de la afirmación en materia de responsabilidad de las instituciones ni tampoco, al menos expresamente, en *Brasserie du Pechêur/Factortame*, en la que de hecho el abogado general Tesauro había puesto en evidencia que no había una regla común. El TJUE advertía que «sin embargo, sería contrario al principio de efectividad obligar a los perjudicados a ejercitar simultáneamente todas las acciones de que dispongan, aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten, a la vista de las circunstancias del caso, que corresponde apreciar al tribunal nacional». Lo que, aplicado al caso en cuestión, venía a significar que, cuando el daño no deriva de un acto administrativo de aplicación de una norma contraria al DUE, no cabe exigir a un particular que «provoque» una decisión administrativa en aplicación de una ley nacional contraria al DUE para después impugnarla. En ese asunto, la abogada general Trstenjak precisó, además, que la falta de recurso a la primera tutela judicial posible en general y conforme a la jurisprudencia europea no da origen a la exclusión general del derecho a reclamarla —que sólo podría contemplarse de manera excepcional—, sino a la aminoración de la responsabilidad. Por su parte, el abogado general Maduro, que presentó sus conclusiones a la sentencia Transportes Urbanos (de 9 de julio de 2009, asunto C-118/08), en un caso en que el daño se correspondía con el pago de ingresos indebido, consideró, en la misma línea, que una regla nacional que previera un requisito semejante no se opondría al derecho de la Unión, porque también se admite en el caso de la responsabilidad de las instituciones precisamente en la medida en que responde a un principio general común al derecho de los Estados miembros, conectado con la diligencia debida de la víctima y con la prohibición de desviación de procedimiento, siempre que el daño coincida exactamente con un ingreso indebido.

[22] El paso fue inicialmente dado en la sentencia de 4 de julio de 2000, *Laboratoires pharmacéutiques Bergaderm SA* y *Jean Jacques Goupil* contra la Comisión, asunto C-352/98.

de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido»[23]. En consecuencia, pasó a aceptar que la exigencia de una ilegalidad grave rige, no sólo frente a daños derivados de opciones legislativas de política económica, sino siempre que la Institución que adoptó la medida gozara de un margen de apreciación considerable, es decir, con independencia del autor del acto y del carácter normativo o no del mismo. En realidad, y a la postre, el procedimiento argumental consistirá en requerir *siempre* una «violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos», si bien cuando no existe margen de apreciación o éste es reducido, considerar toda infracción lo suficientemente grave para generar en principio la responsabilidad de las instituciones[24]. Por el contrario, si el margen de apreciación es considerable, se requiere un *plus* de gravedad, una «infracción manifiesta y grave», en expresión judicial reiterada.

VI. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES ENTRE LA COMUNIDAD Y LOS ESTADOS

El sistema comunitario de administración indirecta plantea peculiares dificultades de articulación de las vías de responsabilidad nacional y comunitaria. Rige el principio de separación de jurisdicciones, según el cual sólo el juez comunitario es competente para conocer de una acción de responsabilidad interpuesta contra la Comunidad, y sólo los tribunales nacionales lo son cuando la acción se dirige contra los Estados. En la mayoría de las ocasiones, no obstante, en la producción de un daño existe una imbricación de actuaciones comunitarias y nacionales. Pueden distinguirse al respecto dos grandes géneros: la mera ejecución por el Estado de una normativa comunitaria ilegal; y los supuestos de auténtica concurrencia de dos actuaciones: comunitaria y nacional –ilegales–.

- Cuando el daño deriva de la aplicación estatal de normas comunitarias ilegales, la solución jurisprudencial consiste en admitir todas las reclamaciones, salvo en los casos en que el *petitum* se identifica con una mera reclamación de devolución de ingresos basados en una normativa comunitaria ilegal. En estos supuestos, la vía procedente es la nacional, a través de la *condictio indebiti*. A nuestro juicio, argumentos prácticos claman por el mantenimiento de la vía nacional en los supuestos de

[23] A partir de su sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcher SA/Factortame Ltd*, asunto C-46/93 y C-48/93.

[24] No obstante, ello no convierte al sistema en objetivo puro, ni siquiera en estos casos. Así, por ejemplo, el Tribunal ha excluido la indemnización en casos en que ha considerado previamente demostrada la incorrección de una medida, pero ha estimado, no obstante, que la Institución en cuestión había cumplido con el grado de buena administración y diligencia exigible (STPI de 12 de julio de 2001, *Comafrica SpA y Dole Fresh Fruit Europe Ltd & Co.* contra Comisión, asuntos acumulados 198/95, 171/96, 230/97, 174/98 y 225/99).

ingresos indebidos. A lo sumo, podría admitirse la acción comunitaria en los casos en que existen daños adicionales al mero pago de lo debido, bien que exigiendo sólo la ilegalidad para reconocer el derecho a la devolución de ingresos, de acuerdo con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. Se llegaría a una mayor economía de medios, ya que el particular no tendría por qué recurrir a dos diferentes instancias alegando los mismos motivos de ilegalidad. En todo caso, una apertura en este sentido no se presenta como inaplazable ni deja de tener inconvenientes; en especial, el riesgo de un uso desviado de esta vía, alegando cualquier perjuicio adicional para acceder a la jurisdicción comunitaria, con el consiguiente aumento de la carga de trabajo del Tribunal.

- En los supuestos de auténtica responsabilidad concurrente[25], el principio de solidaridad es el único coherente con la separación de jurisdicciones[26]. No es posible en estas hipótesis alegar el principio de cosa juzgada, pues cada cual –Estados y Comunidad– responde de su propia ilegalidad y en las condiciones de su régimen de responsabilidad. Tampoco debieran plantearse problemas de doble indemnización, ya que la medida de la indemnización recibida decrece o hace desaparecer el perjuicio. Se precisan en estos casos simples mecanismos de información entre las Administraciones y las jurisdicciones nacionales y comunitaria[27].

[25] El juez comunitario ha conocido hasta hoy dos grandes tipos de asuntos en que puede pensarse que está en juego la responsabilidad concurrente. En primer lugar, supuestos en los que la *conducta de una institución comunitaria que influye decisivamente en la producción de un acto estatal ilegal*. La jurisprudencia se ha venido asentando sobre un concepto de causalidad jurídica o inmediata (p. ej., STJCE de 10 de mayo de 1978, *Société pour l'exportation des sucres SA* contra Comisión, asunto 132/77). No obstante, parece en evolución, en el sentido de atender a la causalidad fáctica, real o mediata, en los casos en que la actuación comunitaria, aun cuando no sea vinculante, resulte determinante del daño (véase en este sentido STJCE de 15 de septiembre de 1994, *Koinopraxia Enóseon Georgikon synetairismon Diacheirírséos Enchorion Proönton Syn. PE (KYDEP)* contra Consejo y Comisión, asunto C-146/91. Debe aplaudirse esta óptica, máxime cuando, en la mayoría de estas hipótesis (normativas equívocas, guías de actuación o interpretaciones incorrectas dirigidas a los Estados, etc.) bien pueden no concurrir los requisitos de la responsabilidad estatal, por ausencia de un incumplimiento manifiesto y grave. Es precisamente la incorrección de la actuación previa comunitaria la que convierte la acción estatal en disculpable. Una segunda hipótesis es la ausencia de corrección por parte de una institución comunitaria de una infracción estatal, cuando existe una obligación específica de fiscalización, o visto bueno comunitario a una medida ilegal nacional. En estos supuestos, se suman dos ilegalidades independientes, aunque relacionadas (una muestra nos la ofrece la sentencia de 8 de abril de 1992, *James Joseph Cato* contra Comisión, asunto C-55/90, Rec. p. I-2533). La jurisprudencia admite la posibilidad de responsabilidad comunitaria. En este género de asuntos, bien puede existir también responsabilidad estatal.

[26] La doctrina se ha pronunciado desde un principio con práctica unanimidad en pos del reconocimiento de este principio. Así, p. e., Fuss (1968, 206) o Ipsen (1969, 60).

[27] Ahora bien, la posible repetición de la Comunidad contra un Estado o viceversa suscita arduos problemas que no encuentran fácil solución en virtud del principio de exclusividad de jurisdicciones. Parece que, en caso de articularse una vía adecuada, debiera sentarse en todo caso un principio general de responsabilidad compartida a partes iguales, pues cualquier solución diferente amenaza con subvertir dicho principio.

VII. LA APLICACIÓN TEÓRICA DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESPAÑOL

Nos limitaremos aquí a dar cuenta de los puntos clave de lo que parecía ser la consecuencia de la aplicación del instituto de la responsabilidad de los poderes públicos por infracción del DUE en el sistema jurídico español.

- La *responsabilidad del legislador* por leyes inconstitucionales fue reconocida y perfilada en la década de los noventa por obra del Tribunal Supremo. El principio afirmado fue que cuando un ciudadano sufre un *perjuicio derivado de la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales*, tiene derecho a ser indemnizado, incluso si el acto es firme porque no lo impugnó en su día por la vía de los recursos administrativos o contencioso-administrativos (pues en ningún caso está obligado a reaccionar frente a un acto que, hasta la posterior declaración de inconstitucionalidad, goza de la presunción de legalidad con que cuenta la propia ley de la que es aplicación) o sí lo hizo y obtuvo una sentencia firme en su contra. La acción de responsabilidad es, además, autónoma respecto a la posibilidad de instar la revisión de oficio con que cuentan adicionalmente los interesados siempre que el acto no haya sido confirmado por sentencia firme. El Tribunal Supremo ha interpretado que 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, mandato que no podía ser establecido «a priori» en su texto. Ha argumentado que en estos casos el reconocimiento del derecho a indemnización no va en contra del principio de seguridad jurídica ni, cuando existe sentencia firme, del principio de cosa juzgada. Ahora bien, ha precisado que la decisión sobre la procedencia o no de indemnización debe partir del tenor del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad, pues si del mismo se deriva de forma explícita o implícita la voluntad de mantenimiento de los actos que hayan devenido firmes, dotando al pronunciamiento de eficacia *ex nunc*, habrá entonces de excluirse también el derecho a obtener indemnización por los daños que deriven de dichos actos[28]. En todo caso, nunca ha exigido una cualificación en la inconstitucionalidad, luego parecía que, de aplicarse el principio de equivalencia, tampoco podía hacerlo cuando el daño fuera consecuencia de una ley contraria al DUE.

- En cuanto a la responsabilidad administrativa, la peculiaridad del sistema español de responsabilidad es lo que la doctrina y la jurisprudencia llaman su «carácter objetivo». Conforme a este carácter, la procedencia de la indemnización de los daños causados no deriva de un juicio subjetivo en términos de «culpabilidad» o «negligencia» en la actuación u omisión administrativa, sino que depende de un juicio objetivo

[28] Por todas, STS de 18 de mayo de 2006, Ar. 3923.

ajeno a toda noción de culpa, centrado en la situación del perjudicado. De ahí que la Administración responda del «funcionamiento normal o anormal». No obstante, el sistema de responsabilidad administrativa español, con carácter general, no es indiferente a la valoración jurídica de la conducta u omisión del causante del daño. Antes al contrario, la pertinencia de indemnización se supedita con carácter general a un juicio de valor negativo acerca de la conducta u omisión del causante del daño y solo a título excepcional, cuando pese a la ausencia de toda culpa, se produce un perjuicio anormal y singular, un principio de justicia distributiva llama a la compensación de los daños. En el caso de la responsabilidad derivada de la aplicación de actos, con carácter general, puede partirse del principio de que una vulneración de la legalidad implica un funcionamiento anormal que, de causar daño, impone su reparación. Funcionamiento anormal e ilegalidad tienden, pues, a ser sinónimos. Ahora bien, la jurisprudencia viene acogiendo desde hace años la llamada «teoría del margen de tolerancia». Cuando el daño deriva de la adopción de un acto ilegal para cuyo dictado existía un margen de discrecionalidad o una cierta complejidad o indeterminación del marco jurídico o en la apreciación fáctica, la jurisprudencia considera que si la decisión administrativa fue «razonable», aunque resultara ilegal en un juicio *a posteriori*, queda excluida la procedencia de indemnización. De este modo, los tribunales podían sentirse tentados a equiparar esta aproximación a la realizada por el Tribunal de Luxemburgo respecto de la apreciación de la «violación suficientemente caracterizada».

- Finalmente, la *responsabilidad por error judicial* es excepcional en derecho español y se anuda a errores muy graves, crasos y palmarios[29]. El TJCE ha establecido que el principio de responsabilidad se extiende a todos los poderes públicos y, por tanto, hay que colegir que también al poder judicial. Sin duda, las condenas serán, cuando menos, absolutamente excepcionales. Difícilmente vendrán de la mano de una interpretación disconforme con el sentido de una norma. Poderosas razones de equilibrio entre las jurisdicciones nacionales y la comunitaria, y la necesidad de no convertir al TJCE en un «tribunal de supercasación» lo impiden. Ahora bien, no puede descartarse que una posición frontalmente contraria a los principios fundamentales que vertebran la aplicación del derecho comunitario (entre ellos, los de primacía, efecto directo o el mismo principio de responsabilidad) pueda considerarse una violación suficientemente caracterizada. Una infracción tal debiera calificarse como error judicial también en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; en todo caso, constituiría una violación manifiesta y grave de acuerdo con el están-

[29] Por todas, STS de 21 de mayo de 1998, Ar. 4299.

dar mínimo obligatorio que impone el derecho comunitario, y, como tal, debiera ser indemnizada[30].

VIII. LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LA APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL DUE

El Tribunal Supremo mostró fuertes resistencias a la aplicación de los principios del régimen de la responsabilidad por infracción del DUE antes enunciados[31], puede decirse que el Tribunal Supremo negó en un primer momento la condición de «reclamaciones semejantes» a las referidas a la responsabilidad por Leyes contrarias a la Constitución y al DUE, entendiendo de este modo que el principio de equivalencia no le impedía dar un tratamiento diverso a sus requisitos sustantivos y procesales (valga esta distinción, como hemos visto, tan evanescente). Su razonamiento atendió a las posibilidades de acción del ciudadano frente a los actos de aplicación. Mientras que los ciudadanos pueden invocar ante la Administración y ante los Tribunales la primacía del derecho de la Unión y éstos deben inaplicar por sí mismos cualquier acto nacional, incluidas las leyes, contrario al DUE, no ocurre lo mismo con las leyes inconstitucionales, dado el monopolio que ejerce en su control el Tribunal Constitucional. Por ello mismo, en la medida en que los ciudadanos pueden en el primer caso «pelear» con éxito ante los tribunales y en el segundo no, no se trata de reclamaciones semejantes, lo que, entendía, justifica que se pueda poner como requisito a las reclamaciones de daños derivados de la aplicación de leyes contrarias al DUE el recurso previo contra el acto de aplicación (en otra terminología, el ejercicio de la «tutela primaria»), y no exigirlo respecto de las leyes inconstitucionales, sin por ello vulnerar el principio de equivalencia. Este razonamiento fue descartado en la STJUE Transportes Urbanos[32], que resuelve una cuestión prejudicial al respecto planteada por el Tribunal Supremo. El TJUE consideró que teniendo las dos reclamaciones exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o por una omisión legislativa del Estado, la única diferencia consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica (el TJUE o el Tribunal Constitucional) y esta mera diferencia no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia.

Con independencia de lo convincente o no del razonamiento —la diferencia no es solo quién declara la infracción, sino más bien, como se ha dicho, si el juez nacio-

[30] Puede contrastarse con lo resuelto en la STJUE de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, asunto C-224/01

[31] En profundidad, véase una exposición en Guichot (2016, 76-83).

[32] STJUE de 26 de enero de 2010, asunto C-118/08.

nal puede en efecto por sus propios medios considerar que una ley es contraria a la Constitución o al DUE, y aquí la respuesta es diferente—, la conclusión era clara. El Tribunal Supremo la hizo suya en la propia sentencia dictada en el asunto que dio lugar a la cuestión prejudicial y otras coetáneas y posteriores, cambiando su doctrina y dejando de exigir el agotamiento previo de la vía interna en los plazos legales para recurrir contra los actos de aplicación origen del daño[33]. Ahora bien, no extendió las consecuencias del principio de equivalencia a los «requisitos de fondo», de tal modo que siguió exigiendo una «violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos», como ha venido haciendo desde el —casi[34]— primer momento, sin que le baste la acreditación de la contrariedad de la ley de la que deriva el daño con el DUE; y ello en clamoroso contraste de su rotunda afirmación de la responsabilidad por mera inconstitucionalidad[35].

De este modo, con posterioridad a la sentencia Transportes Urbanos, el Tribunal Supremo[36] se mantuvo en esta línea, ahora con otras vías argumentales: la necesaria uniformidad en la aplicación del DUE; la no aplicación del principio de equivalencia a las condiciones de fondo; el diferente margen de discrecionalidad con el que cuenta el legislador cuando interpreta la Constitución y cuando interpreta el DUE[37]; o la diferencia de efectos de las sentencias del TJUE en una cuestión prejudicial y del Tribunal Constitucional en un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad[38]. Lo cierto es que la cuasi generalidad de los autores consideró que se trataba de

[33] SSTS de 17 de septiembre de 2010, 679/2011, Ar. 7998, 8095.

[34] Como excepción, véase la STS de 12 de junio de 2003, Ar. 8844.

[35] Salvo en los casos en que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional haya excluido expresamente la producción de efectos retroactivos de su pronunciamiento y con el matiz por ahora incógnito de un régimen distinto en «circunstancias singulares, de clara y relevante entidad» «como hipótesis no descartable» (desde la STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494 y, a fecha de la redacción de este trabajo, hasta la STS de 8 de febrero de 2021, Ar. 659), que por ahora no ha tenido aplicación.

[36] Es más, procedió así incluso en las propias sentencias que resolvieron las reclamaciones una vez resuelta la cuestión prejudicial en la sentencia Transportes Urbanos (SSTS de 17 de septiembre de 2010, 679/2011, Ar. 7998, 8095 y otras similares posteriores sobre el mismo asunto). La exigencia, por cierto, se ha aplicado también a la responsabilidad por reglamentos estatales contrarios al derecho comunitario: STS 5 de marzo de 2012, Ar. 4762 (Real Decreto de transposición incorrecta de una Directiva en materia de investigación celular).

[37] Que resulta difícil de interpretar, porque parece que, en esa lógica, el margen de discrecionalidad es tendencialmente mayor al interpretar la Constitución, lo que abogaría precisamente por un régimen más restrictivo de la responsabilidad en este supuesto, y no por lo contrario.

[38] El Consejo de Estado también ha aportado «argumentos» diversos e incluso contradictorios, desde la no aplicación del principio de equivalencia a las condiciones sustantivas hasta, incluso, la consideración del régimen de responsabilidad por infracción del DUE como más favorable que el régimen de responsabilidad por infracción de la Constitución, esto último por considerar que el régimen legal español de la Ley 30/1992 condicionaba la indemnización a la previsión legal expresa en el artículo 139.3 (Dictámenes 1228/2010, 23 de septiembre de 2010 y 116 y 210/2011, de 14 de abril de 2011, 341/2011, de 5 de mayo de 2011). Que la comparación ha de hacerse con el régimen efectivamente aplicado de responsabilidad y no con el 139.3 de la Ley 30/1992 es algo que la doctrina ni se plantea y si lo hace es para resaltar que ha

una interpretación contraria al derecho de la Unión Europea, que exigía alinear la responsabilidad del legislador español por incumplimiento del derecho de la Unión con su responsabilidad por leyes inconstitucionales, al tratarse de reclamaciones que habían de considerarse sin mayor discusión como semejantes, puesto que el TJUE ya había dicho la última palabra al respecto en su sentencia Transportes Urbanos [39].

IX. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL DUE POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL DE 2015

El legislador español decidió terciar de forma decisiva en lo que hasta la fecha eran, como hemos visto, construcciones puramente jurisprudenciales y críticas y propuestas doctrinales en materia de responsabilidad legislativa. En efecto, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público procedió a regular la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea. En efecto, su artículo 32.5 dispone que en estos casos sólo procede la 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 (y, se entiende, el tribunal hubiera decidido por sí mismo que la norma española era compatible con el derecho de la Unión Europea, sin plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Además, exige que se trate de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que su incumplimiento esté suficientemente caracterizado y que exista una relación de causalidad directa entre dicho incumplimiento y el daño sufrido. En estos casos, además, y al igual que para la responsabilidad por leyes inconstitucionales, el artículo 32.6 dispone que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al derecho de la Unión Europea producirá efectos desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que en ella se establezca otra cosa y el artículo 34.1 limita los daños indemnizables a los producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación, de nuevo salvo que la sentencia disponga otra cosa.

En trabajos anteriores puse de relieve que esta regulación trasluce, a mi juicio, un gravísimo desconocimiento de los principios, no ya de la responsabilidad en el derecho de la Unión Europea, sino de las relaciones entre el derecho de la Unión y el

de compararse con la realidad de la interpretación y aplicación por el Tribunal Supremo. Así, Cobreros Mendazona (2015a, 208)

[39] En este sentido, por ejemplo, y por todos, Cobreros Mendazona (2015a, 238) y (2015b, p. 59). Como una voz discrepante en la doctrina española, que les niega la condición de «reclamaciones semejantes», puede verse González Alonso (2016) y Ruiz López (2016, 2795-2796).

derecho interno, de la posición del juez nacional ante el derecho de la Unión, del sistema contencioso europeo y hasta de los mecanismos de publicidad de las sentencias. En mi criterio, la Ley 40/2015 llevó a cabo una regulación contraria al derecho de la Unión, marcada por la extensión a este supuesto de los requisitos «procesales» ultrarrestrictivos del nuevo régimen legal acuñado para la responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales. Y lo hizo, probablemente, llevado de la voluntad de eludir reclamaciones masivas, como las derivadas de la previsión legal del impuesto sobre los carburantes que establecieron algunas Comunidades Autónomas para financiar la sanidad (el «céntimo sanitario»), declarado contrario al DUE un año antes por el Tribunal de Luxemburgo, que, además, se negó, contra lo solicitado por el Gobierno español, a limitar en el tiempo los efectos de la sentencia. Además, al unificar los requisitos «procedimentales», se perseguía evitar una nueva condena basada en el principio de equivalencia, esto es, un «Transportes Urbanos II». Consideraba yo, en fin, que las condiciones procesales vulneraban el principio de efectividad y las sustantivas el de equivalencia, dentro de lo lábil y relativo de esta distinción entre la forma y el fondo.

X. EL TRIBUNAL SUPREMO «SUAVIZA» EL RIGOR DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

Ya antes del dictado de la sentencia, el Tribunal Supremo se adelantó y fijó su doctrina general sobre la interpretación del citado régimen legal[40]. En ella, el Tribunal Supremo comenzó sentando los límites de su interpretación, que queda ya constreñida por la existencia de un régimen legal que ha de interpretarse de conformidad con los principios de equivalencia y eficacia. A partir de ahí, examinó los presupuestos legales de la responsabilidad del legislador en una interpretación que apuraba los márgenes de una regulación legal a todas luces contraria al DUE. Así, estimó que pese al tenor literal del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 circunscribe el derecho a la indemnización a los daños derivados de la «aplicación» de leyes contrarias al DUE, puede aplicarse el artículo también a los casos en que no ha habido intermediación de un acto para provocar un daño, como ocurre en el caso de las autoliquidaciones en cumplimiento de una obligación legal; que el precepto que exige haber agotado la vía contenciosa buscando la anulación del acto origen inmediato del daño debe ser interpretado como incluyente de las sentencias obtenidas por la vía de la revisión de oficio de actos nulos; que basta que la disconformidad con el DUE haya sido invocada por el demandante en cualquier instancia y que puede también apreciarla de oficio el órgano administrativo o el tribunal que conozca del recurso; que la apre-

[40] En la STS de 18 de noviembre de 2020, Ar. 4736, en línea con la que había desplegado respecto a la responsabilidad por leyes inconstitucionales en la STS de 14 de septiembre de 2020, Ar. 3710.

ciación de la infracción del DUE puede ser apreciada por los tribunales nacionales, y no sólo por el TJUE; que el plazo para reclamar debe computarse desde la firmeza del acto del que trae causa inmediata el daño y extenderse a los cinco años anteriores –en aplicación de la limitación prevista por el legislador– y, finalmente, que la acción de responsabilidad tiene propia autonomía sustantiva y procesal, sin que quepa alegar cosa juzgada respecto de las acciones dirigidas a la anulación de un acto o a la devolución de unos ingresos, al no existir identidad de *causa petendi*. Por lo demás, no entraba a valorar los requisitos de fondo, apuntando tan solo que la exigencia en todo caso de una «violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos» genera dudas desde la perspectiva del principio de equivalencia, si bien, al partir de que en ese caso ya había sido constatada, no entraba en el debate.

Como puede comprobarse, el Tribunal Supremo lleva a cabo una «lectura» del régimen legal que es prácticamente una enmienda a la totalidad, «apurando» —a nuestro juicio, con buena intención, pero más allá de la literalidad— las posibilidades de la interpretación jurídica[41].

XI. LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2022, C-278/20, COMISIÓN CONTRA REINO DE ESPAÑA

El 28 de junio de 2002, el TJUE dictó su sentencia que tiene dos *leitmotivs*: la responsabilidad no siempre presupone un acto administrativo de intermediación ni presupone la existencia de un pronunciamiento del propio TJUE que declara la infracción, como entendió el legislador español en 2015. A partir de ahí, el régimen diseñado bajo estos falsos presupuestos se derrumba, por ser contrario al principio de efectividad de la acción de responsabilidad en supuestos que no responden a este esquema. Ahora bien, el TJUE no consideró contraria a este principio el condicionamiento por el legislador español de la viabilidad de la acción de responsabilidad a la previa actuación por parte del perjudicado persiguiendo la anulación del acto origen inmediato del acto hasta obtener una sentencia firme desestimatoria en cualquier instancia, cualquiera que sea la argumentación desplegada y aunque no coincida con la finalmente declarada por una sentencia posterior en un asunto semejante. Esta

[41] Alonso García (2021) considera que, aun con la flexibilización que aporta, articular en estos casos la responsabilidad sigue siendo enormemente complejo; Doménech Pascual (2022, 183) apunta que: «El Tribunal Supremo ha interpretado estos requisitos en un sentido muy laxo y favorable a la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado». Para Leiva López (2021, 196), esta flexibilización es bien recibida, pero la regulación sigue siendo mejorable, en cuanto no deberían existir dos acciones independientes, sino más bien un procedimiento de revisión a través del cual el ciudadano afectado pueda ver resarcidos los daños sufridos. Muy crítico, Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 135), que estima que el Tribunal Supremo ha flexibilizado el requisito del agotamiento de los recursos contra el acto causante directo del daño «de una forma que linda con la indisciplina».

exigencia no regiría cuando el daño deriva de la Ley o de una omisión legislativa sin que exista una actuación administrativa impugnable. Por lo demás, el TJUE entendió, en coherencia con los *leit motiv* apuntados, que el plazo no puede empezar a computar sólo desde la (no exigible) declaración por el TJUE y que no cabe al legislador nacional limitar la extensión del daño (a cinco años, en el caso del legislador español) enjuiciado, dado que el DUE reconoce el principio de la reparación integral.

Lo más inesperado de esta sentencia es el giro que dio a la interpretación hasta entonces prácticamente unánime del alcance del principio de equivalencia, en la medida en que considera que los requisitos sustantivos fijados por el TJUE y traídos de jurisprudencia en materia de responsabilidad de las instituciones (una violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos) serían en todo caso exigibles, y, solo una vez reunidos, «incumbe al Estado miembro, en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio que haya causado al infringir el derecho de la Unión», que el TJUE ahora focaliza en los aspectos procesales: «designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el DUE confiere a los justiciables». El principio de equivalencia y el de efectividad tendrían juego, así, solo en materia procesal. El sentido del pronunciamiento es, a mi juicio, el siguiente: el DUE obliga a indemnizar los daños causados directamente por una violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos. Si concurren estas condiciones y a falta de una mayor armonización europea, corresponde a los Estados, por el principio de autonomía procesal, regular los aspectos procedimentales de la reclamación, que en realidad parecen cernirse a designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales, y ello siempre dentro del respeto a los principios de efectividad y equivalencia respecto de reclamaciones semejantes conforme al derecho interno. Un Estado puede, eso sí, regular los requisitos de fondo de forma más generosa al estándar comunitario, que se convierte en un mínimo, pero no está obligado a ello, tampoco cuando su sistema de responsabilidad para reclamaciones equivalentes basadas en el derecho interno sea menos restrictivo.

XII. SU RECEPCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Con posterioridad a la sentencia del TJUE que acabamos de analizar, el Tribunal Supremo ha dictado sentencias ya tomando por referencia la STJUE referida. Así:

Por una parte, entiende que su doctrina no rigorista sobre la interpretación del requisito de la tutela primaria se encuentra en línea con el reciente pronunciamiento del TJUE. Es más, la jurisprudencia que interpreta este mismo requisito en relación con la responsabilidad por leyes inconstitucionales considera que basta con haber

solicitado la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho alegando la inconstitucionalidad –en nuestro caso, la contradicción con el derecho de la Unión Europea– antes de que se produzca la declaración de inconstitucionalidad de la norma. De este modo, puede pensarse que los afectados que tengan conocimiento de que el asunto se ha planteado ante el Tribunal Supremo o ante el TJUE, se apresurarán a solicitar la revisión de oficio invocando esa posible inconstitucionalidad[42].

Ahora bien, considera que el requisito de la «tutela primaria», ya de por sí gravoso, se aplica ahora también a casos en que no existe acto administrativo causante inmediato del daño, sino autoliquidaciones en las que el ciudadano se limita a cumplir cabalmente lo que le ordena una ley contraria al DUE, teniendo que soportar los daños si no tuvo la capacidad jurídica de discernir que su correcto cumplimiento lo era de una incorrecta actuación del legislador, y actuar dentro de los presupuestos procedimentales, marcados por la Ley General Tributaria, incluido el plazo de cuatro años para pedir la devolución, argumentando la ilegalidad de la norma, siendo así que la sentencia que declare la incompatibilidad de la ley en cuestión con el DUE puede ser posterior[43].

En cuanto al plazo para ejercitar la acción de responsabilidad, el Tribunal Supremo recuerda, en línea con el TJUE, que para el nacimiento de la acción puede bastar un pronunciamiento de un tribunal nacional, sin que la existencia de un pronunciamiento del TJUE que ponga de relieve la contradicción de la ley nacional con el DUE sea un requisito *sine qua non*. En algunos casos sí se da este presupuesto, y entonces el plazo comienza a computar desde la fecha de la STJUE[44]. Pero en otro, no. En esos supuestos, la fecha para reclamar será aquella en que se haya puesto de manifiesto la contrariedad de la ley con el DUE, que debe ser precisamente una sentencia del Tribunal Supremo que dé una respuesta directa e inequívoca a la cuestión de la compatibilidad de la ley con el DUE[45].

En cuanto a la limitación de los daños indemnizables a los producidos en los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia del TJUE que declare el incumplimiento del derecho de la Unión, prevista en el artículo 34.1, párrafo segundo de la Ley 40/2015, constata que ha sido declarada contraria al DUE, y considera «en tanto no se apruebe nueva norma legal, corresponderá al Tribunal que juzgue la responsa-

[42] Por todas, STS de 10 de abril de 2025 (rec. 31/2024).

[43] Así, SSTS de 28 de febrero de 2023 (rec. 246/2020) y de 2 de marzo de 2023 (rec. 247/2020), referidas a los daños derivados de la aplicación del Impuesto Especial sobre Hidrocarburos.

[44] Véase la STS de 23 de febrero de 2023 (rec. 276/2021).

[45] El supuesto de las SSTS de 8 de marzo de 2023 (rec. 258/2020) y 13 de marzo de 2023 (rec. 250/2020) es el de la declaración de disconformidad con el DUE y, en particular, con el principio «constitucional» de no discriminación por razón de la nacionalidad, de la regulación española del impuesto sobre la renta de no residentes, por ser diferente y más gravoso que el régimen de tributación previsto para las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

bilidad determinar su alcance en el tiempo, con respeto a los principios establecidos en la sentencia del TJUE, especialmente el de compensación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos, con la obligación de proporcionar una reparación adecuada»[46].

Finalmente, en cuanto a los requisitos de fondo, el Tribunal Supremo exige la concurrencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos. Si ya lo hacía en su jurisprudencia anterior, con críticas doctrinales generalizadas por vulneración del principio de equivalencia respecto de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, ahora este planteamiento ha sido avalado con la relectura por parte del TJUE del alcance de este principio (léase, su vaciamiento en cuanto al régimen sustantivo de responsabilidad)[47].

XIII. UNA VALORACIÓN FINAL. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Hemos valorado críticamente el régimen legal español y la propia sentencia del TJUE, en su entendimiento del principio de equivalencia, *in extenso*, en un trabajo anterior, al que nos remitimos. Pasamos a hacer, por ello, una síntesis conclusiva.

1. La admisión cuestionable y condicionada de la exigencia de búsqueda de la «tutela primaria»

Ha quedado apenas en pie, en la regulación «procesal» española, la posibilidad de condicionar la plena indemnización a la búsqueda de la que algunos autores llaman la «tutela primaria», impugnando el acto de aplicación del que deriva de forma inmediata el daño, con toda una serie de importantes matices: se trata de una *posibili-*

[46] Véanse las sentencias citadas en la nota anterior.

[47] Así, en las SSTS de 8 de marzo de 2023 (rec. 258/2020) y 13 de marzo de 2023 (rec. 250/2020), para el reclamante, la libertad de circulación y la prohibición de discriminación en razón de la nacionalidad, insertas en los Tratados, sobre las que hay un gran acervo jurisprudencial, reconocen derechos a los ciudadanos y su vulneración es clara como afirmó el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo precisa que no basta que la infracción lo sea de un principio inserto en el Tratado para entenderla constitutiva, por ese solo dato, de una infracción suficientemente caracterizada (en el caso de autos, «ha tenido que ser la jurisprudencia del TJUE la que, a lo largo de varios años, haya ido perfilando este mandato de libertad para que se entendiera incluido en él la prohibición de los regímenes fiscales que diferenciaban a efectos de carga tributaria a las sociedades de inversión colectiva y los fondos de pensiones por razón de su residencia»). Además, la caracterización ha de enjuiciarse retrospectivamente, por relación al momento en que se comete la infracción (y en ese caso, entre 2002 y 2005 «no existía doctrina mínimamente consolidada del TJUE para considerar la existencia de una clara infracción del derecho de la Unión Europea»), a lo que se suma que «la norma vulnerada no era clara ni precisa en relación con el supuesto contemplado, existiendo margen de apreciación por parte del Estado» y que «tampoco se puede apreciar intencionalidad en la infracción del derecho de la Unión. Abunda en la falta de intencionalidad la rápida respuesta de las autoridades españolas a las observaciones recibidas desde la Comisión Europea en el año 2009» y, finalmente, que «el eventual error de derecho no era inexcusable». La conclusión es que no puede afirmarse la existencia de una infracción suficientemente caracterizada del derecho de la Unión Europea en el presente caso.

dad regulatoria para los derechos nacionales, no de un requisito que derive del DUE; solo cabe aplicarla a los casos en que el daño deriva de un *acto* de aplicación de una norma contraria al DUE –al que el Tribunal Supremo ha equiparado las autoliquidaciones–, pero no a los derivados de leyes autoaplicativas u omisiones legislativas; no puede exigirse el agotamiento de todos los recursos judiciales disponibles, sino tan solo haber interpuesto sin éxito *un* recurso judicial; y no puede supeditarse la reparación a que los que recurrieron sin éxito lo hicieran invocando en concreto la misma infracción finalmente estimada por el TJUE o por el tribunal nacional, bastando que se haya invocado cualquier infracción aunque no sea la efectivamente constatada *a posteriori*. Este posible requisito de la «tutela judicial primaria», sin ninguno o solo con alguno de esos matices, ha sido defendido en España por parte de la doctrina, tanto en relación a la responsabilidad por leyes inconstitucionales como contrarias al DUE, y ello antes de su acogida en la Ley 40/2015[48], con posterioridad a la misma[49], o tras su parcial validación por la sentencia Comisión contra Reino de España[50]. Por mi parte, discrepo de esta posición, en línea con otro sector doctrinal[51], por una serie de argumentos, que he desarrollado en el trabajo antes citado, y entre los que figuran, en línea con el Tribunal Supremo, la irrazonabilidad de exigir a cualquier ciudadano impugnaciones preventivas de actos en aplicación de leyes, con el colapso de acciones judiciales que ello además supone[52] y la interpretación de la exigencia de

[48] Así, Alonso García (2010) o Rodríguez de Santiago (2011).

[49] Alonso García y Martín Delgado (2020, 176), Doménech Pascual (2022, 191), González Alonso (2016).

[50] Fernández Farreres (2022, 27-28), con remisión a la posición de Rodríguez de Santiago (2011).

[51] Así, Galán Vioque (2016, 5), Huelin Martínez de Velasco, J. (2019, 177), Iranzo Cerezo (2020, 220), Macías Castaño (2021, 484), Plasencia Sánchez y de Pedro Marín (2019, 650-651).

[52] El DUE regula sectores absolutamente heterogéneos de actividad y afecta tanto a grandes empresas como a ciudadanos de a pie. Por ello mismo, resulta fuera de toda proporción considerar que todo afectado por la aplicación de una ley ha de enjuiciar con sus conocimientos la posible conformidad de cualquier norma interna con el DUE y recurrir el acto de aplicación so pena de ver, no ya minorada, sino, en realidad y al ser un condicionante procesal, excluida una futura indemnización si posteriormente la norma interna se revela contraria al DUE. Y si —lo que me parece irreal— así lo hicieran, se daría origen o bien a una miríada de recursos preventivos, que habrían de analizar la legalidad de cualquier precepto impugnado, en sus respectivas instancias, con la consiguiente carga financiera para los ciudadanos y para el Estado y colapso de los tribunales. Una exigencia tal, en fin, lleva a una sustancial privación de la garantía indemnizatoria. Por el contrario, si cabe exigir responsabilidad una vez se ha producido una declaración judicial que pone de relieve la contrariedad entre una ley y el DUE, las reclamaciones podrían ser resueltas en la vía administrativa, limitándose la Administración a comprobar la identidad de casos y el alcance del daño, sujeto en su caso a la última palabra de los tribunales si hay discrepancias al respecto. Al respecto, resulta elocuente que el Tribunal de Luxemburgo haya admitido la posibilidad de un requisito tal, afirmando a la vez que no puede exigirse al perjudicado que la infracción invocada sea la efectivamente retenida por el tribunal nacional o europeo que posteriormente pone de manifiesto la contrariedad de la Ley con el DUE. Como vimos, tanto para el abogado general como para el propio TJUE, se trataría de una carga excesiva, porque, en palabras del TJUE, «en esa fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prever qué infracción del derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia». Pues bien, si es «incluso imposible» saber qué infracción pueden

diligencia del perjudicado para evitar o atenuar el daño en la ley española como un requisito de procedibilidad de carácter absoluto y no como un elemento a considerar que puede en su caso moderar o excluir la indemnización[53]. Todo ello, a mi juicio,

declarar los tribunales, ¿cómo exigir a los perjudicados que impugnen, cualquiera que sea el motivo, y por qué en ese caso «premiar» al que impugna «a ciegas»? Nos parece que el razonamiento muestra la debilidad intrínseca de esta exigencia que impone a la generalidad de los ciudadanos unos «conocimientos» tan poco realistas como inconsecuentes (que intuyan que, por alguna razón, aunque no sea la finalmente estimada, nada menos que una ley parlamentaria puede ser contraria al DUE). En contra de esta visión, Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 137), que considera incluso que sí resultaría proporcionado condicionar la obtención de responsabilidad a la circunstancia de que el ciudadano hubiera invocado de forma suficientemente clara el derecho derivado del DUE que es vulnerado por la ley nacional.

[53] A lo largo de este trabajo se ha puesto de relieve que la exigencia de un grado de diligencia al perjudicado estaba conectada por el TJUE en su jurisprudencia en materia de responsabilidad de las instituciones a un elemento no jurídico: al despliegue de actividades en orden a amortiguar el perjuicio. En el derecho de la responsabilidad de las instituciones, el principio de autonomía de la acción de responsabilidad respecto a las demás vías procesales comunitarias está hoy firmemente asentado. Según reiterada jurisprudencia, el recurso de indemnización es una vía de recurso autónoma, que tiene una función determinada en el marco del sistema de recursos, que está supeditada a unos requisitos de ejercicio concebidos en función de su objetivo específico. Se diferencia del recurso de anulación en su objeto, puesto que tiende, no a la supresión de una medida determinada, sino a la reparación del perjuicio causado por una Institución (por todas, STG de 9 de septiembre de 2009, T437/05, *Brink's Security Luxembourg SA* contra Comisión). Solo en el caso de que el perjuicio haya sido ocasionado por un acto individual y consistan en el pago de una cantidad indebida, si el objetivo final de la acción de responsabilidad es obtener los mismos efectos que pudieran haberse alcanzado de haber impugnado dicha decisión en plazo (el mismo montante y los intereses legales), la acción de responsabilidad se inadmite, apelando a la existencia de una «desviación de procedimiento» (STG de 23 de noviembre de 2004, *Cantina sociale di Dolianova Soc. coop. rl* contra Comisión de las, asunto T166/98). Si el perjuicio alegado no coincide exactamente con el contenido del acto que, pudiendo serlo, no fue impugnado a través de un recurso directo de legalidad (como muestra la STG de 15 de marzo de 1995, *Cobrecaf SA* y otros contra Comisión, asunto T-514/93) Su campo de aplicación es, pues, el de la recuperación de lo indebido, en que se reclama el importe abonado y los intereses, y no, técnicamente, un perjuicio en concepto de responsabilidad —que en muchas ocasiones va más allá, por los daños que derivan de esa necesidad de hacer frente a un pago jurídicamente indebido— (lo pone de manifiesto el propio abogado general Maduro, que presentó sus conclusiones al asunto Transportes Urbanos, en un caso en que en realidad el daño se correspondía con el pago de ingresos indebido). Incluso si se conecta ahora la diligencia exigible con la prohibición, ya sí procesal, de «desviación de procedimiento», esos habrían de ser sus reducidos límites. Una visión favorable a la exigencia de recurso a la «tutela primaria» en Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 144), que considera que hay que agotar todos los recursos «razonables» (si bien añade que lo que sea razonable «puede ser discutible, según el caso»). Hay que constatar las discrepancias en el seno del propio TJUE sobre si esta regla constituye un principio general común, con divergencia en los estudios de derecho comparado de sus propios abogados generales. Así, Tesauro en sus conclusiones a la sentencia *Brasserie du Pêcher/Factortame*, puso de relieve al respecto que en los derechos nacionales cabe constatar la diversidad de soluciones. Unos sistemas nacionales afirman la autonomía absoluta (sistema francés); otros niegan la indemnización de los daños que hubieran podido evitarse con la interposición de una acción de nulidad (sistema alemán), y otros supeditan la admisión de la acción de responsabilidad a la previa anulación (sistemas italiano o inglés). Por el contrario, sí consideran que es expresivo de un principio general común el abogado general Maduro, en sus conclusiones a la sentencia Transportes Urbanos, y la abogada general Trstenjak, en sus conclusiones a la sentencia *Danske Slagterier*. Como también han puesto de relieve los estudios de derecho comparado de los abogados generales, la falta de recurso a la primera tutela

clama por reconocer la posibilidad de la reapertura del plazo para reclamar daños por la aplicación de leyes, se haya o no recurrido en su momento el acto de aplicación, a partir de la fecha de la sentencia que ponga de relieve la contradicción entre la ley nacional y el DUE. Y ello incluso si el acto de aplicación ha sido confirmado por sentencia firme, puesto que tanto el TJUE como el Tribunal Supremo[54], como hemos visto, han considerado que la responsabilidad no afecta al principio de cosa juzgada, al no concurrir identidad de objeto ni necesariamente de partes. O bien, alternativamente, si pese a ello se considera una contradicción dogmáticamente insalvable el mantenimiento de la firmeza del acto y la reparación de sus consecuencias lesivas, solicitar la revisión de oficio de aquel, si no fue confirmado por sentencia, y anudarle una reclamación de daños y perjuicios[55], vía que no cabría en todo caso si el acto ha sido confirmado por sentencia firme, a riesgo de desmontar otro dogma[56].

2. Una nueva interpretación del principio de equivalencia y la voluntad de «uniformar» el régimen de la responsabilidad de los Estados por infracción del DUE

En lo que hace a la interpretación del principio de equivalencia, la sentencia de la Comisión contra el Reino de España encierra un giro desde luego sorpresivo no solo para la Comisión, sino también para la generalidad de la doctrina, española y del resto de Europa. Hasta esta sentencia, el entendimiento general era que la igualación de las condiciones de fondo y forma respecto de reclamaciones semejante suponía la extensión automática del régimen nacional si era más favorable, fundada en la idea de que el ciudadano no puede tener una menor garantía de sus derechos en función de la naturaleza de la infracción (del derecho nacional o del europeo), con la consecuencia de que si el DUE es el infringido sus posibilidades de resarcimiento puedan ser menores que en relación con reclamaciones semejantes de derecho interno por leyes inconstitucionales, si en estos casos el régimen es más generoso. El principio queda ahora reducido a que el legislador nacional *puede* –voluntariamente, pues, no imperativamente– regular los requisitos de fondo de la responsabilidad

judicial posible en general y conforme a la jurisprudencia europea y al derecho comparado no da origen a la exclusión general del derecho a reclamarla —que sólo podría contemplarse de manera excepcional—, sino a la aminoración de la responsabilidad (así, la abogada general Trstenjak en sus conclusiones al asunto *Danske Slagterier*). Ahora bien, si el enfoque no se hace desde el análisis de fondo de la causalidad, sino como condición procesal previa, como lo hace la Ley 40/2015 y defienden los autores favorables a esta condición, se llega necesariamente a la exclusión —lo que, adicionalmente, parece encontrar poco acomodo en la reducción de lo procesal a determinar «los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales», como el TJUE apuntó en *Francovich* y confirma, precisamente, en este misma sentencia Comisión contra Reino de España—.

54 Doctrina uniforme desde su primera sentencia de 29 de febrero de 2000, Ar. 2730.

55 Solución a la que parece apuntar Leiva López (2021, 196).

56 En contra, Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 145-146).

por infracción del DUE de forma más favorable a los que exige la jurisprudencia («violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos»), sea armonizándolo o no con la responsabilidad por infracciones semejantes del derecho interno, creándose en ese caso una asimetría en el nivel de garantía de los ciudadanos europeos, que puede ir más allá del mínimo comunitario (lo que, por cierto, tampoco se compadece con la dicción de «necesarias y suficientes»). Ha operado con una técnica que nos es conocida, porque ha sido empleada en materia de responsabilidad de las instituciones y en la de los Estados, la del ligero retoque o la descontextualización de fundamentaciones precedentes para acomodarlas a la nueva «política judicial»[57].

3. ¿Hacia una revisión al alza o a la baja de la garantía indemnizatoria?

¿Qué consecuencia tendrá la nueva aproximación del TJUE a los requisitos sustantivos de la responsabilidad por infracción del DUE en los derechos nacionales?

Se me antoja difícil que los legisladores estatales se vayan a decidir a «tirar piedras contra su propio tejado» y a ir más allá de los requisitos establecidos como «necesarios y suficientes» en su regulación de la responsabilidad por infracción del DUE. ¿Y en España? Pues no parece arriesgado pronosticar que, una vez «validada» la solución de la Ley 40/2015, su reforma, que tendrá que venir más pronto que tarde para cumplir con esta sentencia en sus aspectos «procesales», se limite a reproducir los requisitos «necesarios y suficientes», ya no aplicables solo a la responsabilidad del legislador por daños causados mediante actos administrativos de aplicación, sino a cualquiera de sus modalidades, o, incluso, a la responsabilidad administrativa. Es más, no es descartable que el legislador aproveche para igualar «al alza» los requisi-

[57] En efecto, para defender esta argumentación –que a mi juicio supone un cambio, como luego razonaré–, el TJUE da un ligero giro «retrospectivo» a sus propias palabras, muy significativamente, y como hiciera en el pasado tanto en materia de responsabilidad de las instituciones como de los Estados, para acomodar lo que se dijo a lo que ahora se quiere decir. Afirma ahora que «el Tribunal de Justicia ya ha puntualizado en numerosas ocasiones que, si bien los Estados miembros pueden establecer que se les exija responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos que los establecidos por el Tribunal de Justicia, debe considerarse que se incurre en esta responsabilidad sobre la base no del derecho de la Unión, sino del derecho nacional», «coletilla» que, sin embargo, no figura en los dos pronunciamientos citados en apoyo de esa afirmación, uno de ellos la propia sentencia *Brasserie*. Aún más, el TJUE afirma también que «con carácter general, el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del derecho», para lo que se apoya en otra sentencia que nos es conocida, Transportes Urbanos, de nuevo retocando ligera, pero trascendentalmente el sentido del apartado al que se remite y descontextualizándolo, omitiendo el anterior y el posterior que llevaban justamente a la solución contraria a la que ahora defiende, esto es, la de que «según jurisprudencia reiterada» sí hay que extender el régimen de los recursos internos cuando se trata de reclamaciones semejante. Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 142), rectifica su anterior entendimiento del principio de equivalencia y estima que la argumentación de la sentencia es «convincente» (aunque no aporta ninguna argumentación propia de por qué).

tos de la responsabilidad del legislador por infracción de la Constitución, disociando inconstitucionalidad y violación suficientemente caracterizada, siendo este el grado exigible de antijuridicidad la ley causante del daño, solución que se encontraría la línea restrictiva defendida por cualificada doctrina[58], frente a la postura del Tribunal Supremo, que considera que los ciudadanos pueden presumir la validez de las leyes que se les aplican y, en relación a la responsabilidad por leyes inconstitucionales, que los principios de cosa juzgada y acto firme no son obstáculo para ello, habida cuenta de la diferente naturaleza de su acción, que no es anulatoria, sino resarcitoria, derivada de que la declaración de inconstitucionalidad «por definición» «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» y que «debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, solo 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»[59].

A mi juicio, una nueva regulación debería aprovechar para repensar la responsabilidad del legislador por actuaciones contrarias tanto a la Constitución como al DUE, comenzando, claro, por asumir que, en ambos casos, no todos los daños derivan de leyes objeto de aplicación administrativa[60]. Por los motivos expuestos, creo, como el Tribunal Supremo, que no es exigible de los ciudadanos que presupongan o adivinen que el legislador contradice la Constitución o el DUE e impugnen toda medida de aplicación de forma preventiva. Como hemos visto, las voces críticas con la responsabilidad objetiva por leyes contrarias a derecho insisten en la necesaria protección de las finanzas públicas frente a la posibilidad de reclamaciones masivas sin límite en el tiempo. Lo cierto es que este argumento resulta sumamente opinable,

[58] Y es que puede constatarse como, en este campo, en buena medida, el Legislador y la doctrina mayoritaria parecen ir de la mano en su tendencia a restringir la responsabilidad —con el argumento de la protección de los fondos públicos frente a reclamaciones masivas y de no coartar al Legislador y el juez de la conformidad de la Ley con la Constitución y el DUE en su actividad de control ante la amenaza de futuros pagos masivos. En España, siguiendo la línea crítica que destacadamente iniciara E. García de Enterría, la mayoría de los administrativistas españoles que se han aproximado a ambos regímenes de responsabilidad del legislador, el mínimo comunitario y el español, han postulado, *de lege* o *de iurisprudentia ferenda*, que el Tribunal Supremo debía alinear el régimen de responsabilidad por leyes inconstitucionales por él alumbrado con el régimen sustantivo comunitario de mínimos exigido por el TJUE y limitar los daños indemnizables a los actos que no son firmes o que, siéndolos, trataron de combatirse en su momento sin éxito en vía judicial alegando la contrariedad de la Ley con la Constitución o con el derecho de la Unión. Así, Rodríguez de Santiago (2011, 158) o Plaza Martín (2021, 3544). Abunda en sus argumentos Doménech Pascual (2022).

[59] STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, de Pleno.

[60] Piénsese, por ejemplo, en el ámbito interno, en el caso del Real Decreto-ley que suprimió los salarios de tramitación que dio origen a la STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, referencia en la materia.

cuando hablamos de indemnizaciones de las que ha de hacer frente el Estado o en su caso una Comunidad Autónoma, y no un Ayuntamiento o un particular, y que de hecho queda desmentido por veinte años de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce la responsabilidad por mera inconstitucional sin que se haya producido quiebra alguna de las finanzas públicas o sucesión de pagos inasumibles. Es más, la inmensa mayoría de las reclamaciones encauzadas por esta vía, tanto en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales, como contrarias al DUE, han sido en realidad solicitudes de devolución de tributos indebidamente abonados sumadas al pago de intereses, esto es, que, en realidad, tienen su propio cauce legal y siguen una lógica ajena *per natura* al principio de culpa, que entronca por el contrario con la prohibición de enriquecimiento injusto. En todo caso, y puesto que los casos pueden ser plurales, y no responder siempre a este esquema y esta lógica, si se estima que el sistema requiere un equilibrio entre seguridad jurídica (en realidad, protección de las finanzas públicas), una «válvula de seguridad»[61], la posibilidad de limitar el alcance de las sentencias y sus consecuencias económicas, consideración en que se mezclan lo político y lo jurídico, debería corresponder, a mi juicio, respectivamente, al Tribunal Constitucional[62], como reconoce el propio Tribunal Supremo[63], y al TJUE, como dispone según vimos su propia jurisprudencia, cuando se pronuncien –en el segundo caso, si se pronuncia– sobre la conformidad de la actuación del legislador con la Constitución o con el DUE[64 y 65].

[61] Constátese, de hecho, que en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales, el propio Tribunal Supremo viene afirmando desde la STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, la posibilidad de una «válvula de seguridad» última, afirmando que «en los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, 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.» Pues bien, lo cierto es que el Tribunal Supremo nunca se ha visto llamado a desarrollar o aplicar esta «válvula».

[62] En contra, Doménech Pascual (2022, 177).

[63] Desde la STS de 1 de julio de 2003, Ar. 5429.

[64] En línea opuesta a la concepción aquí defendida, puede verse la reciente propuesta de Doménech Pascual (2022, 219-221).

[65] Con posterioridad al envío de este trabajo el 27 de junio de 2025, el 9 de octubre de 2025 se presentó al Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión Europea, que, a fecha de redacción de esta nota al hilo de la corrección de pruebas se encuentra en ampliación del plazo de enmiendas y que, en su redacción actual, como era previsible, exige en todo caso una violación suficientemente caracterizada y, en el caso de los daños derivados de la aplicación de leyes contrarias al DUE, en el requisito de que el perjudicado haya obtenido previamente sentencia firme desestimatoria, esto es, haya buscado sin éxito la "tutela primaria".

XIV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO GARCÍA, M. C. (2010). La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (12), 74-81.

ALONSO GARCÍA, M. C. (2021). El Supremo «alivia» la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador. En *Revista Vasca de Administración Pública*, (120), 179-208.

ALONSO GARCÍA, M. C. y MARTÍN DELGADO, I. (2020). *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*. Iustel.

COBREROS MENDAZONA, E. (2015). *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Iustel.

COBREROS MENDAZONA, E. (2015). La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. En *Revista de Administración Pública*, (196), 11-59.

COBREROS MENDAZONA, E. (2016). Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En *Revista Vasca de Administración Pública*, (105), 67-102.

COBREROS MENDAZONA, E. (2016). La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial. En *Revista de Administración Pública*, (200), 315-339.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2022). Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho. En *InDret*, (4), 168-228.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022). Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de la configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador (la sentencia del TJUE Gran Sala de 28 de junio de 2022 [As. C-278/20]). En *Revista Española de Derecho Administrativo*, (221), 21-50.

FUSS, E.-W. (1968). Grundfragen der Gemeinshaftung. *EuropaRecht*, 353-370.

GALÁN VIOQUE, R. (2016). A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador: un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo. *Documentación Administrativa*, (2), 1-8.

GONZÁLEZ ALONSO, A. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (106), 381-429.

GREVISSE, F., COMBREXELLE, J.-D. y HONORAT, E. (1993). Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des États membres dans l'élaboration et dans la mise en oeuvre du Droit communautaire : compétences respectives de la Cour de justice des Communautés européennes et des jurisdictions nationales. En *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Dúez de Velasco* (pp. 933-952). Tecnos.

GUICHOT, E. (1996). La responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea. En BARNES, J. (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado* (pp. 895-939). Tecnos.

GUICHOT, E. (1997). La responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario: la jurisprudencia post-Francovich. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (30), 97-154.

GUICHOT, E. (2001). *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*. Tirant lo Blanch.

GUICHOT, E. (2003). La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario: balance y perspectivas de futuro. *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, (3-4), 585-620.

GUICHOT, E. (2012). La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea. En BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea* (tomo V: Sistema jurisdiccional de la UE, pp. 427-507). Aranzadi.

GUICHOT, E. (2016). La responsabilidad del Estado Legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad. *Revista Española de Derecho Europeo*, (60), 49-101.

GUICHOT, E. (2022). La regulación legal de la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea tras su enjuiciamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Europeo*, (84), 9-57.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. (2019). Dos principios generales del Derecho de la Unión: equivalencia y efectividad. En CUDERO BLAS, J. y PONCE SOLÉ, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa en su XX aniversario* (pp. 163-178). Tirant lo Blanch.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (2022). *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un «sistema completo de vías de recurso»?,* Aranzadi.

IPSEN, H. P. (1969). Konkurrenz zwischen Amtshaftung der EWG und der Bundesrepublik: primäre Haftung der EWG-Kommission; Art. 215 EWGV, 839 BGB, Art. 34 GG. *EuropaRecht*, 59-60.

IRANZO CEREZO, I. (2020). La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (205), 201-226.

LEIVA LÓPEZ, A. D. (2021). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea. *Revista catalana de dret públic*, (63), 185-197.

MACÍAS CASTAÑO, J. M. (2021). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del Derecho de la Unión Europea. Un régimen jurídico precario y en revisión. En RECUERDA GIRELA, M. A. (coord.), *Anuario de Derecho Administrativo 2021* (pp. 461-486). Thomson Reuters-Civitas.

MACKENZY STEWARD, L. (1975). The 'non-contractual' liability of the European Economic Community. *Common Market Law Review*, 12(4), 493-512.

PLASENCIA SÁNCHEZ, F. y DE PEDRO MARÍN, L. (2019). «Sobre los límites a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador introducidos por las Leyes 39 y 40 de 2015. Situación actual y expectativas de futuro a la luz del dictamen de la Comisión Europea sobre la infracción de los principios de efectividad y equivalencia», en *Anuario de Derecho Administrativo,* Civitas, pp. 641-663.

PLAZA MARTÍN, C. (2021). «Un viaje de ida y vuelta en Transportes Urbanos: responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y principio de equivalencia (sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2010 y la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R., *Administración y Justicia (Un análisis jurisprudencial). Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, vol. II, pp. 3510-3548.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2011). «Igualar por abajo. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, pp. 141-171.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2022). «El vigésimo intento. La declaración del incumplimiento de España por su regulación de la responsabilidad del

Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (C-278/20)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 84, pp. 125-148.

RUIZ LÓPEZ, M. A. (2016). «Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad del Estado-Legislador», en BAÑO LEÓN, J. M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, vol. III, pp. 2783-2805.

SCHOKWEILER, F. (1992). «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire», en *Revue Trimestrielle de Droit européen*, núm. 1, pp. 2750.

WATHELET, M. y VAN RAEPENBUSCH, S. (1997). «La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?», en *Cahiers de Droit Européen*, núm. 1-2, pp. 13-66.

La responsabilidad patrimonial de la Administración: una mirada desde la doctrina del Consejo Consultivo

The Administration's liability: a view from the doctrine of the Advisory Council*

María Jesús Gallardo Castillo

Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía[1]

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén

https://orcid.org/0000-0002-3656-2940

El temor de la Administración a una cierta responsabilidad puede ser también el comienzo de la sabiduría. Gracias a ella, la acción de la Administración podrá llegar a ser menos impulsiva, más reflexiva, más correcta.

Duez

RESUMEN: El planteamiento de las reclamaciones patrimoniales se enfrenta con algunos escollos derivados de una regulación que cabría calificar de genérica, escasa, uniforme y poco precisa. Ello genera dificultades de comprensión de los elementos configuradores del sistema tanto en los ciudadanos a la hora de formular sus reclamaciones como en las Administraciones, al resolverlas. Unos y otras incurren con frecuencia en determinados desaciertos que los tribunales y los consejos consultivos –con especial referencia al Consejo Consultivo de Andalucía– han ido señalando cuando resuelven o cuando emiten el preceptivo dictamen. Este trabajo trata de señalar, a la luz de la jurisprudencia más significativa y de los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía, cuáles son estos desaciertos y cuáles son las claves interpretativas para superarlos.

* Este estudio se realiza en el marco del grupo de investigación «Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho Civil» (SEJ-235) adscrito a los centros de investigación CIDES y CEIA3.

[1] Las opiniones recogidas en este trabajo son exclusivas de la autora, que lo hace en su propio nombre y no del Consejo Consultivo que, como presidenta, representa.

Por otra parte, debe advertirse que la ponencia de los dictámenes de dicho órgano consultivo que se referencian en este trabajo corresponde a la autora.

Recibido: 22-07-2025

Aceptado: 31-10-2025

ABSTRACT: Filing a claim for health liability faces several obstacles arising from a legal framework that can be described as generic, limited, uniform, and imprecise. This creates difficulties in understanding the key elements of the system, both for citizens when submitting their claims and for public administrations when resolving them. Both parties often make certain mistakes that the courts and consultative bodies–particularly the Consejo Consultivo de Andalucía–have consistently identified in their rulings or mandatory opinions. This paper aims to highlight, in light of the most significant case law and the opinions issued by the Consejo Consultivo de Andalucía, the nature of these common mistakes and the interpretative keys to overcoming them.

PALABRAS CLAVE: Reclamaciones patrimoniales. Requisitos del daño. Daños jurídicos. Consentimiento informado, acciones *wrongful*, pérdida de oportunidad, daño desproporcionado.

KEYWORDS: Administrative liability claims. Requirements for compensable damage. Damages caused by legal action. Informed consent, wrongful acts, loss of chance, disproportionate damage.

SUMARIO: I. PROEMIO. II. PRINCIPALES DESACIERTOS EN QUE INCURREN LAS RECLAMACIONES PATRIMONIALES. III. PRINCIPALES DESACIERTOS EN QUE INCURREN LAS PROPUESTAS DE RESOLUCIÓN Y LAS RESOLUCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA INCORRECTA IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO. 1. La no siempre fácil identificación del daño en reclamaciones por omisión del consentimiento informado. 2. Errores frecuentes en el ejercicio de las acciones *wrongful*. 3. Pérdida de oportunidad: uno de los supuestos más complejos de responsabilidad patrimonial. 4. ¿Por qué un daño desproporcionado no siempre es jurídicamente resarcible como daño desproporcionado? V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. PROEMIO

No descubro nada si comienzo aseverando que el origen de los principales problemas que presenta nuestro sistema de responsabilidad patrimonial y que tienen que enfrentar tanto los operadores jurídicos como los reclamantes es, sin duda, su genérica, escasa, uniforme y poco precisa regulación. Ni siquiera existen en nuestro derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) ha dedicado apenas unos pocos preceptos que son con los que han de operar los

reclamantes a la hora de articular sus reclamaciones patrimoniales y los operadores jurídicos para resolverlas. A estos problemas no son inmunes los órganos consultivos (Consejo de Estado, consejos consultivos y comisiones jurídicas asesoras) que, con tan insuficiente regulación han de emitir dictamen sobre materias y sectores tan absolutamente dispares entre sí (sanidad, educación, carreteras, caídas en vía pública, anulación de actos administrativos…) que lo único que tienen en común es que en ellos la Administración puede provocar daños susceptibles de ser indemnizados en la amplia actividad que desarrolla.

Estoy convencida de que esta reprochable falta de sistematización del régimen fijado por el legislador no es algo improvisado ni desprovisto de alguna intencionalidad, pues con toda probabilidad ha tratado con ello de dictar una normativa dotada de la suficiente flexibilidad del régimen de responsabilidad pública para favorecer la capacidad de adaptación del sistema a la realidad concreta de cada caso. Pero tan bienintencionado propósito no consigue evitar el primer efecto irremediable que causa, como es que bajo este modelo, tanto jueces como órganos consultivos se ven compelidos a asumir un protagonismo excesivo por la relevancia inusitada que les acaba correspondiendo, lo que a su vez causa un importante grado de inseguridad jurídica por la enorme heterogeneidad interpretativa y la gran insatisfacción que genera en los reclamantes por los agravios comparativos a que tan simple y uniforme sistema da lugar por la falta de predictibilidad en las resoluciones administrativas y judiciales pese a la coincidencia fáctica que pudiera darse entre los casos en comparación. Convendría, en consecuencia, una mayor precisión normativa que acote el efectivo alcance de la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y ayude a fijar sus elementos configuradores que con el actual marco normativo y tan escasas herramientas resulta de todo punto imposible[2].

Otro efecto que produce esta imprecisa regulación normativa del instituto resarcitorio es la confusión que genera en los ciudadanos la comprensión de sus requisitos y presupuestos, lo que provoca que muchas reclamaciones patrimoniales estén abocadas al fracaso o que se formulen con pocas garantías de éxito. Por ello, es propósito de este trabajo poner de manifiesto los principales desaciertos en que, a mi juicio, incurren muchas de las reclamaciones, propuestas de resolución y resoluciones, así como fijar los parámetros a los que deberían adecuarse para evitarlos.

[2] En este sentido se han expresado GARCÍA FERNÁNDEZ, M. «La responsabilidad patrimonial de la administración en el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria: entre el garantismo y la sostenibilidad», en *laadministraciónaldia.inap.es*, 7 de julio de 2022, y FERNÁNDEZ FARRERES, G. «Responsabilidad patrimonial y títulos de imputación del daño», en *La responsabilidad de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, ORTIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCÍA, P. (coord.). Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pág. 105.

II. PRINCIPALES DESACIERTOS EN QUE INCURREN LAS RECLAMACIONES PATRIMONIALES

Es lugar común tanto de la jurisprudencia como de la doctrina de los consejos consultivos la afirmación de que en el sistema de responsabilidad patrimonial, enteramente público y objetivo, el deber de resarcimiento del daño no proviene de la noción de culpa ni de la anormalidad del servicio público que lo genera, sino que abarca tanto comportamientos producidos con negligencia como aquellos otros que son diligentes y lícitos en su origen, pero que merecen un reproche antijurídico en su resultado. Un sistema auspiciado en la aplicación de los principios *favor victimae* o *pro damnato* y diseñado, en consecuencia, para proteger de forma vigorosa a la víctima y que sin más requisito que la relación causal entre el funcionamiento –normal o anormal– del servicio público y la lesión hace surgir el deber de indemnizarla.

Esta amplia generosidad con que se encuentra regulado el instituto resarcitorio de la Administración ha provocado que a diario se formulen un sinfín de reclamaciones patrimoniales cuyo número contrasta con las escasas probabilidades de recibirlas con favorable acogida. Por ello, para que la reclamación cuente con ciertas garantías de éxito, se revela tarea necesaria superar algunas conclusiones apresuradas teniendo en cuenta los criterios que la jurisprudencia ha introducido en el sistema para corregir los excesos que provoca la objetivación de la responsabilidad. A estos efectos, entre otros, actúan como criterio de corrección la exigencia de concurrencia del incumplimiento de la *lex artis*, la adecuación o no a los estándares de calidad o el nivel de diligencia debida.

En cualquier caso, la primera máxima que se impone es que puede existir una responsabilidad sin culpa, pero no sin daño y que, por muy amplio y por muy generoso que el sistema esté concebido, este no indemniza por la sola anormalidad (acompañada o no de prueba que la verifique) en el funcionamiento de los servicios públicos. El funcionamiento defectuoso y la producción de daños son conceptos independientes en tanto que lo primero no supone siempre y necesariamente lo segundo. Con relativa frecuencia sucede que por los reclamantes se postula resarcimiento sin más fundamentación que alegatos cuyo basamento no se encuentra en la existencia del daño que justifique la indemnización –que en ocasiones ni se alega ni se prueba– sino en que el servicio público funcionó de forma incorrecta. En dicha situación ha de entenderse jurídicamente que no se cumple el requisito, no solo de la efectividad que exige el artículo 32.2 LRJSP, sino la existencia misma del detrimento patrimonial en que el daño consiste, lo que estaría afectando a la línea de flotación del propio instituto resarcitorio al faltar el primero y fundamental de los requisitos.

A efectos resarcitorios, el mero funcionamiento defectuoso de los servicios públicos podrá constituir título de imputación (dictámenes del Consejo Consultivo de An-

dalucía, en adelante, CCA, 414/2019, 596/2020 y 888/2024), pero su concurrencia no es en sí mismo ni por sí solo determinante y originador del deber indemnizatorio, como erróneamente se cree, ni el instituto resarcitorio tiene por finalidad reprender a la Administración por comportamientos irregulares ni cumple las funciones típicas del ejercicio de la potestad sancionadora sino que es una institución reparadora de los daños que dicho actuar haya podido producir y que resulten objetivamente antijurídicos. Como recordaban los dictámenes CCA 328/2003 y 250/2020, 965/2024, 999/2024 y 113/2025, «al sistema no cabe otorgarle tan dilatado ámbito y extensivo alcance que llevara a que por todo desacierto jurídico de la Administración fuera esta responsable patrimonialmente del mismo», por lo que carecen de trascendencia indemnizatoria las discrepancias manifestadas por la reclamante porque el cauce para viabilizar o manifestar la disconformidad con decisiones que corresponden a la exclusiva competencia de las autoridades sanitarias no es el de la reclamación patrimonial sino el de quejas y sugerencias. Por ello, insiste con reiteración el Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial no es una institución con funciones sancionadoras de actuaciones que puedan percibirse por los ciudadanos como anómalas o irregulares de la Administración, sino reparadora de los daños que dicho actuar haya podido producir y que resulten objetivamente antijurídicos, debiendo recordarse que no sólo es requisito para obtener una respuesta estimatoria señalar el título de imputación sino que es preciso determinar el daño que ha causado y demostrar el nexo causal entre la acción u omisión de la Administración y el resultado lesivo.

Lo verdaderamente relevante es si la conducta ha causado un detrimento patrimonial que resulte antijurídico y si tiene el necesario impacto causal (dictamen CCA 310/2021). No cabe, por tanto, pretender crear mediante la anormalidad en el funcionamiento del servicio público una suerte de «presunción de causalidad» o hacerlo con base en conjeturas o apreciaciones que no revisten el grado de certeza o verosimilitud aceptable (dictamen CCA 259/2021), pues en el plano jurídico no cabe sustentar las consecuencias indemnizatorias en meras hipótesis, impresiones o especulaciones, sino en hechos que hayan sido alegados y probados por la parte legitimada para hacerlo. Que sea efectivo el daño significa que este se haya producido de forma real y cierta y se manifieste en una minoración real de su patrimonio (daños materiales) o de su bienestar (daños morales) y no en una impresión subjetiva desprovista de acreditación. Ello sin perjuicio de que, en contra de lo que podría pensarse, no es óbice a la efectividad que este sea futuro, siempre y cuando su producción sea «indudable y necesaria por la *anticipada certeza de su acaecimiento*» (SSTS de 23 de abril de 2004[3] y de 27 de junio de 2007[4]).

[3] Recurso 8634/1999.
[4] Recurso 4745/2003.

En ocasiones el error consiste en fundamentar la reclamación, no en un daño, sino en un «simple perjuicio», es decir, en invocar un detrimento patrimonial carente de trascendencia lesiva por no alcanzar la entidad suficiente para merecer la consideración de daño, bien porque no llega a exceder de «una mera molestia», o bien porque se trata de «un perjuicio percibido sólo y exclusivamente de forma subjetiva» sin trascendencia patrimonial o moral apreciable dada la levedad de su incidencia lesiva. En estos casos la desestimación de las reclamaciones fundamentadas en «simples perjuicios» cabe motivarlas en la falta de efectividad del daño, en la falta de individualización (dictamen CCA 534/2019), o bien directamente en la inexistencia del daño, en cuyo caso, como afirmó el dictamen CCA 414/2019, «no existe daño, que justifique la indemnización», lo que también ocurre, como después se dirá, cuando la resolución administrativa fija indemnización por daños no invocados por el reclamante.

Excedido el umbral del «simple perjuicio» y aunque concurra el daño, tampoco basta «cualquier daño» para que proceda su reparación. Como bien ha afirmado López Menudo[5] con todo acierto, el sistema no indemniza cualquier daño sino solo los daños jurídicos, esto es, los racionalmente susceptibles de derivar y anudarse al hecho generador. La garantía de la responsabilidad patrimonial no puede hacerse cargo de cualquier daño que pueda engarzarse de algún modo a un hecho provocador de una cadena de consecuencias ni, por tanto, al responsable cabe imputar absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa. En efecto, todos los hechos que acaecen en la vida, por nimios que sean, propagan sus consecuencias en muchas direcciones, provocando a veces efectos insospechados. Por ello, en materia de responsabilidad patrimonial, se hace necesario acotar esta cadena causal[6]. Se entenderá mejor con un ejemplo. El dictamen CCA 268/2025 se pronunciaba sobre la reclamación patrimonial que trataba de imputar causalmente al hospital el accidente sufrido por una paciente que acababa de recibir el alta hospitalaria, considerando que si hubiera permanecido ingresada, este no hubiera acontecido. La pretensión indemnizatoria, afirma el dictamen, atribuye al servicio sanitario unas consecuencias que sobrepasan la normal previsibilidad de los actos u omisiones de su personal: «La muerte de la madre de los reclamantes se debió a un atropello mortal y en ese sentido figura en el expediente una sentencia que condena al conductor responsable del atropello, que circulaba con su vehículo a una velocidad inadecuada, como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio por imprudencia menos grave y de otro delito como autor criminalmente responsable de un delito de omisión del deber de socorro».

[5] LÓPEZ MENUDO, F,. GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J.A. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 190.

[6] LÓPEZ MENUDO, F. «Título X. La responsabilidad de las Administraciones y de sus autoridades y demás personal a su servicio», en *Comentarios a la Ley 30/1992*. SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 864.

Con todo, el mayor problema que plantean las reclamaciones patrimoniales se encuentra en la identificación del daño. Se trata de situaciones especialmente complejas en donde no resulta fácil dilucidar el detrimento patrimonial, lo que acontece en la mayor parte de las ocasiones en la responsabilidad sanitaria. La trascendencia de esta problemática merece su análisis detenido, que se hará en el epígrafe IV, al que me remito.

A todo ello debe añadirse que, en derecho, como es sabido, no basta con alegar. Hay que probar la veracidad de lo alegado. Es por ello por lo que el Consejo Consultivo de Andalucía viene insistiendo con reiteración en la conveniencia de acompañar la reclamación de un informe pericial que apoye los argumentos esgrimidos por la parte reclamante, sobre todo, cuando del análisis del expediente, como ocurre con frecuencia, no es posible inferir la veracidad ni dar por acreditados los hechos en que se fundamenta la reclamación. Ello ocurre especialmente cuando se trata de reclamaciones planteadas en el ámbito sanitario en que, pese a los principios de proximidad y facilidad probatoria que especialmente rigen en este ámbito, continúa corriendo a cargo de la parte reclamante su acreditación al tratarse de hechos constitutivos (art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en adelante, LEC, al que se remite el art. 77.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, en adelante, LPAC, de cuya veracidad y prueba depende el éxito de la pretensión indemnizatoria. Hago expresa indicación al ámbito sanitario porque, tratándose de una materia especialmente procelosa y compleja para los profanos en ella, se requiere de dicho informe no sólo para respaldar las afirmaciones de la parte reclamante (la mala praxis o la infracción de la *lex artis* al realizar los actos médicos en que consiste la asistencia recibida o que la actuación se ha realizado contra protocolo) sino porque sólo un facultativo cuenta con el criterio clínico pertinente para emitir juicio técnico en que se determine y precise si verdaderamente se está en presencia de una deficiencia asistencial o de un error al que anudar científicamente las consecuencias lesivas con la suficiente relevancia causal en relación con el daño cuya reparación reclama (dictámenes CCA 304/2022, 1026/2024 y 243/2025, entre otros). Como ya advirtió el dictamen CCA 344/2011, aun no siendo legalmente exigible prueba pericial, es altamente recomendable este proceder, sin el cual el único elemento probatorio lo constituyen los documentos obrantes en la historia clínica y, salvo que los hechos aducidos aparezcan refrendados en ella o adverados por los informes evacuados durante la instrucción del procedimiento o existan evidencias de elementos de juicio concluyentes que avalen y justifiquen su resarcimiento, la argumentación de la parte reclamante corre el riesgo de revelarse débil y escasamente convincente por cuanto el motivo alegado debe decaer y la pretensión indemnizatoria no puede prosperar.

III. PRINCIPALES DESACIERTOS EN QUE INCURREN LAS PROPUESTAS DE RESOLUCIÓN Y LAS RESOLUCIONES

Como afirmaron Toulemon y Moore[7], hay que reparar *el daño, todo el daño, pero nada más que el daño*. Por eso, tras invocarlo, la primera tarea es identificarlo y la segunda, tras probar su existencia y magnitud, delimitar su perímetro para evitar excesos. Tiene razón el lector si se percata de que lo que acabo de referir es un problema que afecta a la reclamación, y que tratarlo aquí es hacerlo en el lugar inadecuado. Sin embargo, esta impresión inicial se desvanece cuando se observa que, con extraordinaria frecuencia, el desacierto que se originó en la reclamación patrimonial termina alcanzando a la propuesta de resolución y, si no se corrige, a la resolución definitiva.

La necesidad de invocar, primero, y delimitar correctamente el daño, después, no es un mero formalismo procesal carente de relevancia, sino que tiene una trascendencia extraordinaria proveniente de principios de elevado valor, como es el dispositivo y el de congruencia procesal, por cuya virtud la Administración sólo puede –y debe– pronunciarse en relación con los daños alegados por la parte reclamante y hasta el límite señalado por ella. Personalmente no encuentro argumentos para sostener que ambos principios rijan con menor intensidad en el ámbito del procedimiento administrativo que en el ámbito del proceso judicial. Ciertamente, el TS ha matizado las consecuencias propias de la incongruencia en el procedimiento administrativo, que «quedan atenuadas por las exigencias del interés público, de suerte que la resolución ha de decidir no sólo las cuestiones planteadas por los interesados, sino también aquellas otras derivadas del expediente» (STS de 31 de diciembre de 1990[8]). Más dudoso resulta que el órgano decisor, al pronunciarse sobre cuestiones no planteadas, pueda alterar la *causa petendi* o que incluso sea posible hacerlo *inaudita parte*.

Para centrar la cuestión, conviene recordar que la congruencia exige la adecuación entre la parte decisoria de la resolución con las pretensiones del interesado, de tal forma que no puede concederse más de lo pedido (pues ello daría lugar a la incongruencia *extra petita*), ni algo distinto de lo pedido (pues ello daría lugar a la incongruencia *ultra petita*) ni omitir o dejar de contestar a alguna de las pretensiones (pues ello daría lugar a la incongruencia omisiva, también llamada negativa o *citra petita*). Es decir, si el procedimiento se ha tramitado a solicitud de interesado, la resolución ha de otorgar respuesta a las peticiones formuladas en ella.

---

[7] TOULEMON, A y MOORE, J. (1968), *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, 3ª ed., París, Ed. Sirey, pág. 115. En el mismo sentido MAZEAUD y TUNC (1977), *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, (trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO). Tomo 3, Vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962-1977, pág. 515.

[8] Ponente: Delgado Barrio.

Para valorar si una resolución es congruente o no, lo primero que hay que precisar es que no deja de serlo por el hecho de no dar respuesta a todas y cada una de las «alegaciones» aducidas por los interesados para argumentar y apoyar sus pretensiones puesto que no es necesario ofrecer una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas (SSTC 91/1995, 56/1996, 85/1996, 26/1997, 16/1998, 82/1998 y 187/1998, 57/1997, 30/1998 y 136/1998). Por tanto, lo que determina la incongruencia es sólo y exclusivamente la incoherencia entre «la parte decisoria» de la resolución y las «pretensiones» del interesado.

Tampoco se produce incongruencia cuando consten resueltas en la resolución las pretensiones de los interesados, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito. Esta forma implícita de resolver las pretensiones se produce cuando la decisión pueda deducirse mediante la adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer la motivación de la decisión implícita (STC 182/2000, de 10 de julio, y SSTS de 5 de febrero de 1996[9] y de 25 de marzo de 1996[10]). Es más, el respeto al principio de congruencia no exige en modo alguno que la resolución responda a una conformidad literal y rígida, sino que, por el contrario, podrá realizarse de forma racional y flexible.

En síntesis, la congruencia se produce cuando existe conformidad entre la resolución y las pretensiones que constituyen el objeto del procedimiento. Hay congruencia cuando la relación entre estos dos términos: parte decisoria de la resolución y pretensiones del interesado –esto es, las deducidas en el «solicito»–, no está sustancialmente alterada. No hay vicio alguno de incongruencia, insisto, cuando la falta de contestación lo ha sido respecto de los razonamientos o argumentaciones que se formulen en apoyo de tales pretensiones, siempre y cuando, claro está, no modifique la base fáctica sobre la que ha de resolverse ni las pretensiones que constan en el suplico de la solicitud, pues ello no traspasa los límites de la *causa petendi* al hacerlo respetando el soporte fáctico de la acción ejercitada (STS de 10 de mayo de 1995[11]).

La aplicación de estas reglas a la problemática que estamos tratando supone que si la Administración no se pronuncia sobre las pretensiones incurriría en incongruencia omisiva y si lo hace respecto de daños no invocados por el legitimado se acabarían indemnizando –si la resolución es favorable– daños que no son ciertos, pues conceptualmente por tales han de tenerse aquellos que no han sido invocados –ni probados– por la parte reclamante (dictámenes CCA 205/2018, 238/2019 y 283/2019), lo que le haría incurrir en incongruencia *extra petita*.

9 Ponente: Lescure Martín.
10 Recurso 59/1995.
11 Recurso 589/1992.

Igual efecto se produce cuando, como sucede con relativa frecuencia, el interesado ha errado al identificar el daño, y la Administración, corrigiendo el error, termina reconociéndole indemnización por daño moral al considerar este concepto indemnizatorio más adecuado que el que el interesado había postulado en su reclamación patrimonial cuando solicitó resarcimiento por daño físico. Es lo que sucedió en la propuesta de resolución sometida al dictamen CCA 283/2019, que venía a conceder indemnización por una supuesta «pérdida de oportunidad» (no invocada por la reclamante) y, además, no daba respuesta a los daños morales (sí alegados y cuantificados en 90.000 euros). En el dictamen, el Consejo Consultivo llama la atención sobre esta incorrección, indicando que la Administración debe corregir ambos defectos en la resolución que ponga fin al procedimiento, so pena de incurrir en incongruencia omisiva y *extra petita* (art. 88.2 de la LPAC).

Como puede apreciarse, semejante error provocaría que la resolución no sólo conceda una pretensión distinta a la formulada, sino que también opere un cambio del interés lesionado y, con él, del objeto de la reclamación patrimonial[12], provocando la alteración de la causa de pedir (art. 218.1 de la LEC). La cuestión no es baladí, ya que no se trata sólo de un tema de *quantum* (pedir más y que se conceda menos) sino de un error sustantivo, pues se indemniza un daño, un interés lesionado bajo la cobertura de un fundamento y un objeto distintos de los invocados por más que se haga con la loable intención de utilizar el daño moral y su compensación, como «criterio mensurador», como una vía para satisfacer la justicia material y poner remedio económico a un resultado grave, ya sea para tratar de indemnizar daños materiales que no pudieron ser acreditados[13], pero que se intuye o se presume que existen, o ya sea para aplicarlo como una fracción compensada del daño corporal para cuyo resarcimiento no se halla suficiente justificación. En cualquier caso, una práctica viciosa que conduce a la instrumentalización y utilización del daño moral como un «remedio comodín», una de esas «cláusulas ortopédicas» que, por su contenido versátil y dúctil tan útiles resultan para resolver situaciones de insuficiencia probatoria ante un hecho incierto[14], pero que la doctrina y la jurisprudencia ha calificado con dureza al referirse al daño moral con expresiones que lo identifican con una «borrosa figura», un concepto «relativo e impreciso» o un «*haz vaporoso*» (STS de 25 de junio de 1998[15]) por su contribución a que la Administración se escude en el subjetivismo propio de su valoración.

[12] En parecido sentido GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., «Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959)», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107, 2018, págs. 2 y 6.

[13] Así, por ejemplo, las SSTS de 28 de enero de 2005 y de 28 de abril de 2005.

[14] XIOL RÍOS, J. A. «El daño moral y la pérdida de oportunidad» en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2010, págs. 9 a 38.

[15] Núm. 609/1998, recurso de casación núm. 873/1995.

Pero, aparte de que esta forma de interpretar y de evaluar el daño constituya una ampliación inaceptable y excesiva del propio sentido y naturaleza del daño moral al incluir conceptos que son verdaderos daños patrimoniales, lo cierto es que mutar en un daño moral –que no se había alegado ni solicitado– la pretensión indemnizatoria del interesado, que había solicitado la reparación de la totalidad o de una fracción del daño corporal, constituye una infracción procesal que, por imperativo de las citadas reglas procesales, entiendo no debe superar juicio alguno de validez. No puede, por ello, dejar de censurarse sin paliativos su utilización cuando se trata de solventar bajo su cobertura los problemas que se presentan en ocasiones en la configuración de los presupuestos jurídicos de la responsabilidad patrimonial, no sólo en los casos de incertidumbre del daño ocasionado, sino en la antijuridicidad o en el nexo causal.

Otro problema no menor es que el reclamante no cuantifique el daño. Se trata de un error que también puede traspasar los límites de la reclamación si la resolución termina por hacerlo de oficio. Como resaltó el dictamen CCA 417/2023, los dictámenes y las resoluciones que reciban con favorable acogida las pretensiones indemnizatorias de los reclamantes no pueden pronunciarse sobre un abstracto derecho a obtener una futura indemnización, sino que han de resolver definitivamente la cuantía de la misma que, a su vez, depende de la que resultó fijada en la reclamación que principia el procedimiento (o, en cualquier caso, antes de la propuesta de resolución), estableciéndose las partidas correspondientes (dictamen CCA 238/2019), so pena de que las que se incorporen en un ulterior contencioso-administrativo puedan rechazarse por constituir cuestiones nuevas. Y es que, siendo precisamente las pretensiones las que delimitan el objeto y el ámbito en que ha de moverse necesariamente tanto la Administración como el juzgador, estas han de fijarse, por imperativo del principio dispositivo, por el propio reclamante, quien deberá hacerlo en la forma que exige el art. 67.2 de la LPAC, es decir, especificando «la evaluación económica» de la responsabilidad patrimonial, esto es, cuantificando los daños que alega y sobre los que fija el montante de la indemnización.

Ciertamente los arts. 61.4 y 67.2 de la LPAC establecen que la petición «deberá» individualizar la lesión producida en una persona o grupo de personas, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público y el momento en que la lesión efectivamente se produjo. Pero respecto de la evaluación económica de la responsabilidad, ambos preceptos matizan la exigencia al añadir la expresión «si fuera posible». Por tanto, si la propia LPAC ya prevé que puede haber supuestos en que la evaluación no pueda fijarse en la reclamación patrimonial, obviamente no puede exigirse por la Administración ni por los órganos consultivos lo que la ley dispensa. Ahora bien, ha de tratarse, en primer lugar, de supuestos en que verdaderamente concurra esa «imposibilidad inicial» y así se acredite, bien porque se trata de daños que están pendientes de cuantificación en el informe pericial o porque presenten

una dificultad insuperable; y, en segundo lugar, que se produzca en esos momentos iniciales en que la reclamación ha de presentarse, aún sin efectuar dicha evaluación, por ejemplo, por riesgo de prescripción. Pero a lo largo del procedimiento ha de ser el propio reclamante quien fije cuantitativamente su pretensión indemnizatoria, puesto que la resolución ha de pronunciarse sobre ella y los órganos consultivos con carácter previo, también, lo que no pueden hacer sino partiendo de la pretensión planteada por los interesados.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA INCORRECTA IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO

Como ya se ha avanzado, uno de los motivos que justifica que un número considerable de reclamaciones patrimoniales en responsabilidad sanitaria sean desestimadas es la errónea identificación del daño que en ellas se efectúa. Como bien se sabe, la concurrencia del daño, con sus requisitos de efectividad, individualización y evaluación, además de la concurrencia de la antijuridicidad del daño y de la relación causal, resulta imprescindible para que sea resarcible, pero ello no es suficiente. Identificar el daño, delimitarlo y perimetrarlo correctamente es tarea fundamental para que el órgano decisor reciba con favorable acogida las pretensiones indemnizatorias formuladas por los reclamantes.

Cuando se trata de daños materiales, no se suelen plantear especiales problemas. Tampoco en los supuestos de responsabilidad sanitaria en los que la infracción de la *lex artis* ha derivado en el fallecimiento o en secuelas físicas o psíquicas perfectamente identificables. En ambos casos basta con probar la relación causal y, en el segundo lugar, además, el incumplimiento de los protocolos médicos que eran de obligatoria observancia. Mas no sucede lo mismo en cuatro supuestos especialmente complejos que se plantean en el ámbito sanitario: en la omisión del consentimiento informado en relación con el riesgo que se materializa con la realización del acto médico, en las acciones *wrongful*, en la pérdida de oportunidad y en el daño desproporcionado.

1. La no siempre fácil identificación del daño en reclamaciones por omisión del consentimiento informado

El bien jurídico protegido con el deber de recabar el consentimiento informado es el derecho de autodeterminación del paciente, es decir, su derecho a sopesar los riesgos que este ha de asumir y valorar otras posibles opciones y alternativas, como la de rechazar, posponer la intervención u optar por otro tratamiento. Por eso, cuando se materializa el riesgo que no fue informado ni consentido, no se indemniza por ese daño físico o corporal en que el riesgo se ha traducido, sino por el daño moral

de vulnerar su autonomía decisoria de asumirlo, o no, así como la libertad de optar por otras alternativas posibles. El daño no es sino la pérdida del poder de autodeterminación personal del paciente al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan (STS de 2 de noviembre de 2011[16], de 3 de abril de 2012[17]). Partiendo de esta premisa, fácil es colegir los principales errores de identificación del daño en que suelen incurrir los reclamantes al plantear la reclamación patrimonial porque todos guardan coherencia con ella.

Conforme a lo dicho, el primer error es postular indemnización como daño físico por el riesgo del que no se informó, en lugar de hacerlo por el daño moral derivado del derecho de autodeterminación y autonomía decisoria del paciente. Como afirmó la STS de 15 de junio de 2011[18], la omisión de información y de consentimiento «otorga el derecho a la indemnización no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico sino porque se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometido». El fundamento lógico y jurídico lo expresa de forma clara y didáctica la STSJ de Islas Baleares de 11 noviembre de 2020[19]: «La razón del consentimiento informado busca que en todo momento el paciente sepa y conozca las posibilidades terapéuticas y las consecuencias que pueden ocasionarle las manipulaciones y tratamientos médicos que pueden practicársele y por supuesto se requerirá su consentimiento expreso para cualquier procedimiento médico o quirúrgico que implique un riesgo. (…) Ello es así porque solo con la información plena se adquiere la verdadera libertad para elegir, optar y consentir el modo y las consecuencias que puedan derivarse de ese hecho fisiológico inexorable». Luego entonces, habiéndose producido el riesgo que no fue informado ni consentido, en un contexto de normopraxis, esto es, sin infracción de la *lex artis*, no cabe indemnizar por el daño físico o corporal sino por el daño moral que ha producido la falta de información sobre un daño típico al acto médico.

Por otra parte, también se suele incurrir en el error de considerar que todos los posibles riesgos que pueden acontecer en el curso de una intervención o de un acto médico son cubiertos por el consentimiento informado, por lo que terminan solicitando indemnización por riesgos que no están cubiertos por él. No lo son, por ejemplo, una flagrante mala *praxis,* como falta de asepsia o de la utilización de un instrumental inadecuado[20], insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servi-

16 Recurso 3833/2009.
17 Recurso 1464/2011.
18 Recurso 2556/2007
19 Núm. 497/2019; recurso 85/2017.
20 Tal fue el caso que se enjuicia en la STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2004 (recurso 848/2001).

cio[21] o el hecho de dejar en el interior material quirúrgico[22], pues es obvio que el documento del consentimiento informado no constituye una «patente de corso»[23] que habilite o ampare una negligencia médica de esta –ni otra, cabe añadir– naturaleza. Este tipo de daños «no son consentibles», por lo que no se requiere invocar que no se encontraban en el consentimiento informado, puesto que no se trata de un tema de consentimiento ni de aceptar el riesgo de esta evidente mala praxis. Este tipo de reclamaciones se han de sustanciar precisamente por los cauces y las reglas generales de daños provenientes de infracción de la *lex artis*.

El consentimiento informado sólo abarca los riesgos inherentes y típicos –sean más o menos frecuentes y ya sean más o menos evitables– a la intervención, que son los únicos que deben advertirse por ser los únicos previsibles. Sólo la falta de información o de consentimiento respecto de ellos producirá la asunción de estos por el centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo, y sólo entonces el daño habría devenido antijurídico y el paciente no tendría el deber jurídico de soportarlo, por lo que, materializado este riesgo, cabría su reparación. A *sensu contrario*, no cabe exigir responsabilidad por aquellos daños que, a causa de su acaecimiento atípico e insólito, no resulten previsibles conforme al estado actual de los conocimientos de la ciencia y de la técnica. Es obvio que la misma imprevisibilidad de estos riesgos los hace incompatibles con el concepto de anormalidad, por lo que no hay obligación de advertirlos y, en consecuencia, no procede indemnización con cargo al argumento de su falta de advertencia.

Aun en los casos en que acertadamente se solicita la indemnización por daño moral, a veces la confusión se centra en la errónea consideración de que la falta de información o del documento del consentimiento informado genera automáticamente derecho de resarcimiento. Sucede en ocasiones que en el expediente consta el documento de consentimiento informado, pero no aparece debidamente firmado, o no consta el documento, ya sea porque se ha extraviado o porque el acto médico se acometió sin el otorgamiento de dicho consentimiento. Pues bien, pese a que toda infracción del deber de información al paciente supone mala praxis (y en los casos aludidos estamos en presencia de ella), contrariamente a lo que suele pensarse por muchos reclamantes, ello no genera un daño moral indemnizable, pues sin materialización del riesgo no informado no cabe indemnización. En definitiva, la falta de información o de consentimiento no constituye por sí misma causa de resarcimiento pecuniario, que solo procederá si (y solo si) junto a aquella concurre un daño deriva-

[21] STSJ de Valencia de 27 de noviembre de 2001 (recurso 2634/1997)

[22] STSJ de Castilla y León, Valladolid de 17 de mayo de 2007 (recurso 2082/2002)

[23] A mayor abundamiento, BOIX MAÑÓ, P. «El consentimiento informado en la responsabilidad patrimonial sanitaria», en la obra colectiva *Tratado de responsabilidad patrimonial sanitaria. Estudio de la jurisprudencia y doctrina legal*, MANENT ALONSO, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 1049

do y del cual no se obtuvo la información adecuada, es decir, si se materializa alguno de los riesgos inherentes y si está vinculado al acto médico (STSJ de Andalucía, Granada, de 15 junio de 2015[24]). El daño no es, pues, por sí solo la falta de información (SSTS de 26 de febrero de 2004[25] y 26 de marzo de 2002[26]). Así lo afirmó la STS de 27 de septiembre de 2001[27] que, con ocasión de la reclamación interpuesta por un supuesto diagnóstico tardío de la rotura del tendón de Aquiles, declaró que «la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido)». Esta posición es compartida por el Consejo Consultivo de Andalucía, que afirmó, entre otros, en su dictamen 744/2018, que para que sea reconocido el derecho a ser indemnizado es requisito *sine qua non* que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado, esto es, que se haya materializado el riesgo del que no fue informado. Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado previo a una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales (mala *praxis*), con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad patrimonial, por lo que ninguna indemnización procede con cargo a este único argumento (dictamen CCA 303/2022).

En efecto, la omisión del consentimiento informado, insisto, es *per se* susceptible de calificarse como mala *praxis*, pero no presupone infracción de la *lex artis* al realizar el acto médico. Puede producirse uno sin el otro. Pero también pueden concurrir simultánea o concurrentemente los dos: puede no haberse informado de los daños típicos e inherentes al acto médico y, a la vez, haber incurrido en infracción de la *lex artis* al realizar la intervención quirúrgica. En estos casos, la reclamación patrimonial debe, en primer lugar, evitar entremezclar conceptos indemnizatorios y, en segundo lugar, acumular de forma diferenciada el daño moral por la materialización del riesgo que no fue informado ni consentido, y el daño corporal o físico causado por la infracción de la *lex artis*. Ambos son compatibles por constituir títulos de imputación diferentes y ambos tienen relevancia al momento de establecer el alcance de la correspondiente reparación indemnizatoria: uno es el que corresponde al daño ocasionado por la realización del acto médico con infracción de la *lex artis* y otro, a un defecto en el consentimiento informado, siendo este, por regla general, cuantitativamente menor (STS de 30 de junio de 2009[28]).

Así pues, si solo se ha producido omisión del consentimiento informado, con materialización del riesgo no informado –con la consecuencia jurídica de que no

[24] Recurso 306/2010.
[25] Recurso 8656/1999.
[26] Recurso 890/2001.
[27] Recurso 1859/1996.
[28] Núm. 478/2009, recurso 137/2002.

se ha desplazado al paciente el riesgo al no haberlo asumido suscribiendo el correspondiente consentimiento del mismo—, pero sin incorrección en la ejecutoria del acto médico, la indemnización será por daño moral al haberse lesionado sólo la autonomía del paciente (STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2020[29]) no pudiendo entonces indemnizarse los daños físicos ni el resultado producido (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 13 de marzo de 2020[30]) que sólo procederían si estos han sido consecuencia de haberlo realizado con infracción de la *lex artis*. Si además de la falta de consentimiento informado respecto del riesgo materializado se ha producido infracción en la *lex artis*, habría que añadirle la indemnización por los daños físicos generados por su consecuencia.

Tal es la relevancia de la necesidad de solicitar en vía administrativa resarcimiento por los dos conceptos cuando ambos concurren al caso, que la STS de 30 de septiembre de 2020[31] rechazó, por considerarla cuestión nueva, la incorporación en vía contenciosa de la alegación de falta de información que no había sido invocada en vía administrativa. En consecuencia, la alegación de falta de información no es admisible en vía contenciosa al constituir desviación procesal, pues la misma no tiene naturaleza jurídica, sino que constituye el planteamiento de «una cuestión nueva ante la jurisdicción revisora, un hecho (omisión de un documento) no alegado en la vía previa, y que en absoluto puede considerarse como un motivo, y menos aún relacionado y determinante de la vulneración de la *lex artis* denunciada/reclamada en la vía administrativa». El mismo efecto se produce si pretende incorporarse la infracción de la *lex artis* por primera vez en el proceso sin que haya sido objeto de debate ni de prueba con anterioridad.

2. Errores frecuentes en el ejercicio de las acciones *wrongful*

Existen tres grandes categorías dentro de lo que la doctrina anglosajona denomina como las *Wrongful Acts*: la *wrongful conception* o *pregnancy* (embarazo injusto/equivocado), la *wrongful birth* (nacimiento injusto/equivocado) y la *wrongful life* (vida injusta/equivocada). En la acción *wrongful birth* el daño viene constituido por el hecho de haber alumbrado un ser humano con enfermedades o con malformaciones congénitas que no fueron conocidas ni esperadas al no haber sido la madre informada de ellas; y en la acción *wrongful life* es el propio nacido con malformaciones quien reclama por el hecho mismo de vivir en tales condiciones, habiendo podido evitarse de haber recibido la madre aquella información sobre su estado.

[29] Núm. 103/2020, recurso 508/2018.
[30] Núm. 350/2020, recurso 208/2017.
[31] Núm. 1226/2020, recurso 2432/2019.

A diferencia de estas últimas, en la acción *wrongful conception* se pretende el resarcimiento de los daños causados a partir de la concepción no deseada y se fundamenta en que esta se ha producido por un error en las medidas, intervenciones o tratamientos de carácter anticonceptivo que han hecho que estas devengan infructuosas. Pero los tres casos resultan coincidentes en que no son sólo cuestiones jurídicas, sino que contienen implicaciones éticas, morales y filosóficas que dificultan no sólo la identificación del daño, sino incluso la consideración de si este concurre en el caso concreto.

Tanto en las acciones *wrongful birth* como en las acciones *wrongful life* se impone realizar una advertencia que con frecuencia pasa desapercibida al plantear la reclamación patrimonial, y es que, en contra de lo que pudiera pensarse, a diferencia del resto de supuestos que dan lugar a la responsabilidad sanitaria por mala *praxis*, no siempre concurre un funcionamiento anormal, ya sea por acción o por omisión, en que poder identificar el título de imputación y la causa de un daño corporal, puesto que no está al alcance de la ciencia médica y de los actuales conocimientos de la genética la posibilidad de evitar determinadas enfermedades o malformaciones o que un niño nazca afectado por ellas. Tampoco cabe invocarlo en aquellas ocasiones en que concurren dificultades técnicas para detectar con cierta seguridad la malformación padecida por el feto dentro de las primeras 22 semanas de gestación (que es el plazo establecido para practicar el aborto eugenésico según la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo), cuando se produce falta de expresividad de dicha malformación o, en definitiva, cuando razones que escapan a la *normo praxis* con que los servicios sanitarios desplegaron sus medios han imposibilitado o dificultado notablemente el hallazgo. Es más, existe un porcentaje de error científicamente admitido en este tipo de pruebas, conocido como falso negativo (dictamen CCA 575/25), que impide partir de la presunción de anormalidad en el funcionamiento del servicio sanitario. Por tanto, antes de formular la reclamación patrimonial, en estos casos, conviene cerciorarse de que se está en presencia de un supuesto en que este conocimiento fue posible —y, en consecuencia, exigible—, pues sólo en tal caso cabe plantear que, aunque obviamente las malformaciones no resultan causadas por la infracción de la *lex artis* por parte de la Administración sanitaria, pudo incurrir en una *mala praxis* que impidió a la gestante materializar y llevar a cabo la decisión personal de interrumpir o proseguir el embarazo.

Pero lo cierto es que en ambas acciones se entrecruzan algunos bienes jurídicos y algunos derechos plenamente protegibles por el ordenamiento jurídico que dificultan la identificación del daño en estos casos y ocasionan que las reclamaciones adolezcan de serios desaciertos que impiden su viabilidad. Especialmente ha de guardarse especial cautela para evitar invocar la vida o el hijo nacido como un daño, pues ni la vida –ni siquiera la vida enferma– ni el nacimiento de un nuevo ser pueden

concebirse como tal[32], teniendo reconocido con reiteración la jurisprudencia y la doctrina que no hay nacimientos equivocados o lesivos en tanto que el derecho reconocido en el art. 15 CE implica que toda vida humana es digna de ser vivida (SSTS de 3 de octubre de 2000[33] y 4 de noviembre de 2008[34]). ¿Cuál es entonces el daño? El daño objeto de resarcimiento no es otro que el derivado de la vulneración del derecho de la gestante a la autodeterminación –no exactamente el derecho a abortar, sino el derecho a tomar esta decisión o la contraria– (dictámenes CCA 888/2024 y 599/2024).

También especial cuidado ha de guardarse con los conceptos indemnizatorios y forma de efectuarlos, singularmente para evitar que entren en contradicción con los postulados del daño propio de estos casos –como sucede cuando se concede una asignación económica en favor del hijo– o indemnizar por obligaciones –v.gr. manutención del hijo– que en el orden de las relaciones familiares el ordenamiento jurídico impone a los padres, lo que excluye la antijuridicidad porque son obligaciones impuestas directamente por la ley. El daño patrimonial debe circunscribirse entonces a los gastos y desembolsos especiales –en definitiva, extraordinarios– que la propia dolencia comporta e impone, y que vienen a ser adicionales o complementarios a los que supondrían el mantenimiento de un hijo sano (dictamen CCA 171/2015).

Si a las anteriores dificultades se les une que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce en favor del nacido el derecho a la eutanasia prenatal ni el derecho a nacer sano o a nacer sin discapacidad, la conclusión parece obvia: las llamadas acciones *wrongful life* ni siquiera son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no cabe reconocer indemnización por una supuesta vulneración de derechos que el hijo reclamante no posee.

Las mismas cautelas deben mantenerse en las acciones *wrongful conception* en cuanto a las referidas en relación con la vida y a la del nacimiento del hijo, que tampoco en este caso pueden erigirse como el daño en que fundamentar con éxito la reclamación. Y aun en los casos en que resulte imputable causalmente a los servicios médicos el fracaso del medio anticonceptivo –que no siempre lo es–, los conceptos indemnizatorios no pueden identificarse con gastos que desplazarían *de facto* la obligación de los padres de asumirlos.

Hasta ahí, las coincidencias de las acciones *wrongful conception* con las acciones *wrongful birth y life*. La diferencia fundamental estriba en que, cuando el facultativo ha incurrido en infracción de la *lex artis* al implantar el anticonceptivo o hay un fallo en

[32] La STS de 4 de febrero de 1999 afirma que «la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño *per se*, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento».

[33] Recurso 3905/1996.

[34] Recurso 4936/2004.

su mecanismo no se plantean especiales problemas en la determinación de la dispraxis, pues no es más que un supuesto típico de responsabilidad sanitaria que se resuelve a través del análisis del grado de cumplimiento de los protocolos y del examen de las reglas de la causalidad entre la acción u omisión y el resultado lesivo. Más complejidad entrañan los casos en que la concepción no deseada se imputa a una infracción del deber de información relativo a los riesgos de fracaso, a las medidas postoperatorias que debe tomar el paciente o a la necesidad de someterse a ciertas pruebas para confirmar la esterilidad, pues para resolverlos se ha de acudir al análisis y contraste del caudal de información exigible en cada caso y el efectivamente producido.

3. Pérdida de oportunidad: uno de los supuestos más complejos de responsabilidad patrimonial[35]

Por diferentes motivos también resulta complicado hallar el daño y la relación causal en la pérdida de oportunidad. ¿Podría admitirse que existe un daño cuando no se sabe con certeza si este hubiera acontecido de igual forma, aunque los servicios sanitarios hubieran actuado con mayor celeridad? ¿Cabe indemnizar las meras posibilidades de curación o de mejora? ¿En qué consiste en estos casos la efectividad del daño? ¿Cómo se demuestra la relación causal, si es que esta es exigible en esta situación de incertidumbre? La respuesta de todas estas cuestiones pasa por admitir como premisa que hay dos singularidades en la doctrina de la pérdida de oportunidad que dificultan el planteamiento correcto de las reclamaciones patrimoniales fundamentadas en esta causa: una es el daño –que no es el resultado final acaecido a resultas de la demora– y, otra, la relación causal –que no debe ser entre la acción u omisión y dicho resultado final sino entre aquellas y la frustración de la oportunidad perdida–

En efecto, el principal error en el que incurren las reclamaciones en este caso es postular indemnización por el resultado final (p. ej., el fallecimiento), olvidando así que este resultado final es un requisito de imprescindible concurrencia, pero no es el daño que deba indemnizarse. El daño objeto de resarcimiento es precisamente la oportunidad que se ha perdido y no el resultado final producido. Más concretamente, el porcentaje de probabilidad de curación o de mejora con que contaba el paciente. Es lo que se ha dado en denominar «daño intermedio», que no es otro que esa pérdida de oportunidad de curación o de mejora, estando determinado el valor de la frustración por el porcentaje de éxito en la obtención de aquella.

Ello no significa que en la pérdida de oportunidad no haya de concurrir la efectividad del daño. Como en los demás supuestos de responsabilidad patrimonial,

[35] Para mayor abundamiento, vid. el trabajo de esta autora «Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 115, 2023, págs. 45 a 100.

este constituye un requisito de inexcusable concurrencia, si bien en este caso tal efectividad consiste en que la oportunidad ha de haberse perdido definitivamente, esto es, que se trate de la última oportunidad y que, por tanto, se está en presencia de una frustración definitiva, siendo ya irreversible la situación lesiva generada (dictamen CCA 497/2025).

La relación causal también es imprescindible, si bien en este caso ha de encontrarse entre la mala *praxis* de un tercero (por supuesto, ajeno a la víctima) y esa frustración definitiva de la oportunidad o de la probabilidad de obtener la mejora o curación de la patología –nunca respecto del resultado final–. No olvidemos que la pérdida de oportunidad se inserta dentro de los denominados «cursos causales no verificables» o de «causalidad hipotética». Ello determina que también resulte imprescindible para aplicarla la inexistencia de causalidad entre la mala *praxis* y el resultado final, pues de no ser así no estaríamos en presencia de un supuesto de pérdida de oportunidad ni cabría aminorar la cuantía indemnizatoria en mérito a ella, sino que procedería indemnizar por el resultado final acontecido (dictámenes CCA 808/2018, 459/2019 y 801/2014).

Otro error frecuente, tanto en las reclamaciones patrimoniales como en las propuestas de resolución e incluso en algunas resoluciones judiciales, consiste en el modo de efectuar la evaluación de la pérdida de oportunidad. En ocasiones, conscientes de que no procede indemnizar el 100%, optan por establecer una indemnización salomónica fijada al 50% de lo solicitado o de lo establecido en el baremo (STS de 20 de marzo de 2018[36] y STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2018[37]). En otras, descontando simplemente del montante total las patologías previas del paciente[38] o fijando una cantidad a tanto alzado y de forma global (STS de 9 de junio de 2009[39]), sin el previo cálculo probabilístico, sin tomar en consideración la incertidumbre sobre las probabilidades de curación y sin acompañarlas de la debida motivación, lo

[36] Núm. 462/2018, recurso núm. 2820/2016, ECLI:ES:TS:2018:1096.

[37] Núm. 760/2018, ECLI:ES:TSJM:2018:13236.

[38] Es lo que hace la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de diciembre de 2015 (núm. 366/2015, ECLI:ES:TSJCLM:2015:3773), que parece realizar un cálculo probabilístico cuando maneja porcentajes del 80%, pero termina descontando un 20% por las patologías que presentaba el paciente.

[39] Recurso de casación nº 1822/2005, que afirma: «A la hora de efectuar la valoración, como señala la sentencia de 10 de abril de 2008, la jurisprudencia (SSTS de 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988 o 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una «apreciación racional aunque no matemática» pues, como refiere la sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se «carece de parámetros o módulos objetivos», debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la sentencia de 23 de febrero de 1988, *las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas* en una suma dineraria».

que puede generar indefensión (STS 13 de julio de 2017[40] y la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 20 de abril[41]).

En el caso que dio lugar al dictamen 407/2025, se fijó en un 20% el porcentaje de haber evitado el empeoramiento de la enfermedad. Ahora bien, advertía dicho dictamen que este porcentaje de obtener un mejor resultado no debe proyectarse sobre el valor de referencia de la cuantificación de la totalidad de los conceptos indemnizatorios que la reclamación y la propuesta de resolución referían sino que, al tratarse de pérdida de oportunidad, la evaluación deberá comenzar tomando en consideración todas las circunstancias que rodean el caso, incluidas las condiciones endógenas, la patología de base y todas las circunstancias del paciente, determinando porcentualmente en ese momento la situación en que se encontraba, y de esta forma establecer la probabilidad de supervivencia, curación o mejora al momento de requerir la atención sanitaria. A continuación, ha de fijarse la probabilidad que ha resultado tras el déficit asistencial –que será necesariamente inferior a la primera–, de modo que la diferencia entre ambos porcentajes será la concreción de la oportunidad que se ha perdido, que proyectada a la evaluación económica del daño final producido arrojará la cuantía a la que debe ascender la indemnización. Es decir, al tratarse de un régimen de imputación probabilístico o de probabilidad causal, para determinar las posibilidades de que un tratamiento médico conforme a la *lex artis ad hoc* hubiera evitado el menoscabo se ha de evaluar la totalidad de los perjuicios sufridos, calcular la probabilidad de curación o mejora con que contaba la víctima y fijar la indemnización en función de una fracción de los totales perjuicios atribuibles a la pérdida de oportunidad. Dicho de forma sintética: el cálculo debe hacerse determinando dicho porcentaje en contemplación de las posibilidades hipotéticas que tenía el paciente en caso de que el servicio sanitario hubiera actuado conforme a la *lex artis ad hoc*. Sólo cuando no es posible efectuar el cálculo de ese modo por carecerse de parámetros ciertos para determinar porcentualmente la oportunidad perdida (por ejemplo, la incidencia del factor tiempo en relación con su desarrollo, la eficacia terapéutica de los tratamientos, la respuesta del enfermo…) puede utilizarse, como hizo dicho dictamen, subsidiariamente como criterio el resarcimiento del daño moral valorado a tanto alzado.

¿Por qué un daño desproporcionado no siempre es jurídicamente resarcible como daño desproporcionado?

En la carga semántica del término «desproporcionado» se encuentra el motivo de mayor confusión de quienes se apoyan en él cuando pretenden subrayar la gravedad del daño alegado en su reclamación, pues olvidan que la doctrina del daño

[40] Recurso de casación núm. 955/2015, ECLI:ES:TS:2017:2839.
[41] Núm. 443/2021.

desproporcionado proporciona unas consecuencias jurídicas de extraordinario valor en cuanto a la distribución y a la carga probatoria entre la parte reclamante y la Administración, lo que hace imprescindible que no sólo se requiera de esa extraordinaria gravedad sino de otras circunstancias extremas de concurrencia rigurosamente anormal.

Dicho de forma sintética: coloquialmente podrán ser términos análogos o incluso sinónimos, pero no son indiferentes jurídicos, pues en derecho todo daño desproporcionado es grave, pero no todo daño grave es desproporcionado. Para que merezca tal consideración, la desmesura en el daño ha de llegar a tal punto que la doctrina y la jurisprudencia también lo han venido a denominar como «daño de resultado clamoroso» o a identificarlo con la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) y ello hasta el extremo de llegar a considerar que el alivio probatorio en favor de la reclamante es tan considerable que algunas sentencias le han dado el tratamiento propio de inversión de la carga de la prueba.

El daño, pues, para ser calificado jurídicamente como desproporcionado, ha de haber generado un resultado lesivo que «exceda de lo previsible y normal», que «no guarde relación o proporción» con la entidad de la actuación médica, y que resulte «inasumible por su desproporción» ante lo que cabe esperar de la intervención médica. Todas estas expresiones utilizadas por la jurisprudencia permiten deducir que el daño desproporcionado, jurídicamente hablando, no es cualquier daño por muy grave o infrecuente que sea el que el reclamante pretenda describir. No se trata de que el resultado obtenido sea insatisfactorio o no adecuado a las expectativas del paciente, pues «todo daño desproporcionado es indeseado, pero no todo resultado indeseado es desproporcionado». Como se afirmó en el dictamen CCA 188/2020, es desproporcionado el daño cuando «el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución…», o lo es aquel provocado en un acto médico que produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta e incompatible con las consecuencias de una terapia normal (STS de 2 de noviembre de 2012). En contra de lo que pudiera pensarse, la desproporción en el daño no equivale a que éste sea desorbitado, de extraordinarias consecuencias para el paciente ni tampoco un daño indeseado o insatisfactorio. El daño es desproporcionado cuando es anómalo como resultado de una actividad concreta, que, por tanto, en primer lugar, no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas en la intervención –es decir, que no está previsto– ni, en segundo lugar, es explicable en la esfera de la actuación profesional.

A *sensu contrario*, daño desproporcionado no es, por definición, el daño típico y previsible, pues en este caso, lejos de encontrarnos ante un acaecimiento inexplicable, se trataría de un resultado que, no por indeseado, se corresponde, no obstante, con las complicaciones posibles y definidas en la intervención, tanto más si éste ha sido debidamente informado y consentido por el paciente.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El planteamiento de una reclamación patrimonial frente a la Administración no siempre se revela tarea fácil. No sólo por la necesaria concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que establece la LRJSP, cada uno dotado de su propia individualidad y significación, sino porque a ellos hay de añadir algunas consideraciones silenciadas en la propia ley o porque sobre este sistema se ciernen algunos mitos o algunas consideraciones apresuradas que después tienen poca adherencia a la realidad.

La primera dificultad estriba justamente en determinar cuándo existe el daño y qué tipo de daño es el invocable para que la reclamación pueda prosperar; por qué y cuándo un daño adquiere tintes de lesión indemnizable, esto es, qué supuestos son los que tienen la virtualidad de generar tan cualificada condición en el daño que sea susceptible de convertirlo en lesión indemnizable, o cuán importante es identificar el daño –que depende mucho del bien jurídico protegido por la categoría de daño que se invoque– así como determinar el perímetro de su extensión para no extenderlo más allá del ámbito indemnizable. ¿Dónde comienza y dónde termina el deber de soportarlo? ¿Cuál es el título de imputación que proporciona una respuesta unívoca a situaciones similares? ¿Cuándo existe suficiente título para pedir indemnización? Y si el título de imputación es la anormalidad en el funcionamiento del servicio público, cuando este se ha producido, ¿podemos contar siempre con ese título?

Para no llevar la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable o más allá de la voluntad del legislador, la jurisprudencia y los consejos consultivos se han afanado en ir asentando en su doctrina algunas reglas y principios que, como digo, lamentablemente no se encuentran en la letra de la ley y que embridan el sistema amplio y generoso de responsabilidad pública que parecía haber diseñado el legislador, en el que nunca estuvo la intención de convertir a la Administración en una suerte de aseguradora universal habida cuenta de que el funcionamiento de un servicio público no es *per se* fuente de responsabilidad patrimonial.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOIX MAÑÓ, P. (2024). El consentimiento informado en la responsabilidad patrimonial sanitaria. En MANENT ALONSO, L. (dir.), *Tratado de responsabilidad patrimonial sanitaria. Estudio de la jurisprudencia y doctrina legal*. Tirant lo Blanch.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2009). Responsabilidad patrimonial y títulos de imputación del daño. En ORTIZ BLASCO, J. y MAHÍLLO GARCÍA, P. (coord.), *La responsabilidad de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*. Fundación Democracia y Gobierno Local.

GALLARDO CASTILLO, M.ª J. (2023). Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (115).

GARCÍA FERNÁNDEZ, M. (2022, julio 7). La responsabilidad patrimonial de la administración en el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria: entre el garantismo y la sostenibilidad. Instituto Nacional de Administración Pública. *www.laadministracionaldia.inap.es*

GARNICA MARTÍN, J. F. (2007). La prueba del lucro cesante. *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, (37).

GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C. (2018). Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959). *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, (107).

LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J. A. (2005). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Editorial Lex Nova.

LÓPEZ MENUDO, F. (2013). Título X. La responsabilidad de las Administraciones y de sus autoridades y demás personal a su servicio. En SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley 30/1992*. Editorial Lex Nova.

MAZEAUD, H., y TUNC, A. (1962–1977). Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, trad., tomo 3, vol. 1). Ediciones Jurídicas Europa-América.

TOULEMON, A., y MOORE, J. (1968). Le préjudice corporel et moral en droit commun (3.ª ed.). Sirey.

VICENTE DOMINGO, E. (2002). El daño. En REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil* (p. 228). Aranzadi.

XIOL RÍOS, J. A. (2010). El daño moral y la pérdida de oportunidad. *Revista Jurídica de Catalunya*, (1).

Ámbito de aplicación del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial

Scope of application of the administrative and judicial-administrative procedure for the liability of the public administrative

Manuel Rebollo Puig

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Córdoba[1]

RESUMEN: Partiendo de la competencia contencioso-administrativa para enjuiciar la responsabilidad de las Administraciones y de la necesidad de seguir antes un procedimiento administrativo específico, se exponen las excepciones a esas reglas. Se repasan las distintas modalidades de responsabilidad administrativa y las que, por ser diferentes de la responsabilidad extracontractual, no están sometidas a estas reglas. Se analizan los entes del sector público a los que es aplicable este régimen y aquellos otros cuya responsabilidad será decidida por la jurisdicción civil sin necesidad de procedimiento administrativo previo. Se señalan las especialidades para los casos en los que la responsabilidad de una Administración concurre con la de particulares o con la de otras Administraciones, incluida la de la Unión Europea. También se abordan las singularidades cuando los daños se producen en la ejecución de contratos de la Administración. Y se estudia finalmente la alteración de las vías para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración cuando ésta cuenta con un seguro de responsabilidad.

ABSTRACT: This paper sets out the exceptions to the requirement to initiate administrative proceedings in order to claim the Administration's liability and to the general jurisdiction of the contentious-administrative courts to declare such liability. It reviews the different types of administrative liability and those that are exempt from these rules, as they differ from non-contractual liability. It analyses the public

[1] Proyecto de la Junta de Andalucía PROYEXCEL-00903; Proyecto PID2022-138118NB-100 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Recibido: 20-09-2025

Aceptado: 31-10-2025

sector entities to which this legal framework applies and those whose liability is determined by civil courts without the need for prior administrative proceedings. The special features of cases in which the liability of an administration coincides with that of individuals or other administrations, including that of the European Union, are highlighted. The particularities of cases where damage occurs in the execution of administration contracts are also addressed. Finally, the paper examines what happens when the administration has liability insurance.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial de Administraciones y de entes públicos. Responsabilidad extracontractual. Jurisdicción contencioso-administrativa. Procedimiento administrativo. Concurrencia de responsabilidades. Daños en ejecución de contratos de la Administración. Contrato de seguro de responsabilidad de la Administración. Acciones de regreso.

KEYWORDS: Liability of public administrations and entities. Non-contractual liability. Contentious-administrative jurisdiction. Administrative procedure. Concurrence of liabilities. Damages in the performance of administrative contracts. Public administration liability insurance. Recourse actions.

SUMARIO: I. LA REGLA GENERAL DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y DE LA NECESARIA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA. II. EXCEPCIONES A LA NECESIDAD DEL PREVIO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. III. ÁMBITO MATERIAL. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLO HA DE SEGUIRSE PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, NO CUANDO LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA TIENE OTRAS BASES: **1. El procedimiento de responsabilidad ha de seguirse sea cual sea la actividad administrativa causante del daño. 2. Responsabilidades administrativas excluidas de este procedimiento. 3. Identificación de la acción. La *causa petendi*.** IV. ÁMBITO SUBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. ADMINISTRACIONES Y OTROS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO. **1. Entes respecto de los cuales es segura la exigencia de procedimiento administrativo y la competencia contencioso-administrativa y entes respecto de los que surgen dudas. Planteamiento. 2. Sociedades mercantiles de titularidad pública. 3. Entidades públicas empresariales y similares autonómicas y locales. 4. Corporaciones sectoriales de derecho público. 5. Sujetos**

privados que ejercen funciones públicas. En especial, mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y federaciones deportivas. V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CUANDO EL DAÑO LO CAUSAN UNA ADMINISTRACIÓN Y UN PARTICULAR: **1. Solidaridad entre Administración y particular coproductor del daño. Vías con las que cuenta la víctima. 2. La vía administrativa previa y el papel en ella del particular coproductor del daño. 3. La posterior acción de regreso.** VI. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN CASO DE CONCURRENCIA DE VARIAS ADMINISTRACIONES: **1. Evolución legislativa. 2. Los dos tipos de supuestos del artículo 33 LRJSP y su deslinde. 3. Régimen para los supuestos del artículo 33.1 LRJSP. 4. Régimen para los supuestos del artículo 33.2 LRJSP. 5. Acción de regreso de la Administración pagadora, o de su aseguradora, contra las otras Administraciones responsables solidarias. 6. Supuestos en que no es de aplicación el artículo 33 LRJSP y peligros que comportan. 7. Responsabilidad concurrente de Administraciones nacionales y Unión Europea.** VII. PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN ANTE DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS EN EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN: **1. Cuestiones que se suscitan. El reparto de responsabilidad entre la Administración y el contratista. 2. Régimen de responsabilidad de la Administración contratante. 3. Régimen de responsabilidad del contratista. 4. La consulta prevista en el artículo 196.3 LCSP. 5. Posibilidad de exigir la responsabilidad del contratista ante la jurisdicción civil. 6. Exigencia de responsabilidad a la Administración contratante y al contratista. 7. Referencia específica a los daños causados por entidades concertadas con mutualidades de funcionarios.** VIII. PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN CUANDO LA ADMINISTRACIÓN TIENE UN CONTRATO DE SEGURO: **1. Observaciones previas. 2. La vía administrativa y contencioso-administrativa. 3. El ejercicio de la acción del artículo 76 LCS en vía civil**.

I. LA REGLA GENERAL DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y DE LA NECESARIA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA

Partimos de que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas [arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA]. Al margen queda la responsabilidad civil derivada del delito; o sea, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por los daños causados en la comisión de delitos por su personal (arts. 121 CP y 37 LRJSP), cuya declaración compete a la jurisdicción penal. Y puede detectarse una excepción a la competencia contencioso-administrativa en el art. 2.e) de la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social que declara la competencia de esa jurisdicción para conocer de las indemnizaciones que pidan los empleados públicos (incluidos los funcionarios) por los daños que les cause la Administración como consecuencia de su incumplimiento de la legislación de seguridad laboral[2]. También hay, si no una excepción, una matización ante la posibilidad de ejercer ante la jurisdicción civil una acción contra la aseguradora de la Administración, como luego se verá. En otro orden de cosas, también quedan al margen la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional o la que se ventila en arbitrajes internacionales o, específicamente, la que puede declarar el TEDH de acuerdo con el art. 41 CEDH[3].

Con esas excepciones, la competencia es de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero la responsabilidad de la Administración no se puede exigir directamente ante esa jurisdicción. Previamente, la reclamación de la indemnización debe dirigirse a la Administración supuestamente responsable y solo cuando ésta se haya pronunciado o cuando se haya producido el silencio podrá iniciarse el contencioso-administrativo. Así, primero, habrá que «fabricar un acto administrativo»[4] y,

[2] En ese sentido orientó ya el ATS, Sala de Conflictos de Competencias, 12/2019, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:5150A). Y es eso lo que entiende la Sala de lo Social del TS. Así, SSTS, Sala 4ª, 487/2021, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2055) y 1102/2021, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4190) en casos de reclamación de indemnización por funcionarios a su Administración por haber sufrido acoso laboral. También lo acepta así la Sala 3ª. Así, su sentencia 478/2025, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2025:1777) donde se lee: «Corresponde al orden (…) social conocer la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas (…) en materia de riesgos laborales (…) incluida la reclamación de responsabilidad derivada de daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales».

[3] Sobre esto, vid. BARCELONA LLOP, J., CUESTA BÁRCENAS, D. A., *Indemnización y responsabilidad patrimonial del Estado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Atelier, Barcelona, 2024, sobre todo su capítulo primero, pp. 25 a 68, redactado por CUESTA BÁRCENAS, D. A.

[4] La expresión es de BLASCO ESTEVE, A., *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1985, p. 212: el «dogma del carácter revisor» de esta jurisdicción entraña «la necesidad de 'fabricar' un acto administrativo» y así «convertir una ilegalidad material (la que causó el daño y el daño mismo) en una ilegalidad formal (el acto administrativo denegatorio de la indemnización)».

de ser denegatorio de la indemnización, se ejercerá ante la jurisdicción una doble pretensión: de nulidad de ese acto administrativo y de reconocimiento del derecho de indemnización o, por mejor decir, de condena de la Administración al pago de la indemnización[5]. Si se pidiera directamente en el contencioso-administrativo la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración sin el previo procedimiento administrativo y sin un acto (o un silencio) que impugnar, el recurso sería inadmisible conforme a los arts. 51.1.c), 58 y 69.c) LJCA[6].

Si la anterior Ley 30/1992, tras abordar solo algún aspecto de ese procedimiento, lo remitía al reglamento (por eso el RD 429/1993 aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial), la LPAC aborda directamente ese procedimiento (no contiene ya ninguna remisión a los reglamentos y deroga expresamente ese RD 429/1993). Así, en la LRJSP se contiene la regulación de los aspectos materiales de la responsabilidad (arts. 32 y ss.) y en la LPAC la regulación del referido procedimiento. No es que esta ley contenga un capítulo específico sobre el procedimiento de responsabilidad, sino que dispersamente a lo largo de su articulado sobre el procedimiento administrativo en general entrevera preceptos específicos para este procedimiento (arts. 61.4, 65, 67, 81, 82.5, 86.5, 91, 92 y 96.4) al que se refiere reiteradamente como «procedimiento de responsabilidad patrimonial» (o, en el art. 91, como «procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial»). Estos preceptos se consideran procedimiento administrativo común, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18ª CE). El papel, pues, que corresponde a la legislación autonómica es muy reducido[7].

Las mismas reglas sobre la competencia contencioso-administrativa y la necesidad de seguir antes un procedimiento administrativo específico rigen, con solo muy reducidas singularidades, si se trata de reclamar indemnización por actos legis-

[5] Por eso afirman GARCÍA DE ENTERRÍA, E., T. R. FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Las Rozas, II, 18ª ed., 2024, p. 478, que el contencioso-administrativo en materia de responsabilidad «formalmente se presenta también como un proceso impugnatorio: se impugna el acto administrativo o el silencio denegatorio (...) El recurso victorioso implica la anulación de este acto y su sustitución...».

[6] Solo una observación conviene añadir. Si se trata de impugnar el silencio negativo, en principio, en el momento de interponer el recurso contencioso-administrativo, éste debe haberse consumado. Pero el TS admite los recursos prematuros –esto es, interpuestos antes de que se produjera ese silencio– si, mientras se sustancia el proceso, pasa el plazo que la Administración tenía para resolver (seis meses) y sigue sin haber resolución expresa. Es buen exponente de ello la STS de 7 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8098).

[7] Ello pese a que los estatutos de autonomía de segunda generación contienen referencias en dirección contraria. Por ejemplo, en el art. 47.4 del Estatuto andaluz de 2008 se dice que «corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para determinar el procedimiento...». Vid. sobre esto las atinadas observaciones de MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., «Competencias sobre el régimen de las Administraciones públicas», en S. MUÑOZ MACHADO, S., REBOLLO PUIG, M. (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Thomson/Civitas, Madrid, 2008, pp. 417 a 420.

lativos o por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Para esta última, dejando al margen los requisitos previos (declaración de error judicial en unos casos, absolución en caso de responsabilidad por prisión preventiva…), la singularidad más notable es la necesidad de informe del Consejo General del Poder Judicial (art. 81.3 LPAC) y la específica atribución de competencia para resolverlo al Ministerio de Justicia (art. 293.2 LOPJ). En cuanto a la del Estado legislador, simplemente está en la competencia para resolver el procedimiento administrativo (art. 92 LPAC). Pero, para lo que aquí nos ocupa, se mantiene la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y la necesidad del procedimiento administrativo previo.

Puede presentarse este procedimiento administrativo previo como una garantía del administrado, como un cauce de satisfacción del perjudicado sin necesidad de acudir al proceso judicial. Pero es también un requisito procesal y una carga para el perjudicado. Dado cómo se despachan asiduamente estos procedimientos, predomina su sesgo de carga; y carga pesada que simplemente obliga a la víctima a elaborar una reclamación y a demorar su demanda tras una frecuente pasividad total de la Administración que, no ya es que no resuelva en plazo (seis meses), sino que no realiza ningún trámite y que no ve aquí una vía de solución extrajudicial de conflictos, sino un puro privilegio que le permite retrasar las indemnizaciones. Ahora que la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha impuesto con carácter general como requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio extrajudicial de solución de controversias y que exime de ello a todas las entidades del sector público (art. 3.2), hay aquí un equivalente más gravoso.

II. EXCEPCIONES A LA NECESIDAD DEL PREVIO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Hay, no obstante, excepciones, esto es, supuestos en los que puede pretenderse de los órganos contencioso-administrativos una condena de la Administración a indemnizar por responsabilidad patrimonial sin haberla planteado previamente ante la Administración. Al menos, estas:

a) Responsabilidad administrativa derivada de actos o reglamentos ilegales anulados en el mismo contencioso-administrativo en el que se pide la indemnización. Se da, por tanto, esta excepción cuando el perjudicado ejerce simultáneamente las pretensiones de nulidad del acto o reglamento y la de indemnización por los daños que le haya causado, acumulación que permite el art. 31.2 LJCA[8]. En tal hipótesis puede

[8] COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Aranzadi La Ley, Las Rozas, 35ª ed., 2024, T. II, p. 375.

plantearse por primera vez en el contencioso-administrativo la pretensión indemnizatoria sin haberlo hecho antes en vía administrativa y sin que la Administración, por tanto, haya tenido previa oportunidad de pronunciarse sobre ella[9]. Y, si antes del contencioso-administrativo hubo recurso administrativo, puede que en este no se haya planteado nada sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y que se suscite por primera vez en la vía judicial. En cualquier caso, esto es solo una posibilidad que se abre al perjudicado que igualmente puede, primero, pedir solo la anulación y, después, una vez lograda esa nulidad, pedir la indemnización por los daños que le causó el acto o reglamento ilegal y ya anulado, supuesto en el que, para esto segundo, sí tendrá que seguir el procedimiento administrativo de responsabilidad.

b) Responsabilidad administrativa derivada de vía de hecho declarada en contencioso-administrativo (art. 32.2 LJCA)[10].

c) Responsabilidad administrativa derivada de inactividad ilegal declarada en contencioso-administrativo. Aunque el art. 32.1 LJCA no lo reconoce expresamente, lo admite el TS[11].

d) Responsabilidad administrativa declarada en ejecución de sentencia contencioso-administrativa por imposibilidad de ejecutarla (arts. 105 LJCA)[12] o por contravenir la Administración el fallo (art.108.2 LJCA).

Además, hay supuestos en los que la misma Administración declara su responsabilidad patrimonial sin seguir el procedimiento *ad hoc* establecido en la LPAC. Son ejemplos de ello los siguientes:

---

[9] La viabilidad de esta pretensión indemnizatoria dependerá del éxito de la anulatoria (FD 8ª de STS de 23 de julio de 2009; ECLI:ES:TS:2009:5111); y no cabe plantearla como alternativa o subsidiaria de ésta (FD 7º de STS de 29 de junio de 2009; ECLI:ES:TS:2009:4540).

[10] La STS de 22 de septiembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:5603) da en su FD 3º una argumentación rotunda para defenderlo así. También es ilustrativo el ATS, Sala de Conflictos de Competencias, 15/2007, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2007:8696A): la indemnización «puede interesarse, desde el principio, en vía administrativa, o puede también acumularse en la vía jurisdiccional, tanto a una pretensión de anulación de un acto administrativo como a una pretensión de cese de una actuación administrativa material constitutiva de vía de hecho».

[11] STS 1332/2021, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4128). Dice en su FD 7º: «No hay una previsión legal que dé cobertura a la pretensión indemnizatoria (…) Dicho esto, ninguno de los preceptos citados excluye tajantemente esta posibilidad. De aquí que, en ausencia de un criterio jurisprudencial establecido al respecto, esta Sala entiende que elementales exigencias de economía procesal conducen a admitir que en el procedimiento del art. 29.1 de la Ley Jurisdiccional se formule una pretensión indemnizatoria siempre que los daños o perjuicios que se trate de reparar estén claros y directamente relacionados con la inactividad de la Administración».

[12] No obstante, respecto a la indemnización por imposibilidad de ejecutar una sentencia, cabe sostener que no se trata realmente de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino de una indemnización basada en algo distinto. En tal sentido, STS 267/2025, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:992).

a) El art. 106.4 LPAC permite que la Administración, al mismo tiempo que declara la nulidad de un acto o reglamento en revisión de oficio, establezca «las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados». Que el precepto se refiera a «las circunstancias previstas en los arts. 32.2 y 34.1 LRJSP» demuestra que se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración en el que el daño tiene su origen en el acto o reglamento nulo; un supuesto de responsabilidad patrimonial solo que eximido del procedimiento general.

b) En concordancia con lo que acabamos de ver, y con lo que antes hemos visto de conformidad con el art. 31.2 LJCA, cabe aceptar también que, al presentar un recurso administrativo contra un acto, se pida, no solo su anulación, sino indemnización por los daños que haya causado basada en la responsabilidad patrimonial de la Administración y que, ante ello, la Administración, al resolver ese recurso, decida sobre la procedencia o improcedencia de tal indemnización sin tener que tramitar el procedimiento de responsabilidad establecido en la LPAC.

c) Permite el art. 58.1 LCSP que los órganos competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratos impongan a la Administración, a solicitud del interesado, la obligación de indemnizar a éste los daños que les haya irrogado el acto impugnado. Es, según creo, un supuesto de responsabilidad patrimonial extracontractual (no contractual, pues no deriva del incumplimiento de contratos)[13] aunque con alguna peculiaridad. Si por esa vía cabe imponer a la Administración una indemnización que en el fondo es por una responsabilidad patrimonial (extracontractual) sin haber tramitado el específico procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado en la LPAC, hay que aceptar, además, que en el posterior contencioso-administrativo podrá pedirse y obtenerse tal indemnización, sin haber seguido ese procedimiento.

d) Asimismo, las indemnizaciones por daños causados con ocasión de una expropiación adicionales a la privación del bien expropiado deben determinarse en el procedimiento de fijación del justiprecio como una partida específica y no mediante el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la LPAC[14]

c) Otros casos en los que cabe que la Administración se pronuncie sobre las indemnizaciones que debe abonar, basadas en el fondo en su responsabilidad patri-

[13] Vid. DÍEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en las adjudicaciones de los contratos públicos,* Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 267-268.

[14] Vid. COLÓN PIAZUELO, E., *Los procedimientos especiales de responsabilidad administrativa (Expropiación, contratos, anulación de actos y leyes ampliatorias de la responsabilidad)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 59 y ss. y 70 y ss. En el mismo saco cabe incluir las indemnizaciones que proceden, de acuerdo con el art. 48.e) TRLSRH, cuando se superan cuatro años desde la ocupación directa de bienes sin que se hayan podido materializar los aprovechamientos conferidos y el particular pide, junto con el justiprecio, la indemnización por el tiempo de ocupación.

monial, se dan en el rescate de las concesiones demaniales [que, como dice el art. 100.d) LPAP debe producirse «previa indemnización»] o ante el desistimiento en los procedimientos de contratación (art. 152.2 LCSP).

Otras leyes pueden prever diversos supuestos de este género y no veo óbice para que lo hagan las leyes autonómicas respecto a sectores de su competencia.

III. ÁMBITO MATERIAL. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLO HA DE SEGUIRSE PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, NO CUANDO LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA TIENE OTRAS BASES

1. El procedimiento de responsabilidad ha de seguirse sea cual sea la actividad administrativa causante del daño

El procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado en la LPAC ha de seguirse, sea cual sea la actividad administrativa causante del daño: un reglamento o un acto[15], una actividad material o técnica, una omisión o inactividad, una ejecución de un contrato… Incluso cuando el daño se produzca en actuaciones o relaciones de derecho privado de la Administración. Así cabe deducirlo del art. 35 LRJSP[16]. Súmese a ello lo ya dicho sobre exigencia de responsabilidad por actos legislativos y de la Administración de Justicia.

[15] Ello, aunque se trate de uno de los llamados actos políticos, pues, si del art. 2.a) LJCA se desprende que tales actos dan origen a responsabilidad patrimonial de la Administración y que su declaración compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, hay que inferir que previamente habrá que seguir el procedimiento administrativo de responsabilidad.

[16] COSCULLUELA MONTANER, L. (2024: 378-379). Así se infería ya del art. 144 de la Ley 30/1992, sobre todo tras su reforma por la Ley 4/1999. Y era terminante el art. 1.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RD 429/1993). El art. 35 LRJSP es menos claro porque solo se refiere al régimen sustantivo, no al procedimental, y no hay precepto similar en la LPAC. Ya lo ha entendido así el TS; en el ATS, Sala de Conflictos, 2/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:3581A), aunque abordando otro aspecto, dice que el art. 35 LRJSP «se refiere a la legislación administrativa aplicable, no a la jurisdicción competente» y, si no se refiere a la jurisdicción competente, tampoco se refiere al procedimiento administrativo previo. Pese a ello, lo más razonable es entender que no se pretendió cambiar la situación anterior y que, por tanto, esta responsabilidad de la Administración surgida de sus actuaciones o relaciones de derecho privado exige el mismo procedimiento administrativo.

2. Responsabilidades administrativas excluidas de este procedimiento

El procedimiento al que la LPAC se refiere como «procedimiento de responsabilidad patrimonial» es, en realidad, pese a esa denominación tan genérica, el procedimiento pertinente solo para declarar la responsabilidad administrativa extracontractual[17]; de modo que, cuando se exijan a una Administración indemnizaciones basadas en otros títulos, no es de aplicación este procedimiento[18].

Así, queda fuera del ámbito de aplicación de este procedimiento la responsabilidad contractual[19]. No me refiero a la responsabilidad por celebrar contratos o convenios inválidos, que sí es extracontractual[20]. Tampoco a la que surge por dañar

[17] En derecho civil se diferencia entre responsabilidad extracontractual (o aquiliana, o cuasidelictual o por acto ilícito, como la llama el CC), contractual, cuasicontractual y delictual. En derecho administrativo son posibles y necesarias distinciones similares, pero no hay una terminología que las refleje. Se habla inexpresivamente de «responsabilidad patrimonial de la Administración»; por esa misma denominación genérica y porque se dice que surge, sin más precisiones, ante toda lesión derivada de cualquier funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, existe la tendencia a hacer de ella una institución que abarque todas las fuentes de obligaciones indemnizatorias, restitutorias o compensatorias de la Administración. Así, si no se hacen más precisiones, cabría decir, por ejemplo, que si la Administración incurre en mora en sus obligaciones contractuales, hay un daño para el contratista que se deriva del funcionamiento —anormal, en este caso— de los servicios públicos y que, en consecuencia, la acción del contratista para exigir indemnización puede y debe fundarse en los arts. 106.2 CE y 32 y ss. LRJSP, debiendo tramitarse, en consecuencia, por el procedimiento *ad hoc* establecido en la LPAC. Frente a ello, hay que distinguir, y ello exige establecer como premisa que la regulación de la LRJSP y de la LPAC sobre «responsabilidad patrimonial» es solo la paralela a la de los arts. 1.902 y ss. CC. HUERGO LORA, A., *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas,* Marcial Pons, 2002, pp. 68-69 y 163, explica que esa denominación inexpresiva de «responsabilidad patrimonial» obedece a razones coyunturales, como es su inicial regulación en la LEF, pero que, en realidad, se corresponde con la responsabilidad civil extracontractual.

[18] Téngase en cuenta, además, que, según el TS, «la responsabilidad patrimonial se configura como una *institución residual* que se configura por el ordenamiento jurídico con el fin de proporcionar un medio para que los ciudadanos que se vean perjudicados por las actuaciones de las Administraciones públicas puedan ver satisfecho las lesiones ocasionadas, pero *cuando no existan otros mecanismos directos para ese resarcimiento*». Así, la STS 1389/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4481).

[19] Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984 (edición que reproduce la de 1956), p. 205, donde ya diferenciaba claramente entre uno y otro régimen de responsabilidad administrativa.

[20] Vid. HUERGO LORA, A., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas,* Civitas, Madrid, 1998, pp. 215 y ss. Es clarificadora la STS 1555/2021, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4932). El Ayuntamiento de Marbella declaró la nulidad de un contrato de arrendamiento de vehículos y el contratista reclamó con fundamento en la responsabilidad patrimonial (extracontractual) el importe de las facturas impagadas. El Ayuntamiento opuso que se trataba de un supuesto de responsabilidad contractual. La STS reseñada acoge la tesis de la reclamante, o sea, la de la responsabilidad patrimonial (extracontractual): «La declaración de nulidad de contratos (…) constituye título jurídico para reclamar a la Administración —por vía de la responsabilidad patrimonial— el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos». Cosa distinta —e irrelevante para lo que me ocupa— es que esta STS negó la indemnización por no ser el daño antijurídico dado que «la

a terceros en la ejecución de contratos, que asimismo es responsabilidad extracontractual. La que hay que excluir es la que nace del incumplimiento por parte de la Administración de sus contratos (art. 213.2 LCSP) o convenios de distinto género. Esa es una responsabilidad contractual que no está sometida a las reglas materiales de los arts. 32 y ss. LRJSP ni a las del procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado en la LPAC. Lo ilustra bien la STS 169/2021, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:541). Una empresa reclamó al Ayuntamiento de Marbella, ante el incumplimiento por éste de un convenio urbanístico de planeamiento (aprobó un plan general en el que no plasmó las modificaciones pactadas), la devolución de las cantidades entregadas e indemnización de los daños causados por la paralización de la urbanización; todo ello basado en la responsabilidad patrimonial de la Administración. El TS acepta la naturaleza contractual (y administrativa) del convenio y también la posibilidad de indemnización por incumplimiento; pero niega que se pueda canalizar por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración y sin instar antes la resolución del convenio por incumplimiento, porque se trata de una responsabilidad contractual[21]. En igual dirección, por ejemplo, STS 903/2021, de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2624). También aquí lo que se imputaba a un ayuntamiento era el incumplimiento de un convenio urbanístico de planeamiento; también aquí se reclamaba con base en la responsabilidad patrimonial; y también aquí ese planteamiento fue rechazado por el TS: «ha de negarse la posibilidad de reclamar por la vía de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración la indemnización derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales exigibles conforme al Código Civil, sin instar la resolución del mismo»[22]. Igualmente, y con más razón, son propios de la jurisdicción civil los asuntos en que, ante el incumpli-

reclamante tuvo una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de la nulidad de los contratos».

[21] Dice que el planteamiento de la reclamante «… no puede aceptarse, no ya porque suponga una auténtica confusión entre dos tipos de responsabilidades distintas como son la responsabilidad contractual y la patrimonial, de naturaleza —precisamente— extracontractual, sino porque, además, con tal planteamiento de la recurrente se produce un doble efecto pernicioso: se elude el régimen jurídico propio de la responsabilidad realmente acontecida, la contractual, y se impide, además, que puedan valorarse debidamente los requisitos de la responsabilidad patrimonial que se reclama (…) En ambos casos la Administración es responsable y surge el deber de indemnizar, pero su responsabilidad tiene una fuente u origen distinto que atrae sobre sí un régimen jurídico propio y diverso que debe ser respetado, de forma que si la responsabilidad surge en el seno del incumplimiento de un contrato es éste el régimen jurídico que habrá de seguirse (…), con exclusión del régimen jurídico de la responsabilidad que se genera, al margen de toda relación contractual, por el mero actuar de la Administración, régimen éste que opera a modo de cláusula residual…».

[22] Igualmente, la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual sirve, cuando se pide indemnización a sociedades mercantiles por incumplimiento de contratos, para decantarse por la competencia de la jurisdicción civil (ATS, Sala de Conflictos, 7/2024, de 25 de junio; ECLI:ES:TS:2024:9759A) sin las dificultades que surgen cuando se trata de la responsabilidad de este tipo de entes, que luego explicaré. Y algo parecido sucede cuando se pide indemnización por responsabilidad contractual a entidades

miento por la Administración de un contrato privado, la otra parte pide al mismo tiempo la resolución del contrato con petición adicional de indemnización por los daños causados por tal incumplimiento. Por tanto, tampoco en tal caso hay que tramitar previamente el procedimiento de responsabilidad patrimonial[23].

Fuera de la exigencia de este procedimiento quedan, asimismo, las reclamaciones por responsabilidad cuasicontractual de la Administración, particularmente por enriquecimiento injusto, que, pese a la confusión que domina en tal materia y pese a la posibilidad de admitir cierta comunicación de régimen, es distinta de la responsabilidad extracontractual[24].

Por supuesto que igualmente hay que excluir de la necesidad de seguir este procedimiento la exigencia de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de los delitos cometidos por el personal a su servicio. Ya recordé antes que tal responsabilidad es declarada por la jurisdicción penal y, naturalmente, lo hace sin que haya precedido ninguna vía administrativa. Ahora bien, si pese a la existencia de un proceso penal e incluso mediando sentencia condenatoria, el perjudicado pretendiera exigir la responsabilidad directa de la Administración conforme a la LRJSP[25], habrá de ejercer su acción en vía administrativa siguiendo el procedimiento aquí estudiado antes de acudir, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa[26].

Por otra parte, hay obligaciones indemnizatorias de la Administración por expresas determinaciones legales basadas normalmente en razones de solidaridad

públicas empresariales; por ejemplo, los retrasos de RENFE (ATS, Sala de Conflictos, 7/2013, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2013:4800A)).

[23] ATS, Sala de Conflictos de Competencia, 5/2022, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:7065A).

[24] Vid. COSCULLUELA MONTANER, L., «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 84 (1977), pp. 185 a 202. También REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 247 a 266; sobre otros supuestos de responsabilidad cuasicontractual (gestión de negocios ajenos y cobro de lo indebido), pp. 192 y ss. Además de las sentencias y dictámenes allí citados, confirma la distinción y es especialmente ilustrativo el dictamen del Consejo de Estado 550/1995, de 6 de abril, n.º marginal 224.

[25] Esta posibilidad la admiten normalmente los tribunales y no sólo en los casos de sentencia penal absolutoria o en la que se haya reservado la acción civil, sino incluso tras pronunciarse el juez penal por la responsabilidad civil; *vid.* CASINO RUBIO, M., *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 296 y 313 a 324, donde se recogen sentencias en este sentido y su crítica. Con todo, forzoso es reconocer que las actuales relaciones entre responsabilidad administrativa derivada de delito y la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración son extremadamente confusas. Vid. REBOLLO PUIG, M., «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», en SAINZ MORENO, F. (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración pública,* INAP, 2004, pp. 229 y ss.

[26] Por eso, COSCULLUELA MONTANER, L. (2024: 376), afirma que «el perjudicado tiene opción de seguir esta vía penal o la contencioso-administrativa». Ahora bien, pudiera ocurrir que el tribunal de lo contencioso-administrativo acuerde la suspensión hasta que se resuelva el proceso penal porque de lo que allí se considere probado dependerá la existencia o no de responsabilidad administrativa. A este respecto es interesante la STS de 31 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7511).

social. Ejemplo relevante es de las ayudas públicas establecidas para paliar los daños por catástrofes (arts. 20 y ss. de la Ley 17/2015 de Protección Civil y RD 307/2005)[27]. En estos casos, en los que no son necesarios los requisitos para la responsabilidad patrimonial de la Administración, la reclamación de la indemnización no requiere seguir el procedimiento estudiado. Ello sin perjuicio de que algunas veces pueda el perjudicado pedir indemnización por la genuina responsabilidad patrimonial[28], en cuyo caso sí tendrá que instar este procedimiento. Piénsese, asimismo, en la solicitud de reembolso de los gastos por prestación sanitaria privada ante la falta de asistencia pública, solicitud que encuentra base en el art. 4.3 del RD 1030/2006 sobre la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud[29]. También en este caso se trata de una pretensión que, aunque pueda tener su origen en un anormal funcionamiento de los servicios públicos, cuenta con sustento legal específico distinto de la genérica responsabilidad patrimonial y que, por ello, queda al margen del procedimiento establecido para resolver sobre ésta y hasta de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (corresponde a los jueces de lo social).

También es distinta de la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración la que surge en virtud del principio de indemnidad de los funcionarios. Es referencia capital la STS 956/2020, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2345)[30]. Es un supuesto en que un *mosso d'esquadra* reclamaba a la Generalidad indemnización por los daños que le causaron en acto de servicio dos menores y en el que invocaba el principio de indemnidad, mientras que la demandada sostenía que era un supuesto

---

[27] Vid. Jordano Fraga, J., *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2000. Otros ejemplos ofrecen la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; la Ley 13/1996 (arts. 93 y ss. para afectados por delitos de terrorismo; Ley 14/2002, de ayudas a enfermos de hepatitis C por tratamiento en el sistema sanitario público; R. Decreto-Ley 9/1993, para afectados por el SIDA a consecuencia de actuaciones del sistema sanitario público; etc.

[28] Así, para el caso de los daños causados por terrorismo, vid. MARTÍN RETORTILLO, L., «De la eficacia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 19, 1987; DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., «Responsabilidad patrimonial y acción terrorista; concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 90, 1996; y MIR PUIGPELAT, O., «Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre de solidaridad con las víctimas del terrorismo, y su Reglamento de desarrollo», *Indret: revista para el Análisis del Derecho*, nº1, 2000.

[29] Prevé el reembolso de esos gastos en caso de «asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud (…) una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva...».

[30] En igual sentido, las SSTS 1003/2020, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2406); 1207/2020, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3022); 18/2021, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2021:98); 910/2021, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2524); 913/2021, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2523); 947/2021, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2626); 983/2021, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2021:2843); y 1384/2021, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4282).

de responsabilidad patrimonial de la Administración, el TS se decanta por la primera tesis: «… se trata de una materia propia de la función pública» que debe abordarse «mediante el *principio del resarcimiento o de indemnidad*, que rige para los empleados públicos cuando actúan en el ejercicio de su cargo. Esos daños no se configuran como lesiones, en el sentido técnico-jurídico propio de la responsabilidad extracontractual de la Administración. En contra de lo que sostiene la Administración recurrente, tales perjuicios no son imputables a una Administración pública porque la causa de la lesión o daño que sufre el agente no ha sido una actuación normal o anormal de un servicio público imputable a la actuación administrativa, ni ha sido ésta la que produce una lesión resarcible que el perjudicado no tenga la obligación de soportar». Y, ante la derogación de los preceptos que consagraban este derecho de los policías, la sentencia afirma que eso «no alteró en nada la situación existente ni ha significado que lo que debemos considerar como un principio general del derecho haya desaparecido del ordenamiento» porque «lo que aplica correctamente la sentencia recurrida es el principio general que acabamos de enunciar»[31]. De algunos de los argumentos de esta STS y de diversos dictámenes del Consejo de Estado podía deducirse que este principio de indemnidad no se circunscribía a los policías, sino que era aplicable a todos los funcionarios o empleados públicos o, incluso más allá, a los daños sufridos por particulares en la realización de funciones públicas[32]. Pero eso ha quedado desmentido por la jurisprudencia reciente que ha negado la aplicación de este principio ante los daños padecidos por funcionarios de prisiones[33]. Si no se aplica a estos funcionarios, cuyos riesgos son tan similares a los de los policías, con más razón excluirá a los demás empleados públicos, por más que me parezca una solución de acierto discutible. Sea cual fuere el ámbito de aplicación de este principio de indemnidad, lo que nos importa aquí es que, si la reclamación de indemnización se fundamenta en él y no en la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración, no solo habrá un régimen material distinto, sino que tampoco deberá ventilarse en el pro-

[31] Después explica más sobre el fundamento de este principio: «… el principio general de resarcimiento o indemnidad es un principio inherente al sentido instrumental de toda Administración. En la medida en que quienes la sirven no actúan en interés propio, sino en el público —en el de todos— si sufren daño o perjuicio en el servicio, sin mediar culpa o negligencia, se les debe resarcir directamente por la propia Administración en cuyo nombre actúan. Por eso, venga o no expresado en preceptos concretos, hay que recordar que el artículo 1729 del Código Civil establece la obligación de que el mandante indemnice al mandatario todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario».

[32] He sintetizado esos dictámenes del Consejo de Estado en REBOLLO PUIG, M., «La reclamación de la indemnización», en CASARES MARCOS, A. B. (Coord.), QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 129-130.

[33] SSTS 290/2022, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:926) y 1371/2023, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5754). Vid. ARRIBAS LÓPEZ, A., «El tortuoso camino de la indemnidad de los funcionarios de prisiones (a propósito de la STS de 8 de marzo de 2022)», *Diario La Ley*, n.º 10133, 2022.

cedimiento de responsabilidad patrimonial. Todo esto debe entenderse sin perjuicio de que, al margen de este principio de indemnidad, el funcionario pueda reclamar con fundamento en la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración[34], en cuyo caso sí que deberá seguir el procedimiento establecido al efecto en la LPAC.

3. Identificación de la acción. La *causa petendi*

Para decidir si, ante una solicitud de indemnización, la Administración debe seguir el específico procedimiento de responsabilidad patrimonial de la LPAC y resolverlo conforme a lo previsto en los arts. 32 y ss. LRJSP o si, por el contrario, debe tramitarlo por otras vías y resolverlo conforme a otras reglas sustantivas, lo determinante es la acción que ejerza el reclamante, acción identificada por su *causa petendi*. No se trata de los meros argumentos dialécticos para convencer a la Administración o al Tribunal, sino que esa *causa petendi* identifica lo que se pide, de modo que integra el objeto del procedimiento administrativo y, después, del proceso[35]. Por ello no cabe que la Administración, ante una reclamación basada en la genérica responsabilidad administrativa extracontractual, decida por su cuenta que la indemnización solicitada encuentra mejor acomodo, por ejemplo, en alguno de los regímenes específicos de obligaciones indemnizatorias de la Administración y, sin más, lo tramite y resuelva conforme a estos. Tampoco cabe, a la inversa, que, si el particular ejerce otro tipo de acción para reclamar una indemnización, la Administración rehúya pronunciarse sobre ella y, en su lugar, tras tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, dicte resolución otorgando o denegando la responsabilidad extracontractual[36]. Esa práctica no tiene justificación, origina disfunciones y supone incurrir en flagrante incongruencia.

Esta identificación de la acción ejercida tiene otras muchas consecuencias. Así, condiciona al juez contencioso-administrativo que no puede resolver en función de una responsabilidad distinta de la invocada por el demandante. El *iura novit curia* no permite tanto. Este límite, asentado en la jurisprudencia civil[37], hay que acogerlo

[34] Reclamación del empleado público que eventualmente puede tener éxito si demuestra un funcionamiento anormal del servicio público, no debido a su propia actuación, causante de su daño. Por todas, las SSTS de 18 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1475), de 16 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3452) y de 30 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4362), que abordan también la compatibilidad con la pensión extraordinaria con el límite del enriquecimiento injusto.

[35] GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 8ª ed., 1976, I, pp. 186 y 248 y ss.

[36] Si acaso, cabría ensayar el cauce de la modificación o mejora voluntaria de la solicitud del art. 68.3 LPAC. Sólo si el particular lo admitiera, cabría el cambio. Pero no en otro caso, no sin esa modificación aceptada por el peticionario ni, menos aún, sin ni siquiera planteárselo.

[37] Especialmente en las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual. Por ejemplo, la STS, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:14823): «el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla, de manera que si ejercita

igualmente para la jurisdicción contencioso-administrativa[38]. Igualmente comporta que, basada la responsabilidad en vía administrativa en un concreto género de responsabilidad, no cabe plantearla con otra *causa petendi* en vía judicial[39]. También es eso lo relevante para decidir la jurisdicción competente[40]; y para resolver si hay o no litispendencia o cosa juzgada[41].

Dejando al margen esas otras consecuencias, lo que importa a nuestros efectos afirmar es que el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la LPAC está constreñido a los casos en que el reclamante basa su solicitud de indemnización en los arts. 32 y siguientes de la LRJSP, no en los otros supuestos en que su petición de indemnización, compensación, restitución o reembolso tienen otra base jurídica.

---

la acción extracontractual invocando los arts. 1.902 y 1.903 CC no puede alterarla para resolver como si hubiera ejercitado la acción derivada de contrato o de su cumplimiento y a la inversa». Igualmente, la STS, Sala de lo Civil, de 26 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:8003).

[38] Y alguna sentencia de la Sala 3ª del TS la acepta. Es el caso de la ya aludida STS 169/2021, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:541). Recuérdese que el particular pidió la indemnización derivada de incumplimiento de convenio por responsabilidad patrimonial y el TS consideró que se trataba de responsabilidad contractual. Pero, recogiendo lo ya razonada por la sentencia recurrida, dijo: «… a esta Sala le está vedado en cumplimiento del principio de congruencia (…), plantearse la procedencia de la devolución de la cantidad pagada con fundamento en la existencia de un hipotético incumplimiento imputable al ayuntamiento, pues no es este el fundamento jurídico en que se sustenta la petición…». No son óbices los arts. 33.2 y 65.2 LJCA, pues no permiten al juez cambiar las pretensiones de las partes, sino sólo los «motivos», lo que es sinónimo en este caso a fundamentos de derecho; no permiten, por el contrario, cambiar las pretensiones y estas quedan identificadas no sólo por lo que se pide, sino por la causa de pedir.

[39] En caso contrario, la pretensión sería rechazada como «cuestión nueva» sobre la que no ha podido pronunciarse antes la Administración; o sea, que para que el procedimiento administrativo sirva como vía previa al contencioso-administrativo, han de basarse ambos en el mismo tipo de responsabilidad. El art. 56.1 LJCA permite que en la demanda se aleguen «cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración». Pero eso permite añadir o cambiar los fundamentos jurídicos, no la pretensión misma. Y es esto último lo que se altera si se pasa de pedir con base en la responsabilidad patrimonial a pedir la indemnización con base en otro género de responsabilidad o, al revés, si en vía judicial se exige una responsabilidad patrimonial (o sea, extracontractual) cuando previamente se ejerció otra acción.

[40] En cuanto a ello, el ATS, Sala Especial de Conflictos de Competencias, 10/2023, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:6746A), tras aclarar que la solicitante decía «expresamente que la pretensión se formula con base en la responsabilidad patrimonial de la Administración; y no como una pretensión por incumplimiento contractual», afirma: «… a fin de determinar qué orden jurisdiccional está legalmente llamado a conocer del presente asunto (petición de indemnización), debe estarse a la pretensión formulada por el actor y a las normas jurídicas que alega como fundamento de aquella. Ello significa que la circunstancia de que la relación jurídica preexistente entre (la reclamante) y Canal de Isabel II, S. A., sea de naturaleza contractual y regulada por el derecho privado no es aquí decisiva, sin perjuicio naturalmente de que pueda —llegado el caso— tomarse en consideración a la hora de resolver el fondo del litigio. En otras palabras, lo determinante de la competencia jurisdiccional es la naturaleza de la acción ejercitada».

[41] En cuanto a esto último, es sugerente la STSJ del País Vasco 632/2011, de 14 de julio (ECLI:ES:TSJPV:2011:4023), que niega que haya cosa juzgada ante una reclamación de responsabilidad de la Administración y otra previa sobre vicios en la construcción basada en la legislación específica sobre viviendas de protección oficial.

III. ÁMBITO SUBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. ADMINISTRACIONES Y OTROS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO

1. Entes respecto de los cuales es segura la exigencia de procedimiento administrativo y la competencia contencioso-administrativa y entes respecto de los que surgen dudas. Planteamiento

Afirmamos al principio que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas [arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA] y que, antes de acudir a ella, es necesario plantear la reclamación ante la propia Administración para, tras seguir el procedimiento específico establecido en la LPAC, conseguir una resolución (o un silencio) que será la recurrible ante esa jurisdicción.

Eso no ofrece dudas si se trata de exigir la responsabilidad de las Administraciones territoriales (la general del Estado, de las comunidades autónomas y de municipios, provincias e islas).

Lo mismo hay que afirmar si lo que se pretende es que se declare la responsabilidad de entes institucionales con personalidad de derecho público y sometidos en su actuación al derecho público. O sea, contra los organismos autónomos, las agencias estatales, las autoridades administrativas independientes o equivalentes autonómicos y locales. Todos estos tienen indudablemente la consideración de Administraciones públicas [arts. 2.3 LPAC, 2.3 LRJSP y 1.2.d) LJCA] y, por tanto, les son de aplicación las normas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en cuanto al régimen material como en cuanto al procedimental y procesal. También hay que entender que la responsabilidad patrimonial de las universidades públicas, de las mancomunidades y de los consorcios está sometida a las mismas reglas materiales y procedimentales. Todo eso parece incontrovertible [por más que la legislación a veces se empeñe en enturbiar las cosas, como ocurre con las universidades públicas y los arts. 2.2.c) LRJSP y LPAC] por lo que no son necesarias más explicaciones.

Pero hay una serie de entes del sector público respecto a los que es más dudoso si se les aplica ese régimen material y formal de derecho administrativo o si, por el contrario, tienen el régimen de responsabilidad extracontractual de los particulares, con competencia de la jurisdicción civil y sin necesidad de seguir antes el procedimiento de responsabilidad regulado en la LPAC. Me refiero sobre todo a las sociedades mercantiles de titularidad pública y a las entidades públicas empresariales.

También, en otro orden, a las corporaciones sectoriales de derecho público y a las mutuas de accidentes de trabajo.

Antes de acometer la situación de esos entes, dos precisiones son oportunas:

• Lo que se va a analizar es si, en caso de que el dañado reclame una indemnización de alguno de esos tipos de entes, debe hacerlo primero en vía administrativa y después contencioso-administrativa o si, por el contrario, debe hacerlo ante la jurisdicción civil. Queda al margen, por tanto, la posibilidad de que el perjudicado por una actuación de esos entes decida reclamar la indemnización, no a ellos, sino a su Administración matriz. Por ejemplo, ante el daño causado por una sociedad anónima municipal encargada del abastecimiento de agua, el perjudicado decide reclamar la indemnización, no a esa sociedad, sino al ayuntamiento[42]. Si así lo hace, indudablemente tendrá que presentar su reclamación ante la Administración matriz y acudir después a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y con seguridad ésta no podrá declararse incompetente: puede que dicte sentencia que, entrando en el fondo del asunto, desestime la demanda porque considere que el daño causado por el ente instrumental no es imputable a la Administración matriz y que, por tanto, ésta no es responsable; lo que no cabrá es que se declare incompetente porque, desde luego, tiene competencia para resolver sobre la responsabilidad de la Administración matriz. Pero, insisto, no es esto lo que se plantea aquí. Lo que se va a abordar es más simple: suponiendo que el daño lo ha causado un ente instrumental y que el perjudicado reclama a éste (no a su Administración matriz) la indemnización, ¿debe hacerlo ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa? O, lo que a la postre es casi lo mismo, ¿debe instar el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración o puede prescindir de él y acudir directamente al juez civil?

• El ámbito subjetivo de aplicación del procedimiento administrativo de responsabilidad y de la competencia contencioso-administrativa está en función de quién sea el ente al que se reclama la indemnización, no de la naturaleza del ente que la reclama. Y ello supone sobre todo que ese procedimiento y esa competencia jurisdiccional no se alteran lo más mínimo por el hecho de que la dañada y solicitante de la indemnización sea otra Administración[43].

[42] A esta posibilidad han prestado especial atención MUÑOZ MACHADO, S., *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1998, pp. 163 a 170; y DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 3.ª ed., 2009, pp. 405 a 470. No circunscriben su estudio a los entes de los que ahora hablamos, sino que lo extienden a todos los entes institucionales (incluidos organismos autónomos, autoridades independientes…) e incluso a las sociedades meramente participadas por la Administración y admiten, aunque con diferencias entre sí, una respuesta ampliamente favorable a la imputación a la Administración.

[43] STS de 28 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9076): «…cualquier eventual acción de responsabilidad patrimonial del ayuntamiento frente a la Administración del Estado exige formular la co-

2. Sociedades mercantiles de titularidad pública

Me ocupo aquí de las sociedades mercantiles de titularidad exclusivamente pública, ya sean de una sola Administración, ya sean de varias. No me refiero, por el contrario, a las sociedades mixtas, ni aunque la participación pública sea mayoritaria, para las que su régimen de derecho privado en cuanto a la responsabilidad me parece innegable. Excluyo también el supuesto en el que el dañado decida reclamar la indemnización conjuntamente a la Administración matriz y su sociedad mercantil, supuesto en el que la competencia contencioso-administrativa, previa reclamación ante esa Administración matriz, está fuera de duda[44].

Por lo demás, lo que se diga de las sociedades mercantiles de titularidad exclusivamente pública es extensible a las fundaciones constituidas por las Administraciones con arreglo a la Ley estatal 50/2002, de Fundaciones, o similares autonómicas, pues en ambos casos se trata de entes instrumentales personificados conforme al derecho privado y, en su actividad, sometidos ampliamente a normas de derecho privado. Hablaremos solo de las sociedades mercantiles por ser lo más común, pero lo mismo cabe predicar de esas fundaciones.

Su régimen de responsabilidad, ¿es el de derecho administrativo o el de derecho privado? Más en concreto, para lo que aquí nos atañe, ¿su responsabilidad debe exigirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo procedimiento administrativo, o directamente ante la jurisdicción civil? Y cuando digo directamente ante la jurisdicción civil, digo bien porque, en caso de ser esa la competente, ni siquiera regiría como requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio extrajudicial de solución de controversias, pues lo excluye, como ya antes recordé, el art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/2025. La verdad es que hay razones para dar una respuesta y la contraria. En la doctrina han pesado más las que inclinan por un régimen material y formal de derecho privado, es decir, a aplicar las mismas reglas sustantivas sobre la responsabilidad extracontractual que rigen para los particulares y por la

rrespondiente reclamación administrativa previa de responsabilidad patrimonial…». Ver también la STS de 30 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6484), que excluye que sea alternativo el requerimiento del art. 44 LJCA. Cosa distinta es que en algún caso la Administración dañada pueda, en vez de reclamar la indemnización a la causante del daño, declararla ejecutivamente, como sucede cuando una Administración puede sancionar a otra. Por ejemplo, la STS de 18 de abril de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2714). Vid. REBOLLO PUIG, M., *Responsables de las infracciones administrativas,* Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023, p. 261.

[44] En esa hipótesis, al ser una de las demandadas una Administración, la sociedad mercantil de titularidad administrativa se convierte en uno de los sujetos privados que concurren a la producción del daño, por lo que, de acuerdo con el art. 9.4.2º LOPJ, la competencia sería contencioso-administrativa. Lo aclara el ATS, Sala de Conflictos, 4/2015, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:1178A). Tras optar por la competencia de la jurisdicción civil para las reclamaciones contra estas sociedades mercantiles, como de inmediato se verá, añade: «Todo ello sin perjuicio de que, (…) de acuerdo con el último inciso del art. 9.4 LOPJ, una reclamación acumulada frente al Ayuntamiento y la sociedad municipal de aguas sería competencia de los tribunales contencioso-administrativos».

competencia de los jueces civiles sin necesidad de procedimiento administrativo previo[45]. Pero admitido que tampoco está huérfana de fundamentos la solución opuesta, lo que cabría esperar es que la jurisprudencia ofreciera una constante y segura. No hay tal. El TS da respuestas variadas. Veamos algunas muestras en los autos dictados por la Sala Especial de Conflictos de Competencia:

- En dos casos de reclamación al Metro de Madrid, S. A., los AATS de esa Sala de Conflictos, el 41/2011, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:10267A), y el 9/2019, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:2293A), atribuyeron la competencia a la jurisdicción civil. Pese a su sólida argumentación[46], no se crea que es una solución pacífica[47].

- Respecto a la responsabilidad de Correos y Telégrafos, S. A., ha habido resoluciones de la Sala de Conflictos en los dos sentidos: los AATS de 13 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:9020A) y 11/2022, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:16304A) se decantaron por la competencia

[45] Basten algunas muestras. MARTÍN REBOLLO, L., «La responsabilidad de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, n.º 237-238, 1994, pp. 87 (nota) y 89, afirmó que, como estas entidades «actúan sometidas sin más al tráfico jurídico privado», no están sujetas a la responsabilidad de derecho administrativo. Yo mismo me decanté por esa solución en REBOLLO PUIG, M. (2013: 103-107). BELADIEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 76, afirmó que «al tratarse de sujetos privados (...) esta responsabilidad deberá exigirse conforme a los procedimientos propios de este sector del ordenamiento, siendo por tanto la jurisdicción civil la competente...» (aunque respecto del régimen material en p. 75 optaba para ellas por un régimen de responsabilidad objetiva).

[46] Se lee en el 9/2019: «no puede obviarse en absoluto que la competencia de estos mismos órganos —del orden contencioso-administrativo— requiere, imperativamente, "una actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo" (art. 1.1 LJCA), que ha de concretarse (...) en la existencia de un acto administrativo, disposición o resolución (arts. 8, 10 y 11 LJCA) en la que se exteriorice, expresa o presuntamente, la voluntad de alguna de las Administraciones públicas reseñadas en el art. 1.2 LCA. En otras palabras, el proceso contencioso-administrativo exige (...) una actividad administrativa susceptible de impugnación que pueda imputarse a alguna de las Administraciones públicas legalmente previstas (…). Y en el auto 41/2011, de 3 de octubre, en un supuesto semejante al presente, en que la reclamación también se dirigía contra Metro Madrid, S.A., razonábamos que no se trataba de un supuesto de responsabilidad civil patrimonial de una Administración pública incardinable en los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA, porque "el hecho determinante de la responsabilidad reclamada no se sitúa en la órbita del derecho público, sino privado. No se hace referencia a una actividad de ejercicio de potestades públicas, ni a materias excluidas del ordenamiento jurídico privado (aplicación de normativa presupuestaria, control financiero, control de eficacia y contratación), sino a una materia sujeta al derecho privado, y, por lo tanto, de conocimiento del orden jurisdiccional civil"».

[47] Por ejemplo, la STS de 22 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5450) aceptó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de una reclamación de indemnización por daños causados por Metro de Madrid, S. A., y confirmó la sentencia de instancia que la había condenado a pagar 150.000 €, aunque lo hizo con una argumentación que considero palmariamente errónea.

de la jurisdicción civil[48]; pero antes el interesante ATS 23/2014, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:7721A), la atribuyó a la contencioso-administrativa, pese a que decía que «es evidente (…) que (Correos) no es una Administración pública», porque «cualquiera que sea el ropaje a que acuda la Administración, ello no significa que su actuación quede inmune y ajena a la responsabilidad patrimonial propia de las Administraciones Públicas».

- La misma Sala en el ATS 29/2009, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2009:5975A) resolvió que una reclamación contra Ferrocarriles Vascos, S. A., era competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

- La Sala de Conflictos también se ha pronunciado sobre la competencia en casos de reclamación contra sociedades mercantiles de capital íntegramente local para la prestación del servicio de aguas. Curiosamente, lo ha hecho en tres casos, respecto a la misma sociedad constituida por la Diputación de Almería y doce municipios para la gestión del agua (Gestión del Agua del Levante Almeriense, S.A., GALASA), en sus AATS 102/2007, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:15520A), 36/2008, de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:13919A) y 12/2018, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:10328A). En todos ellos dirimió el conflicto en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa[49]. Pero los AATS de la misma Sala 4/2015, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:1178A), 66/2009, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2009:9700A), 17/2008, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2008:6520A) y 100/2007, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:15517A), igualmente ante reclamaciones de indemnización por responsabilidad patrimonial a sociedades mercantiles de capital totalmente municipal encargadas del suministro de aguas, declararon la competencia de la jurisdicción civil[50].

[48] En igual dirección, la STS de 8 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1156) consideró que correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa resolver sobre la responsabilidad de Correos, S. A., teniendo en cuenta que había causado el daño en su actuación de servicio público o cumpliendo «obligaciones de servicio público».

[49] Así, el ATS 12/2018 dice: «… su carácter de Administración pública (el de GALASA), es indiscutible en todo cuanto se refiere a la prestación del servicio público y, por tanto, también en cuanto a su responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dicho servicio, ya que en realidad la constitución de una sociedad anónima fue la fórmula adoptada para aunar los esfuerzos de todas las entidades públicas fundadoras en la prestación del servicio público que a cada una de ellas incumbía por separado, pero sin que ello les permitiera eludir el régimen específico de su responsabilidad patrimonial». Sin embargo, ese «indiscutible» carácter de Administración de GALASA me parece erróneo.

[50] Por sintetizar solo el último de los citados, el ATS, Sala de Conflictos, 4/2015 dice: las sociedades mercantiles de titularidad administrativa, «… al tener una personalidad jurídica propia y distinta de una Administración pública o de un organismo de derecho público, sus decisiones, acuerdos o silencios no tienen la naturaleza administrativa y, por ello, la reclamación de responsabilidad civil extracontractual no es competencia de los tribunales contencioso-administrativos, sino de los tribunales del orden civil».

El panorama descrito es, pues, pasmosamente movedizo y no permite saber a ciencia cierta cuál es la jurisdicción competente ni, por ende, si es necesario o no el procedimiento administrativo previo.

En ninguno de esos autos la Sala de Conflictos tuvo en cuenta el sobrecargado art. 35 LRJSP. Pero parece que este precepto orienta en el sentido de considerar que la responsabilidad de este tipo de entes tiene el mismo régimen que la responsabilidad de las Administraciones. Ello, porque entre otras cosas dice que «cuando las Administraciones públicas actúen (…) a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes, incluso cuando (…) la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración…». Y porque esa referencia a las entidades de derecho privado a través de las cuales actúe la Administración parece incluir sobre todo a los entes de los que ahora hablamos[51].

Así lo ha entendido el por ahora último auto de la Sala de Conflictos sobre el tema, el 10/2023, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:6746A). Se reclamaba indemnización a Canal de Isabel II, S.A. (sociedad constituida por la Comunidad de Madrid, el Ayuntamiento de Madrid y otras Administraciones) que, según dice el mismo auto, «forma parte del sector público institucional en el sentido del … art. 2 LRJSP»:

«Habida cuenta de esta caracterización de Canal de Isabel II S.A., le resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 35 de la LRJSP: "Cuando las Administraciones públicas actúen (…) a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando (…) la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración (…)". Efectivamente, en el presente caso, la pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración —regulada en los arts. 32 y siguientes LRJSP— se dirige contra una entidad de derecho privado dependiente de varias Administraciones territoriales, que en este ámbito actúan a través de aquélla. Ello implica que las circunstancias del presente caso (…) resultan plenamente subsumibles en el supuesto de hecho del mencionado art. 35 LRJSP».

[51] Si se acepta que ese es el sentido de este art. 35 LRJSP, hay que entender que cuando el art. 2.2.b) de la misma ley solo sujeta estos entes de derecho privado a lo regulado en ella cuando sus normas específicamente se refieran a ellos, una de esas normas sería justamente el art. 35. Por lo demás, ese mismo art. 2.2.b) dice que también le es de aplicación la LRJSP «cuando ejerzan potestades administrativas». Por tanto, su responsabilidad tendría el régimen de derecho administrativo cuando el daño se cause con ocasión del ejercicio de esas potestades, lo que, según el art. 113 de la misma ley, solo cabe excepcionalmente. Pero averiguar qué significa en este contexto «potestades administrativas» entraña adentrarse en un terreno oscuro y resbaladizo.

Y con ese fundamento[52] declara la competencia del orden contencioso-administrativo[53].

¿Ha encontrado el TS en el art. 35 LRJSP la clave para resolver definitivamente la cuestión que abordamos? ¿Seguirá en el futuro declarando con esa base la competencia contencioso-administrativa para resolver sobre la responsabilidad extracontractual de estos entes con personalidad de derecho privado de titularidad pública? Parece que no y, de hecho, ya ha dicho lo contrario poco después[54].

Si aceptamos, como hace este ATS 10/2023, la competencia contencioso-administrativa, antes de acudir a ella habrá que sustanciar el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Y entonces, ¿ante quién tendrá el particular que presentar su previa reclamación administrativa y quién tramitará y resolverá ese procedimiento administrativo? ¿El ente de derecho privado o su Administración matriz? Es chocante que, por ejemplo, una sociedad anónima, por mucho que sea de titularidad pública, tramite un procedimiento administrativo y dicte un acto administrativo recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por eso, sería razonable atribuir la tramitación y resolución de ese procedimiento a la Administración matriz[55]. En el eventual posterior contencioso-administrativo ésta sería

---

[52] Realmente añade otro argumento endeble: que el ATS 23/2014, de 30 de septiembre, en el caso de la sociedad anónima de Correos había declarado la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero, como hemos visto, los AATS de 13 de mayo de 2021 y 11/2022, de 16 de noviembre, optaron después por la jurisdicción civil para las reclamaciones contra Correos, S. A.

[53] Cabe hacer tres objeciones a este razonamiento. Primera: de ese art. 35 LRJSP dijo poco antes la misma Sala de Conflictos en el ATS 2/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:3581A), que «se refiere a la legislación administrativa aplicable, no a la jurisdicción competente». Segunda: ténganse en cuenta los arts. 113 y 130 LRJSP que, entre las excepciones al régimen de derecho privado de sociedades mercantiles y fundaciones estatales, no dicen nada de la responsabilidad extracontractual. Si el legislador hubiera querido que fuese el de derecho administrativo, bien fácil le habría resultado hacer alusión a ello en esos dos preceptos. Y tercera: si bien puede tener sentido atribuir a estos entes un régimen de responsabilidad de derecho administrativo cuando gestionan servicios públicos, no lo tiene cuando desarrollan meras actividades empresariales en competencia con sujetos privados. Como dice FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Relatoria: el seminario organizado por la *Revista de Administración Pública* y la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre sociedades públicas, convenios y otras zonas oscuras del derecho administrativo», *RAP*, nº 226 (2025), pp. 86-87, «no resulta razonable que esas empresas públicas queden sujetas a cargas y limitaciones (…) que, sin embargo, no alcanzan a las competidoras privadas, quebrando de esa manera la igualdad competitiva».

[54] STS, Sala Civil, 1704/2023, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5477), ante una sociedad del Ayuntamiento de Vitoria, dice: «AMVISA es una sociedad mercantil local, de capital público, de las previstas en el art. 85.2,d LRBRL, que tiene personalidad jurídica propia y distinta de la Administración pública titular de su capital social (…), de forma que (…) su régimen de responsabilidad civil extracontractual se rige por el derecho privado (art. 1902 CC) y no por el derecho administrativo (…), la competencia para su enjuiciamiento corresponde a los tribunales del orden civil, y no a los tribunales contencioso-administrativos».

[55] Así lo propuse en «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial», en la obra colectiva *Estudios para la reforma de la Administración pública,* INAP, 2004, pp. 221-222.

la demandada (puesto que sería la autora del acto impugnado); y el ente de derecho privado causante del daño sería, según los casos, codemandado (puesto que él podría ser el condenado a pagar la indemnización) o demandante[56]. Pero, sin un precepto que lo consagre expresamente, es difícil aceptar esa solución.

Si, pese al ATS 10/2023, se admite que la responsabilidad extracontractual de estos entes del sector público con personalidad de derecho privado compete a la jurisdicción civil (como creo que, en principio, sería más razonable), todo es más sencillo y, entre otras cosas, se evita el procedimiento administrativo de responsabilidad. Por eso no es de extrañar que en la práctica siga siendo frecuente que los perjudicados, perdidos en un laberinto de contradicciones, prefieran esta otra vía[57], máxime si ni siquiera han de acudir antes a ningún medio de solución extrajudicial de controversias (art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/2025).

3. Entidades públicas empresariales y similares autonómicas y locales

Si la situación de sociedades mercantiles y fundaciones del sector público es confusa, no le va a la zaga la que presentan las entidades públicas empresariales (o equivalentes autonómicos y locales), esto es, las personificadas conforme al derecho público, pero sometidas en sus relaciones con terceros generalmente al derecho privado. Demostremos esa situación incierta con referencia a lo que ha dicho la Sala de Conflictos del TS respecto a dos prototípicas y relevantes entidades públicas empresariales, ADIF y RENFE[58]. En su auto 3/2018, de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:2808A), ante la reclamación de indemnización a ADIF por la caída de un usuario en una de sus estaciones, declaró que la competencia correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, basándose en algunas declaraciones no concluyentes de su Estatuto. Poco después, el auto 8/2018, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:6028A), declaró competente a la jurisdicción civil para resolver sobre la indemnización solicitada a RENFE por atropello en una estación; ello pese a reconocer que, como entidad pública empresarial, tiene naturaleza de Adminis-

[56] No le afectaría, creo, el art. 20.c) LJCA, pues solo se refiere a las entidades de derecho público.

[57] Más todavía si se admitiera que incluso el juez civil podría aplicar el art. 106.2 CE y los principios de responsabilidad de la LRJSP. Sobre ello, vid. MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 553 y ss.; GAMERO CASADO, E., Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 145 y ss.; y BELADIEZ ROJO, M., (1997: 75-76).

[58] En realidad, la situación de RENFE es actualmente más complicada porque RENFE Operadora es hoy una entidad pública empresarial, pero cuenta con varias filiales con forma de sociedad mercantil: Renfe Viajeros, S. A., Renfe Mercancías, S. A. Si pudiera considerarse que la responsable de un daño es una de estas filiales y a ella se reclamase la indemnización, pasaríamos a estar en la situación descrita en el apartado anterior.

tración pública[59]. Solo un poco después, la misma Sala de Conflictos se enfrentó en su auto 10/2018, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2018:6306A), con una reclamación de indemnización dirigida conjuntamente contra ADIF y RENFE por la caída de un pasajero entre el vagón y el andén, o sea, entre los dominios de RENFE y los de ADIF. El auto resuelve en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero lo hace, en realidad, respetando los criterios anteriores (la responsabilidad de ADIF corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y la de RENFE a la civil). Solo que a eso añade que RENFE sería el sujeto privado al que se refiere el art. 9.4 LOPJ de modo que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa por reclamarse contra ADIF atrae la reclamación contra RENFE.

La solución tiene cierta lógica porque ADIF ejerce una actividad paradigmáticamente administrativa mientras que RENFE opera ahora en el mercado concurriendo con otras empresas. Pero, reconocido esto, lo cierto es que ambas son entidades públicas empresariales y que de ninguna ley se deducen diferencias entre unas y otras entidades públicas empresariales según lo que hagan o su posición en el mercado[60].

De las leyes lo que se deduce es que todas estas entidades [que son un tipo de «organismos públicos» según el art. 84.1.a) LRJSP] tienen la consideración de Administraciones públicas [art. 2.3 LPAC y art. 2.3 LRJSP, que aluden específicamente a los «organismos públicos» sin distinguir entre sus clases; así como art. 1.2.d) LJCA]. Y se deduce igualmente que todas las Administraciones públicas tienen el régimen de

[59] Ya en ocasiones anteriores la Sala de Conflictos de Competencias había establecido la misma solución respecto a RENFE: así ATS 5/2017, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:2186A); 7/2015, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2015:2964A); 23/2011, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2011:8118A); 77/2009, de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:18208A). Pero declararon la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa los AATS 38/2002, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:8952A) y 33/2001, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:12284A), si bien en los casos enjuiciados se decantaron por la jurisdicción civil al haber sido codemandada, junto a RENFE, su aseguradora. Vid. MIR PUIGPELAT, O., «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa (Comentario a los autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa», en M. J. MONTORO CHINER (Coord.), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, 2003.

[60] También es significativo el caso del Consorcio de Compensación de Seguros: está configurado como entidad pública empresarial (art. 1 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2004). Y la Sala de Conflictos viene reiteradamente afirmando que la competencia para reclamarle indemnizaciones es de la jurisdicción civil. Ya lo hizo así en si auto de 12 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:124A): se ejercía acción de responsabilidad contra el consorcio de compensación de seguros en un supuesto en el que las fuerzas de Seguridad explosionaron un coche utilizado por banda terrorista: afirma la competencia de la jurisdicción civil porque este consorcio es una Entidad pública empresarial y porque, como tal, está sometida a derecho privado salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley, excepciones entre las que no está la responsabilidad extracontractual. Véase también el auto de esa Sala 25/2012, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2012:8300A), que cita otros en esa dirección.

responsabilidad previsto para ellas tanto en la LRJSP como en la LPAC. No es óbice el que sean unos entes sometidos ampliamente a derecho privado (art. 104 LRJSP) porque, según el art. 35 LRJSP, cuando las Administraciones actúen directamente en relaciones de derecho privado, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes de la propia LRJSP, esto es, conforme a las reglas de derecho administrativo[61]. Así que, según creo, la conclusión correcta es que compete conocer de los litigios sobre su responsabilidad al orden contencioso-administrativo, previo procedimiento administrativo de responsabilidad.

Pero, como se ha visto, el TS no avala completamente esta solución y es incierto lo que pueda declarar en el futuro respecto a las entidades públicas empresariales en general o incluso respecto a RENFE y a ADIF en particular. Acaso el art. 35 LRJSP que, como acabamos de ver, ha inclinado al TS por reconocer la competencia contencioso-administrativa incluso para la responsabilidad de las sociedades mercantiles de titularidad pública, le sirva también para acoger esa misma solución respecto a todas las entidades públicas empresariales sin distinción[62].

4. Corporaciones sectoriales de derecho público

Las corporaciones sectoriales de derecho público (tales como colegios profesionales, cámaras de comercio, juntas de compensación, entidades urbanísticas de conservación, comunidades de regantes y similares) no son propiamente Administraciones públicas[63]. Pero su régimen es en parte el mismo que el de las Administraciones. Así, según el art. 2.4 LPAC, «se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las *funciones públicas* que les hayan sido atribuidas por ley o delegadas por una Administración pública, y supletoriamente por la presente ley». Y el art. 2.c) LJCA atribuye al orden contencioso-administrativo «las cuestiones que se susciten en relación con (…) los actos y disposiciones de las corporaciones de derecho público adoptadas en el ejercicio de *funciones públicas*». Sorprendentemente, no hay ninguna alusión a ellas en la LRJSP. Pero de los dos preceptos recordados, y dado que su «normativa específica» no establece nada al respecto, se infiere que cuando en el ejercicio de las «funciones públicas» causen daños, su régimen de responsabilidad será en lo material y en lo formal, el de las Administraciones públicas. Y ello, por lo que aquí más directamente nos incumbe, comporta que quien pretenda de una de estas corpo-

[61] Lo mismo se deducía de la Ley 30/1992, según expliqué en «La reclamación de responsabilidad», cit., pp. 101-102.

[62] En ese sentido, PAVEL, E.-V., *El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial,* Tecnos, Madrid, 2020, pp. 135 a 138.

[63] Y, por otra parte, no cabe imputar a la Administración de la que dependan la responsabilidad por los daños que causen, pues la tutela a la que están sometidas, nunca similar a la relación de instrumentalidad de los entes institucionales, rara vez lo justificará. Sobre ello, MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 142-143 y 165), con cita de la STS de 5 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:15522).

raciones una indemnización por los daños causados en el ejercicio de funciones públicas habrá de exigirla ante ella; que la corporación deberá tramitar el procedimiento administrativo de responsabilidad regulado en la LPAC; y que, después, la resolución que se dicte será impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, cuando el daño se cause al margen del ejercicio de funciones públicas, la demanda habrá de plantearse ante la jurisdicción civil y sin que se requiera haber tramitado antes el procedimiento administrativo de responsabilidad.

Me sorprende que haya pocas sentencias que se hayan pronunciado sobre esto; por ejemplo, sobre reclamaciones de indemnización a las juntas de compensación por las obras de urbanización que realizan o a las entidades urbanísticas de conservación por el mantenimiento de redes y elementos públicos que les competen. Todas las sentencias que encuentro son relativas a colegios profesionales y todas abonan lo ya explicado. Destaquemos algunas. En primer lugar, la STS de 5 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:661). En un supuesto de reclamación al colegio de farmacéuticos por los daños causados al denegarse ilegalmente la apertura de oficina de farmacia, esta sentencia (interesante por otros motivos: su negación verbal de la doctrina del margen de tolerancia y su voto particular sugerente), acepta implícitamente que se está ante un supuesto de responsabilidad que se rige por las mismas reglas de la de las Administraciones y que la competencia es contencioso-administrativa, sin ni siquiera hacer cuestión de ello. En segundo lugar, la intachable STS de 15 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:2921) sobre responsabilidad patrimonial de la organización colegial por prohibir a una procuradora su actuación en el partido judicial de La Línea de la Concepción, prohibición que fue anulada judicialmente. Además de repudiar la doctrina del margen de tolerancia, por lo que aquí importa no duda en aplicar la responsabilidad de derecho administrativa a los colegios ante los daños derivados de un acto administrativo ilegal y en aceptar, sin ni siquiera hacer cuestión de ello, la competencia contencioso-administrativa. Me referiré, por último, a la STSJ de Andalucía/Málaga de 6 de octubre de 1997 (ECLI:ES:TSJAND:1997:114). Se reclamaba indemnización al Consejo General de Odontólogos por denegar ilegalmente al actor su colegiación y la sentencia dice: «… el Consejo General de Colegios (…) está sujeto a las normas sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas, incluida la responsabilidad patrimonial, en cuanto ejercita, como es el caso, potestades administrativas»; y desde luego acepta la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Siendo así, hay que entender que previamente debería sustanciarse el procedimiento administrativo de responsabilidad[64].

[64] No me parece contraria a lo sostenido ni a las tres sentencias citadas, la STS de 5 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:15522). El daño se había causado por haber sido dado de baja el reclamante en su cualidad de gestor administrativo por el Colegio sin haber sido repuesto, a pesar de que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Comercio, estimando el recurso planteado, revocó el acto colegial. La

5. Sujetos privados que ejercen funciones públicas. En especial, mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y federaciones deportivas

El régimen material y formal de la responsabilidad patrimonial de la Administración no alcanza a los sujetos privados que ejercen funciones públicas sin integrarse en la organización administrativa y sin contrato. Es el caso tradicional de ciertos profesionales, como los notarios[65], o el de las entidades colaboradoras en la seguridad y calidad industrial, la seguridad aérea o naval, el medio ambiente y en cada vez más sectores. Hay que afirmar, primero, que si su actuación produce daños, como regla general, no surgirá la responsabilidad de la Administración, sino la suya propia[66]; y, segundo, que esa responsabilidad propia de tales entidades es competencia de la jurisdicción civil[67]. Así que, por lo que aquí más directamente nos incumbe, si se trata de exigir la responsabilidad de estos sujetos privados que ejercen funciones públicas, no encuentra aplicación el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial ni la competencia contencioso-administrativa[68].

Pero si lo anterior puede considerarse la regla general, no cabe descartar que se establezcan regímenes distintos para específicos géneros de sujetos privados que ejercen funciones públicas.

Es supuesto especialmente relevante el de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (arts. 80 a 101 del TR de la Ley General de la Seguridad Social), en

sentencia desestima. Pero, en realidad lo que rechaza es la responsabilidad de la Administración del Estado, sin pronunciarse sobre la del Colegio.

[65] Respecto a ellos, la STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:5802) advirtió que «no cabe desconocer que el notariado constituye una profesión liberal que, con autonomía e independencia, ejerce funciones públicas, sin recibir sus retribuciones de los presupuestos estatales, a la que, por ende y en la actualidad, podría, en su caso, serle imputada la responsabilidad directa e inmediata, para la cual precisamente tiene su propio sistema de cobertura, y cuya exigencia parece igualmente que ha de promoverse, cual además ha efectuado el propio recurrente, ante la jurisdicción civil, todo ello sin perjuicio de que nunca podrá prescindirse del hecho cierto de que estamos en presencia del desempeño de funciones públicas, con las consecuencias inherentes a tal circunstancia cuando a ello hubiere lugar».

[66] Lo matiza CANALS i AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad,* Comares, Granada, 2003, pp. 327 a 330, que no excluye una posible responsabilidad de la Administración *in vigilando* e *in omittendo* e incluso por el mero hecho de tratarse de funciones de autoridad que en último término son de titularidad pública.

[67] Para el ámbito de la colaboración privada en la seguridad y calidad industrial, así lo afirma CARRILLO DONAIRE, J. A., *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial,* Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 665 y 671. Cuestión distinta es si su régimen de responsabilidad debe ser el de derecho privado puramente subjetivo o el objetivo. CANALS i AMETLLER, D. (2003: 325-327) esboza argumentos en favor de esto último. CUETO PÉREZ, M., *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas,* Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 34 y 187, también lo propugna como deseable, aunque afirma que «la normativa (…) lo configura hasta el momento como privado».

[68] Acaso, *lege ferenda*, oso insinuar que quizá para algunos de estos sujetos privados podría ser correcto crear un cauce similar al establecido en el art. 123 LEF para concesionarios.

particular por la asistencia sanitaria prestada por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (más específicamente reguladas en el RD 1993/1995), tales como Asepeyo, Fremap… Son asociaciones privadas de empresarios, aunque sometidas a intensa supervisión de la Administración. Es más, según el art. 80.4 del citado TR de la Seguridad Social, estas «mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad»[69]. Su colaboración con la Seguridad Social y, en particular, la asistencia sanitaria que prestan no la realizan en virtud de contrato o convenio de ningún género, sino por una atribución legal y una autorización administrativa.

Partamos de que, si causan daños en la prestación de sus servicios, son estas mutuas las responsables, no la Administración que las autoriza y supervisa[70].

Siendo asociaciones de empresarios, cabría pensar que su responsabilidad es de derecho privado y que su declaración compete a la jurisdicción civil o social, no a la contencioso-administrativa[71]. Pero no es esa la solución de los tribunales. La Sala de Conflictos de Competencia del TS ha declarado que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa las reclamaciones de indemnización contra las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por los daños causados en su asistencia sanitaria. Así lo ha hecho por última vez en sus AATS 16/2018, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:12862A) y 5/2019, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:1694A), que citan sentencias anteriores tanto de la Sala tercera como de la cuarta[72]. Sus argumentos no resultan del todo convincentes (entre otras

[69] En el mismo sentido, arts. 2.2.h) y 3.1.a) de la Ley General Presupuestaria.

[70] Es lo que en general acepta la jurisprudencia. Así, STS de 26 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7717): «la responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida a las mismas (…) sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario». No obstante, no siempre los tribunales se han pronunciado en ese sentido. El TS tendrá ocasión de clarificarlo al resolver el recurso de casación 7937/2024 admitido por ATS de 18 de junio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:5807A), en el que justamente la cuestión con interés casacional objetivo se centra en ello.

[71] Además, el art. 99.2 del TR de la Ley General de la Seguridad Social, dice: «Las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión o que tengan su fundamento en las mismas, *incluidas las de carácter indemnizatorio*, se sustanciarán ante el orden jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social».

[72] Especialmente destacable es la STS, Sala 4ª, de 29 de octubre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8375), así como la STS, Sala 3ª, de 10 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7958) en la que se lee: «El hecho de que las mutuas patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud. Por ello,

cosas porque invocan la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, que está derogada y no tiene equivalente en las leyes 39 y 40/2015)[73]. Pero, sea como fuere, su conclusión es rotunda.

Aceptando la competencia contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones indemnizatorias contra estas mutuas, habrá que contar con una decisión que será la que hay que impugnar. Y, siendo así, habrá que plantear previamente la reclamación y tramitar el procedimiento administrativo de responsabilidad. Pero ¿ante quién hay que plantear esa reclamación? ¿Ante la propia mutua o ante la Administración que la supervisa? ¿Quién la tramitará y resolverá? Y, en consecuencia, ¿quién será demandada en el contencioso-administrativo? ¿Solo la mutua o la Administración y la mutua? Parece lo más razonable que la reclamación se plantee ante y se tramite y resuelva por el Ministerio (o Consejería) a cuyo control están sometidas estas mutuas. Y que, después, si la resolución es desestimatoria, en el contencioso sean demandadas la Administración, por ser la autora del acto impugnado, y la mutua, por ser la causante del daño y la obligada a indemnizar. Si, por el contrario, la resolución de la Administración condena a la mutua, cabrá que ésta interponga recurso contencioso-administrativo contra tal resolución, siendo entonces demandados la Administración y el perjudicado en cuyo favor se haya declarado el derecho a indemnización. La solución contraria —esto es, la de admitir que sean las mutuas las que resuelvan la reclamación— resulta extraña porque comporta que esas mutuas tramiten un procedimiento administrativo, dicten un acto administrativo y, sin ser propiamente Administraciones, aparezcan como únicas demandadas en un contencioso-administrativo. Pero no encuentro ninguna norma que dé respaldo incontrovertible a esta solución. Y en la práctica se encuentran soluciones diversas[74]. El

debe insistirse en que en cuanto las mismas tienen atribuida, en virtud de las disposiciones legales y reglamentarias (…), la colaboración con la Administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se encuentra sometida al mismo régimen que las Administraciones públicas». La STS de 10 de julio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:4987), dando por hecha la competencia contencioso-administrativa, lo que se plantea es a qué concreto órgano de este orden corresponde su resolución. También es relevante la STS, Sala 3ª, de 26 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7717): «… en cuanto las mismas tienen atribuida (…) la colaboración con la Administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se encuentran sometidas al mismo régimen que las Administraciones públicas». Vid. GALLARDO CASTILLO, M. J., *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Colex, 2020, pp. 47-48.

[73] No obstante, hay que reconocer que estas mutuas tienen una estrecha relación y práctica integración en el Sistema Nacional de Salud. Aunque a efectos muy distintos de los que aquí nos ocupan, es reveladora la STS, Sala 3ª, 437/2025, de 10 de abril (ECLI:ES:TS:2025:1578) según la cual «las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social están más próximas a los centros integrados en el Sistema Nacional de Salud» que los centros sanitarios privados concertados. Igualmente, la STS 567/2025, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2013).

[74] Por ejemplo, en la ya citada STS de 10 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7958) se anula la resolución dictada por la Consejería de Sanidad y se condena a la mutua a pagar la indemnización; o

problema deberá abordarlo el TS cuando resuelva el recurso de casación 1595/2024 admitido por el ATS de 7 de mayo de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:4617A) contra la muy razonada (y, en mi opinión, atinada) STSJ de Castilla-La Mancha 300/2023, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TSJCLM:2023:2644). Lo que en ese auto se acota como cuestión de interés casacional objetivo es precisamente «si la competencia para tramitar y resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se dirijan contra las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social como consecuencia de una deficiente prestación de la asistencia sanitaria por estas últimas corresponde únicamente a la Administración competente, estatal o autonómica (y, en su caso, a cuál) y no a la propia mutua», así como «si una mutua colaboradora de la Seguridad Social puede o no ser demandada principal y única en el proceso contencioso-administrativo entablado para revisar la existencia o inexistencia de daños indemnizables con motivo de su responsabilidad en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social». Esperemos que esa sentencia confirme la solución propuesta (que es también la de la STSJ recurrida).

Mención específica merecen las federaciones deportivas. No están reconocidas legalmente como corporaciones sectoriales de derecho público, sino como «entidades privadas de naturaleza asociativa» (art. 43.1 de la Ley 39/2022 del Deporte). Pero en muchos aspectos se asemejan a esas corporaciones sectoriales. Aunque mayoritariamente realizan actividades privadas, ejercen algunas «funciones públicas de carácter administrativo» bajo la «tutela del Consejo Superior de Deportes» (art. 50), que es un organismo autónomo; destacadamente, la expedición de licencias deportivas y el ejercicio de la potestad disciplinaria. En tal caso están sometidas al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa. En concreto, por lo que se refiere a su responsabilidad patrimonial, si generaron el daño en el ejercicio de esas funciones administrativas (así, cuando ilegalmente deniegan licencias deportivas o imponen sanciones), son de aplicación las normas materiales y formales de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Sucede, además, que normalmente esos actos de las federaciones son recurribles ante la Administración [con frecuencia, ante el Consejo Superior de Deportes, art. 14.w) de la Ley del Deporte] de manera que, si sus actos lesivos son ilegales, la responsabilidad puede exigirse directamente

sea, que las cosas se desarrollaron conforme a lo que he expuesto como solución más razonable. Pero con frecuencia se observa que el camino fue distinto. Así, por ejemplo, en la STSJ de Galicia 198/2025, de 16 de mayo (ECLI:ES:TSJGAL:2025:4016) se dice que el contencioso-administrativo se interpuso «contra la resolución del director gerente de la mutua colaboradora de la Seguridad Social FREMAP»; en la STSJ de Galicia 291/2025, de 30 de abril (ECLI:ES:TSJGAL:2025:3662) se lee que «se interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta ante la ASEPEYO»; en la STSJ de Madrid 262/2025, de 25 de abril (ECLI:ES:TSJM:2025:6282) se dice que el recurso se dirigió «contra la resolución dictada (…) por la entidad colaboradora de la Seguridad Social FREMAP por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración»; etc.

a la Administración que los confirmó[75]. Así, a la postre la responsabilidad por los daños causados en su ejercicio de funciones públicas acaba siendo responsabilidad de la Administración y, por tanto, sometida a las reglas sustantivas y formales de ésta.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CUANDO EL DAÑO LO CAUSAN UNA ADMINISTRACIÓN Y UN PARTICULAR

1. Solidaridad entre Administración y particular coproductor del daño. Vías con que cuenta la víctima

En derecho civil se admite que, cuando varios sujetos privados concurren en la producción de un mismo daño, surge una obligación indemnizatoria solidaria. Pero es una solidaridad peculiar a la que los tribunales llaman solidaridad impropia de modo que tiene un régimen singular en el que no son de aplicación todos los preceptos del CC reguladores de la solidaridad[76].

¿Qué sucede si esa concurrencia causal se da entre una Administración y un particular? Me refiero al caso de un particular completamente ajeno a la Administración (no a uno de sus entes instrumentales de derecho privado, no a su contratista…). En tal caso, los tribunales mantienen la misma solución acuñada para los supuestos en que dos particulares causan un mismo daño; es decir, afirman que la Administración y el particular son responsables solidarios[77]. Por tanto, se abren para el perjudicado estas vías:

[75] Es ilustrativa la SAN 30/2016, de 22 de enero (ECLI:ES:AN:2016:27), confirmada por STS 708/2017, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1621) que, por la sanción impuesta a un ciclista por el Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva de la Real Federación Española de Ciclismo, después anulada judicialmente, reconoció al ciclista una indemnización de 655. 904,86 € y a su equipo otra de 69.000 € y declaró que «deberán ser satisfechas por la Administración del Estado»; ello porque, ante el recurso administrativo interpuesto, el Consejo Superior de Deportes (en concreto, su Comité de Disciplina Deportiva) se declaró erróneamente incompetente para resolverlo. En la misma línea, también son interesantes las SSAN de 25 de enero de 2011 (ECLI:ES:AN:2011:312) y de 24 de abril de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:2148) sobre responsabilidad patrimonial por denegaciones de licencia como jugador comunitario en competiciones oficiales estatales, denegaciones que fueron anuladas judicialmente. Quienes inicialmente denegaron la licencia fueron las federaciones, pero fueron confirmadas en alzada por el Consejo Superior de Deportes. Y la reclamación de responsabilidad se dirigió al Ministerio del que dependía el Consejo Superior de Deportes, que fue quien finalmente resultó condenado a pagar la indemnización. Vid. PAVEL, E-V. (2020: 140-143).

[76] No es de aplicación, destacadamente, el art. 1974 CC. Dice la STS, Sala Civil, 1704/2023, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5477): «Esta Sala ha declarado que el párrafo primero del art. 1974 CC únicamente contempla el efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio (…) sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual…».

[77] Ya la STS de 16 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3434) dijo que «en los casos de concurrencia de culpa de terceros es posible exigir a cualquiera de los concurrentes a la causación del daño la

- Podrá demandar solo al particular causante del daño y pedirle toda la indemnización ante la jurisdicción civil. Si eventualmente el demandado alega que la Administración también causó el daño, al tratarse de una responsabilidad solidaria, esa alegación, aunque la acepte el juez, no modificará el fallo condenatorio. Pero la ejecución forzosa solo podrá dirigirse contra ese particular condenado (art. 542.1 LEC).

- Podrá ir exclusivamente contra la Administración y pedirle toda la indemnización, primero en vía administrativa y después contenciosa. Que la Administración alegue la concurrencia causal de un particular no le eximirá de la condena a pagar toda la indemnización ni de una ejecución forzosa que solo a ella afectará (art. 542.1 LEC)[78].

- Y finalmente puede ir contra la Administración y contra el particular. Antes debía hacerlo en la jurisdicción civil que en esa tesitura no tenía reparo en condenar a la Administración[79]. Ahora, con la redacción actual del 9.4.2º LOPJ, debe hacerlo ante los órganos contencioso-administrativos: «Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional»[80]. En ese contencioso-administrativo dirigido contra la Administración y un particular, el juez tendrá que aplicar derecho administrativo para resolver sobre la responsabilidad de aquélla y derecho privado para resolver sobre la de éste[81]. Y podrá condenar solidariamente a ambos, en cuyo caso

totalidad de la indemnización, sin perjuicio de reconocer el derecho de la Administración a ejercitar las acciones que puedan corresponderle en orden a un posterior resarcimiento». Y la STS de 22 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2632) añadió que eso era consecuencia de la solidaridad: cuando concurre la Administración y un tercero «es posible exigir a cualquiera de los concurrentes a la causación del daño la totalidad de la indemnización, lo que no es sino una consecuencia del principio de solidaridad, sin perjuicio de reconocer el derecho de la Administración a ejercitar las acciones que puedan corresponderle en orden a su posterior resarcimiento». Es, sin embargo, una muy extraña solidaridad porque cada uno de los deudores solidarios tiene un régimen de responsabilidad diferente. Hasta el punto de que la STS, Sala de lo Civil, 1704/2023, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5477), dice que la ejercitada contra la Administración y la dirigida contra el particular supuestamente coproductor del daño *ex* art. 1902 CC, «a pesar de sus concomitancias, son acciones distintas».

[78] Naturalmente, lo que no cabe es que, de un lado, pida toda la indemnización al particular en vía civil y, de otro, pida toda la indemnización a la Administración en vía administrativa y contencioso-administrativa. Pero se dan casos en que se actúa así y con el peligro de que ninguno de los dos demandados conozca que se está siguiendo otro proceso y de que se obtenga una doble indemnización completamente injusta.

[79] MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 117), sintetiza así la situación cuando estos supuestos competían a la jurisdicción civil: «se generaliza la regla de la solidaridad que permite a los particulares lesionados, a la mínima participación de la Administración en la producción de la lesión, exigirle a ella en primer lugar y de forma directa la indemnización entera».

[80] Esto tiene reflejo en el art. 2.e) LJCA cuando al final dice «aun cuando en la producción del daño concurran con un particular», pero no en su art. 21 que, al ocuparse de la parte demandada, no nombra a este particular.-

[81] Lo reconoce, por ejemplo, la STS de 2 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7256), en un caso de daños por accidente de circulación debido a la irrupción de un caballo en una autovía y en el

podrá «pedirse que se despache ejecución, por el importe total de la deuda (…) frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos» (art. 542.3 LEC). Pero cabe que el juez contencioso concluya que la única responsable es la Administración y la condene solo a ella. O concluir que el único responsable es el particular y condenarlo solo a él. Es decir, no pierde su competencia por el hecho de que decida absolver a la Administración, por muy extraña que resulte una sentencia contencioso-administrativa que se limite a condenar a un particular que nada tiene que ver con la Administración[82].

No cabe entender el 9.4.2º LOPJ, pese a su literalidad, en el sentido de que el dañado tenga forzosamente que demandar a los dos. Lo que quería decir y lo que hay que entender que dice es que, si el perjudicado opta por ir contra los dos, tendrá que hacerlo ante la jurisdicción contenciosa. Pero no ha desaparecido la posibilidad de ir contra uno solo y de hacerlo, según contra quién vaya, ante la jurisdicción civil o ante la contencioso-administrativa. Es más, con frecuencia sucede que la víctima cree que solo hay un causante del daño y es después, ante las alegaciones del demandado, cuando descubre la posible contribución causal de otro. En ese contexto debe condenarse al único demandado y, si ese era el particular, puede y debe hacerse ante y por la jurisdicción civil[83]. Así que, en suma, siguen existiendo las tres posibilidades de ir

que, aunque las víctimas se dirigieron también contra la Administración, se condenó solo al propietario del caballo. Explica que la pretensión del demandante contra el particular «necesariamente habrá de fundarse en las normas civiles reguladoras de la responsabilidad aquiliana, pues el régimen jurídico aplicable a la Administración en materia de responsabilidad patrimonial (…) no es trasladable a los particulares. También aquí es la propia ley la que, al permitir el ejercicio de pretensiones dirigidas contra particulares en el proceso contencioso-administrativo, está llamando a la aplicación de las normas civiles, pues solo éstas pueden servir de fundamento a la pretensión».

[82] Así lo afirmó la STS de 21 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:8176), para la cual a la competencia de esta jurisdicción «no es obstáculo (…) la circunstancia de que se excluya por los tribunales de lo contencioso-administrativo la responsabilidad de la Administración, ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares» y lo contrario «conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones». Igualmente lo acepta la ya aludida STS de 2 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7256). También cabe que se demande ante la jurisdicción contencioso-administrativa no solo a ese particular, sino también a su aseguradora. Y puede suceder que se condene solo a estos y no a la Administración, como se ve en la STS 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6336). No obstante, la STS de 24 de febrero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:734) estableció una excepción para los supuestos en que la acción contra la Administración fuese manifiestamente inviable porque entonces se trasladaría «fraudulentamente a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de acciones exclusivamente civiles».

[83] Ejemplo perfecto de ello lo ofrece la STS, Sala Civil, 372/2020, de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2226). Un motorista chocó con un árbol caído en una pista forestal de propiedad privada y sufrió graves lesiones. El motorista y su madre demandaron en vía civil a la propietaria de la finca colindante y del árbol, así como a su aseguradora, con fundamento en el art. 1908.3º CC, («responderán los propietarios de los daños causados… por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito…»). Las demandadas alegaron que la pista, aunque propiedad privada, era parte del Camino de Santiago y estaba sujeta a limitaciones y al cuidado de la Diputación de Vizcaya, que era la auténtica responsable. Esto fue lo que acogió la Audiencia Provincial, que por eso apreció la falta de legitimación pasiva de la propietaria

solo contra el particular (ante la jurisdicción civil), de ir solo contra la Administración (ante la jurisdicción contencioso-administrativa) y de ir contra ambos (también ante la jurisdicción contencioso-administrativa).

Si el perjudicado va solo contra uno de los causantes del daño, se plantea la duda de si con ello se interrumpe la prescripción respecto de los otros. Creo que el art. 1974.1 CC permitiría una respuesta positiva[84].

2. La vía administrativa previa y el papel en ella del particular coproductor del daño

Naturalmente, para demandar a la Administración (sola o junto con el particular coproductor del daño), el perjudicado tendrá que hacerlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa previo planteamiento de la reclamación ante esa Administración, que deberá seguir el procedimiento *ad hoc*. Pero ¿qué papel tiene en ese procedimiento el particular que es coproductor del daño? La Administración no podrá declarar la obligación indemnizatoria de ese particular, pues carece de potestad para resolver sobre obligaciones entre particulares en virtud del derecho privado. Solo tiene que pronunciarse sobre su propia responsabilidad y, si se parte de que el particular es, si acaso, obligado solidario, eso no afectará a la resolución que deba dictar la Administración. Con esa premisa, ese particular no es interesado necesario en el procedimiento administrativo previo. Cosa distinta es que el instructor pueda (y será muy oportuno) llamarlo como testigo o para que de cualquier otra forma aporte datos que permitan dictar la resolución con mejor conocimiento. Ahora bien, aunque

de la pista. Los demandantes recurrieron en casación por, entre otras cosas, vulneración del art. 1144 CC («El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios…»). El TS casó la sentencia y declaró que la propietaria (y, por ende, su aseguradora) sí era responsable y legitimada pasivamente. Y por eso condeno al pago de la indemnización. No llegó a afirmar expresamente que era responsable solidaria la Diputación «por cuanto la Administración no es parte y no ha podido defenderse». Pero lo da a entender al decir que la condena de la dueña de la pista forestal es «sin perjuicio de que en el marco de sus relaciones con la Administración puede ejercer contra esta, en su caso, las acciones que entienda que le asisten si considera que ha propiciado de algún modo su responsabilidad». Naturalmente, lo que vemos en esta STS se puede dar al revés, esto es, que el dañado crea que la única responsable es la Administración, que vaya solo contra ella y que sea después, precisamente por lo que alegue la Administración, cuando descubra que hubo un particular que contribuyó a causar el daño.

[84] Pero ya se dijo (nota 76) que ese art.1974.1 CC no se considera aplicable al caso de la solidaridad impropia. Y en ese sentido la STS de 28 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9064) que lo abordó en su fundamento 6.º. Sin citar siquiera el art. 1974.1 CC, ante una reclamación presentada ante la Administración, dice: «Ha de entenderse prescrita la acción respecto del sujeto privado que no es llamado al procedimiento administrativo (aunque) "posteriormente, una vez transcurrido un año de la producción del evento dañoso, se dirige contra el mismo un recurso contencioso administrativo". Por tanto, resulta certero el razonamiento de la sentencia impugnada respecto de la prescripción de la acción contra Boliden en esta vía contencioso-administrativa, ya que no tuvo lugar hasta el 11 de julio de 2003, cuando pudo ejercitarse desde el 16 de noviembre de 2001».

no haya sido interesado en el procedimiento previo, el dañado sí que podrá, al recurrir la resolución, demandar, junto a la Administración, al particular; y la sentencia contencioso-administrativa podrá condenar solidariamente a ambos.

3. La posterior acción de regreso

Tanto si quien paga todo es la Administración como si lo hace el particular, tendrán acción de regreso contra el otro causante del daño de acuerdo con el art. 1145.2º CC. Como dice, entre otras, la STS, Sala Civil, 509/2018, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3166): «Esta Sala viene manteniendo (por todas, sentencias 129/2015, de 6 de marzo , y 249/2016, de 13 de abril), que satisfecha la condena impuesta por solo uno o varios de todos los condenados solidariamente en un proceso anterior, el artículo 1145 CC permite que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda puedan acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes (…), desapareciendo entonces la solidaridad que rige en las relaciones externas, frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas (entre deudores solidarios) la mancomunidad». Lo problemático es saber cuál es la vía para encauzar esa acción basada en el art. 1145.2º CC. Si es la Administración quien quiere reclamar al particular corresponsable del daño parte de la indemnización, creo, aunque con muchas dudas, que podrá servirse de su autotutela declarativa y ejecutiva para exigir, tras procedimiento administrativo, la parte de indemnización que considere pertinente según la contribución causal de cada uno. Naturalmente contra la resolución que dicte podrá interponer ese otro responsable contencioso-administrativo. Si es el particular quien ha pagado la indemnización, creo, incluso con más dudas, que deberá dirigir una solicitud a la Administración y que la respuesta que reciba será recurrible en vía contencioso-administrativa. No será necesario, sin embargo, seguir el específico procedimiento de responsabilidad patrimonial porque no se trata de una acción basada en el art. 132 LRJSP, sino en el art. 1145.2º CC. No hay o no encuentro jurisprudencia que afronte estas cuestiones y que permita responderlas con más seguridad.

V. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN CASO DE CONCURRENCIA DE VARIAS ADMINISTRACIONES

1. Evolución legislativa

¿Qué sucede si quienes concurren a causar el daño son varias Administraciones? Cuando no había una regulación específica de tal supuesto, como quiera que se ad-

mitía la solidaridad entre los varios particulares causantes del daño y también entre particular y Administración, lo lógico era aceptar esa misma solidaridad entre dos Administraciones que de cualquier forma hubieran coproducido un daño. Y eso fue, en efecto, lo que admitió el TS[85], aunque en la práctica los tribunales tendían más bien a hacer responsable únicamente a la Administración que hubiese contribuido a causarlo en mayor medida.

Fue la Ley 30/1992 la primera que, en su art. 140, reguló la responsabilidad concurrente de varias Administraciones. En la redacción inicial de la Ley 30/1992, su art. 140 disponía solo esto: «Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria». Ni establecía la forma en que operaba tal solidaridad ni decía nada sobre los otros supuestos en los que, aunque no hubiera «fórmulas colegiadas de actuación», varias Administraciones, en actuaciones independientes, contribuyeran a producir el mismo daño.

La Ley 4/1999 modificó ese art. 144 que pasó a tener dos apartados exactamente iguales a los dos primeros apartados del actual art. 33 LRJSP. Este art. 33 LRJSP añade a esos dos primeros apartados otros dos nuevos[86]. Analizaremos ahora todo este art. 33 LRJSP. Pero con carácter previo quede claro que, como indica el mismo rubro del precepto, se refiere solo a la concurrencia de Administraciones públicas de modo que no es aplicable cuando se trate entes del sector público que no son Administraciones, como puede ser una sociedad anónima de titularidad pública, según razona extensamente la STS, Sala Civil, 1704/2023, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5477).

---

[85] Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (1998:72). Muestra espléndida es la STS de 15 de noviembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:20198). Aunque es posterior a la Ley 30/1992 y aunque cita su art. 140, se refiere a hechos anteriores y deduce la solidaridad al margen de ella. Se trataba de una responsabilidad por un plan urbanístico aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento de Madrid y definitivamente por su comunidad autónoma. Consagró la solidaridad por «la relevancia de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones»: «la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra en el campo de las garantías del ciudadano lo que implica que para su virtualidad práctica en los supuestos de actuación de varias Administraciones será necesaria una solución de solidaridad que opere en el ámbito externo de la relación del ciudadano con la Administración, independientemente de que en el aspecto interno de la relación de la relación de ambas Administraciones las circunstancias de cada caso concreto permitan la imputación a una sola de ellas o a ambas con cuantificación de la participación». Nótese que admite que, aunque haya solidaridad, al final recaiga toda la indemnización sobre una sola de ellas.

[86] La versión inicial del art. 140 de la Ley 30/1992 fue desarrollada por el art. 18 del Reglamento de Procedimiento de Responsabilidad (RD 429/1993). Algo de los art. 33.3 y 4 LRJSP tiene su origen en ese art. 18 del Reglamento. Pero mejor prescindir de aquel precedente que es anterior incluso a la reforma de 1999.

1. Los dos tipos de supuestos del artículo 33 LRJSP y su deslinde

El art. 33 LRJSP distingue dos géneros supuestos en sus dos primeros apartados. En el art. 33.1 se ocupa de aquéllos en que el daño derive de «la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones». El art. 33.2 se ocupa de todos los demás supuestos («En otros supuestos de concurrencia…», dice). No es fácil deslindar los supuestos que quedan dentro del art. 33.1 LRJSP porque es imprecisa la expresión «gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones». Así que tampoco es fácil saber los que quedan bajo el régimen del art. 33.2.

Creo, dentro de la inseguridad que la expresión legal genera, que hay que incluir en el apartado 1 los daños causados por las Administraciones en operaciones conjuntas fruto de su cooperación, colaboración o coordinación. Entrarán ahí con normalidad los daños causados en ejecución de los convenios interadministrativos a que se refiere el art. 47 LRJSP. Pero también otros casos en que, sin convenio, en aplicación directa del ordenamiento, hay concurrencia regulada de varias Administraciones; así, por ejemplo, actos adoptados en procedimientos bifásicos[87], supuestos de coordinación imperativa, subrogación de una Administración en las competencias de otra, casos en que el daño derive de la resolución de un recurso administrativo por una Administración respecto al acto de otra[88], etc. Por el contrario, hay que incluir en el apartado 2 los muchos casos en que el daño tiene su causa en diversas actuaciones independientes de dos o más Administraciones, esto es, cuando no son coautoras de una misma actuación generadora del daño, sino cada una autora de una actuación que, al margen de lo que independientemente haya hecho otra, ha contribuido a producirlo. Esto será lo más frecuente y puede presentar variantes muy diversas, en especial, cuando se trate de omisiones administrativas generadoras de daños.

2. Régimen para los supuestos del artículo 33.1 LRJSP

El régimen de los supuestos del art. 33.1 viene establecido, además de ahí mismo, en los apartados 3 y 4 del art. 33 LRJSP. Lo que se establece es la solidaridad

[87] Véase STS de 5 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:2854). En ella, aunque en el marco peculiar del art. 105 LJCA, se planteaba si debía ser responsable única la Administración municipal o si también debía de serlo la autonómica que aprobó con modificaciones un plan urbanístico. Y esta sentencia, una vez que resuelve que las dos eran responsables, da por hecho que lo eran solidariamente, como prevé ahora el art. 33.1 LRJSP y entonces el art. 140.1 de la Ley 30/1992.

[88] De un supuesto de este tipo se ocupa la STS 267/2025, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:992), si bien en el marco peculiar del art. 105.2 LJCA: resolución del tribunal de recursos contractuales de una comunidad autónoma que anula un acto municipal y que impone al ayuntamiento una solución que luego se comprueba ilegal y dañosa.

entre todas las Administraciones implicadas. Pero es una solidaridad con peculiaridades.

Para empezar, esta solidaridad rige incluso en el supuesto de que el daño fuese imputable a la actuación de una sola de las Administraciones que acometen la operación conjunta. Más aún: el perjudicado no tiene la gravosa carga de identificar cuál o cuáles han contribuido a causar el daño. Le basta acreditar que el daño lo ha causado la operación administrativa conjunta[89] y, si es así, todas responden solidariamente.

En segundo lugar, la reclamación en vía administrativa no puede dirigirse a cualquiera de las Administraciones solidarias ni cualquiera de ellas es competente para pronunciarse sobre la responsabilidad de las demás ni sobre la de ella misma. La competente es la que digan «los Estatutos o reglas de organización colegiada» y, si nada disponen, como es habitual, la que tenga «mayor participación en la financiación del servicio» (art. 33.3 LRJSP). Y esa única Administración competente en ese único procedimiento de responsabilidad deberá «consultar» a las restantes. Repárese en que no se dice que las otras Administraciones sean interesadas y que tengan derechos como tales, entre ellos, el de audiencia, sino que serán «consultadas», que significa otra cosa.

Lo que, partiendo de que el daño se ha producido a causa de una operación conjunta, esa única Administración competente debe resolver es si se dan los requisitos de la responsabilidad y el montante de la indemnización. Declarará la responsabilidad solidaria de todas las Administraciones partícipes en la operación conjunta. Pero no tiene que entrar en si el daño lo causó una concreta o concretas Administraciones ni, menos aún, qué parte de indemnización corresponde a cada una[90].

[89] Sostengo que cuando el art. 33.1 LRJSP dice que «las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, *en todo caso*, de forma solidaria» no quiere decir solo que el convenio o «instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta» no puede alterar la regla de la solidaridad, sino también que hay solidaridad de todas las Administraciones partícipes de la operación conjunta, incluso aunque eventualmente la acción generadora del daño no fuera imputable a todas las Administraciones involucradas. De este modo, se asemeja a la solidaridad que ha declarado la STJUE en su sentencia de la STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol*, que después sintetizaré.

[90] El Consejo de Estado en su Memoria de 2002 dijo: «La procedencia de estimar la reclamación puede declararse con determinación simultánea de la obligación indemnizatoria que pesa sobre cada una de las Administraciones concernidas». Pero no lo consideró imprescindible: «si cualquier dificultad o discrepancia impide o hace inconveniente tal determinación simultánea, no cabe legítimamente postergar la declaración pertinente respecto de la pretensión del reclamante y su ejecución, con independencia de que entre las Administraciones concurrentes exista acuerdo o discrepancia». Yo creo que no debe hacerlo, que eso supone meterse en un embrollo que complicará innecesariamente el procedimiento, la resolución y su impugnación.

Si la Administración que resuelve declara la responsabilidad, ella estará obligada a pagar toda la indemnización que haya fijado, sin perjuicio de que después vaya contra las otras para exigirles lo que les corresponda.

Dictada tal resolución, esas otras Administraciones, aunque no se declare una concreta obligación suya, pueden interponer contencioso contra tal resolución si creen que no se dan los requisitos de la responsabilidad declarada: están legitimadas porque ya se declara allí que, junto con otras, son responsables solidarias y porque a la postre esa resolución supondrá probablemente que hayan de correr con parte de la indemnización.

Por supuesto, también el perjudicado puede recurrir la resolución tanto si le niega toda indemnización como si la otorgada le parece insuficiente. Tampoco en el contencioso tiene que identificar a una o varias concretas Administraciones causantes del daño. Necesariamente será demandada la Administración autora de la resolución, pero las otras deberán ser emplazadas y podrán personarse como codemandadas en defensa de la resolución impugnada.

Lo que la sentencia que anule la resolución administrativa podrá declarar es similar a lo que pudo decidir la Administración en la vía previa: condenará solidariamente a las Administraciones que participan en la actuación conjunta generadora del daño al pago de la indemnización; pero no se pronunciará sobre si hay una concreta o concretas Administraciones causantes del daño, menos todavía sobre el reparto de cuotas.

Esa sentencia podrá ejecutarse forzosamente por el importe total de la indemnización contra cualquiera de las Administraciones implicadas, pues, en principio, se estará en el supuesto del art. 542.3 LEC (no en el del art. 542.1 LEC).

Como decía, se trata de una solidaridad con peculiaridades porque, a diferencia de lo que sucede de ordinario, el perjudicado no puede dirigirse a su elección contra cualquiera de los deudores (como permite el art. 1144 CC) y porque hay un cauce especial para hacerla efectiva.

2. Régimen para los supuestos de artículo 33.2 LRJSP

Para el resto de los supuestos, que son la mayoría, dice el art. 33.2 que «la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención». No llega a decir que se trate de un supuesto de mancomunidad, pero a ello parece asimilable. Por tanto, habrá tantas obligaciones como Administraciones hayan causado el daño. Y para reclamar cada una de ellas, el dañado deberá presentar una reclamación ante cada una de las Administraciones causantes del daño y después, en su caso, interponer diversos

contencioso-administrativos en cada uno de los cuales será demandada una de las Administraciones. Si ello es ya una complicación insufrible, súmese que en cada una de esas reclamaciones administrativas y en cado uno de los posteriores contenciosos deberá haber cuantificado la parte de indemnización que estima correspondiente a cada Administración; ello en función de «los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención», criterios extremadamente vagos que comportan una operación arriesgadísima: el particular dañado no estará en disposición de hacer ese reparto (en realidad, ni los varios jueces que finalmente tuvieran que resolver cada uno de esos contenciosos podría hacerlo con mínima seguridad), pero si se equivoca (porque distribuye mal o porque alguna de las Administraciones que eligió finalmente resulta irresponsable) perderá irremisiblemente una parte de la indemnización[91]. La solución de la mancomunidad, que genera al perjudicado tantas dificultades prácticamente insuperables, es pésima.

Ante ello, bien puede aceptarse la aplicación del último inciso del art. 33.2 LRJSP: «La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación». Aunque el precepto presenta la solidaridad como solución subsidiaria o residual, es la que procederá con normalidad, salvo rarísimas excepciones. Solidaridad más que razonable y coincidente, según antes ya he recordado, con la de la jurisprudencia civil que, pese al art. 1137 CC, acepta la solidaridad en la responsabilidad extracontractual cuando varios sujetos causan el daño.

Volvemos, pues, a la solidaridad. Así que habrá solidaridad en todos los casos del art. 33.1 y en casi todos los del art. 33.2 LRJSP[92]. De hecho, los tribunales suelen aceptar la solidaridad sin mayores disquisiciones[93].

---

[91] Todo un embrollo que sumiría al dañado en la melancolía, cuando no en la desesperación. Lo comprendió así la Memoria del Consejo de Estado de 2002 que para los supuestos de mancomunidad dijo: «los criterios legales (los de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención) pueden ser inicialmente ponderados por el lesionado a efectos de determinar la Administración a la que se dirige y para articular incluso su pretensión. Pero tal valoración y el seguimiento de una actuación coherente con ella no constituyen una carga que pese sobre el particular lesionado, el cual puede proceder según le dicte su buen juicio y a la vista de las apariencias, siendo cuestión a dilucidar entre las Administraciones responsables la relativa a la posición en que cada una queda situada por el juego de aquellos principios. Deducida la reclamación, por tanto, la Administración ante la que se presente (o la que, a requerimiento de la misma, asuma la sustanciación del procedimiento) deberá oír a las demás Administraciones, pudiendo producirse en el seno del procedimiento la determinación concordada de la obligación indemnizatoria de cada una...». No era mala solución. Pero en absoluto es la consagrada por la ley.

[92] Dice LÓPEZ MENUDO, F., al comentar el art. 140 en la obra colectiva SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., *Comentarios a la Ley 30/1992*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 897, que el legislador debiera haber establecido como regla general la solidaridad. Muy cierto. Y lo que añado es que, aunque no lo haya hecho así, en la práctica todo funciona generalmente de esa forma.

[93] Por ejemplo, la STS de 17 de febrero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:549). Una piedra del castillo de Calatañazor causó la muerte a un viandante. Se reclamó la indemnización a la Administración del Estado, a la autonómica y a la municipal. Esta última fue absuelta. Las dos primeras fueron condenadas

Ahora bien, se trata de una solidaridad solo entre las Administraciones que en alguna medida hayan causado el daño. No como en el caso del art. 33.1 LRJSP, en el que la solidaridad se da entre una serie de Administraciones que participan en una operación conjunta, con independencia de que individualmente hayan contribuido a su producción.

Para esta solidaridad en los supuestos del art. 33.2 no hay ninguna regla adicional en la LRJSP. Recuérdese que, según su propio tenor literal, los apartados 3 y 4 de ese mismo artículo solo son aplicables en los supuestos del art. 33.1. Así que ahora nos encontramos con una solidaridad que debe desplegar sus efectos normales sin que la LRJSP introduzca ninguna matización ni regla complementaria. Por tanto, el perjudicado puede elegir entre ir contra una sola de las Administraciones causantes del daño o contra todas o varias de ellas. Consecuentemente, no hay litisconsorcio pasivo necesario de todas las Administraciones causantes del daño (art. 12 LEC). Ese litisconsorcio es solo una posibilidad. Eso, mezclado con el requisito de la vía administrativa previa y, en su caso, posterior contencioso, comporta lo siguiente:

• Si el perjudicado opta por la primera posibilidad, o sea, por ir contra una sola de las Administraciones:

- Puede presentar su reclamación ante cualquiera de las Administraciones causantes del daño. No tiene que ser la que más haya contribuido a causarlo. Tampoco tienen que ser «la fijada en los estatutos o reglas de organización colegiada» ni ante la que tenga «mayor participación en la financiación del servicio». No solo porque eso viene impuesto en el art. 33.3 LRJSP que aquí no es de aplicación, sino porque en los casos del art. 33.2 no habrá aquellas reglas ni una Administración que financie en mayor medida un servicio común.

- Esa Administración elegida libremente por el dañado deberá resolver sobre el derecho a indemnización del reclamante y sobre su cuantía total. Para ello, podrá tener en cuenta todas las actuaciones de las diversas Administraciones involucradas, pero no deberá resolver sobre la responsabilidad de todas ellas ni dividir la indemni-

solidariamente: la Administración del Estado, porque el castillo era bien patrimonial suyo; la autonómica, por sus competencias en materia de conservación del patrimonio histórico. Lo que ahora me interesa es que sería uno de los casos en que la LRJSP (la Ley 30/1992 en aquel momento) prevé en principio responsabilidad mancomunada (no había convenio ni nada similar). Pero la STS no se plantea siquiera esa posibilidad y condena solidariamente sin más explicaciones. Otras veces hay una afirmación apodíctica sobre la imposibilidad de establecer cuotas. Así, la STS de 21 de enero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:113). Se concedió indemnización por daños morales a quien cursó unos estudios de formación profesional instaurados con tales irregularidades que no se le pudo otorgar título oficial. Se reconoce la responsabilidad de la Administración autonómica, que creó esos estudios, y de la Administración estatal por sus competencias en la materia. Y se establece la solidaridad entre las dos con solo decir: «por no ser posible hacer la determinación a que se refiere el artículo 140.2 de la Ley 30/1992 (hoy art. 33.2 LRJSP), hemos de afirmar, aplicando este precepto, que la responsabilidad de aquellas dos Administraciones es solidaria».

zación en cuotas. Solo decidirá sobre su propia responsabilidad y, si la aprecia, decidir sobre la cuantía total de la indemnización. Insisto: sobre la cuantía total, no sobre la cuota que crea que le corresponde. Ello sin perjuicio de que vaya después contra las otras Administraciones responsables para exigirles la parte de indemnización que les corresponda.

- En ese procedimiento, como la resolución no va a condenar a otras Administraciones al pago de cantidad alguna, no es obligatorio considerar a éstas como interesadas, salvo que voluntariamente se personen como tales. La Administración que tramite el procedimiento podrá acordar como acto de instrucción pedir informe a las otras (incluso quizá hacerlo en virtud del art. 81.1 LPAC) o consultarlas (como prevé el art. 33.4, aunque no es directamente aplicable a este caso, sino solo a los del art. 33.1). Pero eso no supone considerarlas interesadas necesarias.

- Si la resolución es desestimatoria, en el posterior contencioso-administrativo el interesado podrá pedir la anulación de esa resolución y la condena de esa Administración a pagar toda la indemnización. Pero ¿podrá también demandar a las otras Administraciones que considera causantes del daño? ¿podrá la sentencia condenarlas solidariamente? El TS responde negativamente. Según su jurisprudencia, el lesionado solo podrá demandar a las Administraciones ante las que previamente haya presentado reclamación de modo que haya un acto de ellas que impugnar (o un silencio negativo). Si no lo hizo así, en el contencioso solo se podrá demandar a la Administración ante la que se planteó la reclamación[94]. Creo que es desacertada esa

[94] Esta jurisprudencia quedó plasmada en los brevísimos AATS de 28 de septiembre y 5 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:14009A y 14106A). En ambos, el perjudicado presentó reclamación previa solo ante la Administración del Estado y no ante la Administración autonómica a la que también consideraba responsable. Pero después demandó a las dos y suplicó la condena solidaria de ambas a pagar la indemnización. Estos autos lo rechazan con este parco razonamiento: si ni no se ha presentado reclamación individualizada ante la comunidad autónoma falta «el presupuesto previo para impugnar jurisdiccionalmente un acto inexistente, por lo que, al margen y con independencia de la eventual responsabilidad de dicha comunidad, procede, la inadmisibilidad de este recurso respecto de la tan citada comunidad por inexistencia de acto impugnable [artículo 69.c) LJCA]». Con ese fundamento, no es que declare la total inadmisibilidad del recurso (puesto que era admisible respecto a la Administración estatal), sino solo su inadmisibilidad respecto a la Administración autonómica por inexistencia de acto administrativo impugnable. En el mismo sentido, y con más fundamentación, AATS de 19 de mayo y 21 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:6623A y 9675A): «… es un presupuesto obligatorio formular reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa ante la Administración contra la que se pretende ejercitar la acción (…) antes de presentar el recurso en la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, en este caso, la recurrente ha incumplido dicho presupuesto previo y obligatorio». Además, invocan la STS de 26 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4566) que dijo: «el hecho de que la parte entienda concurrente un supuesto de responsabilidad solidaria entre varias Administraciones, no le exonera de formular la reclamación en tal concepto, es decir, frente a las Administraciones que considere responsables, y sólo entonces entran en funcionamiento las previsiones (…) sobre la determinación de la Administración competente para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento y sobre la consulta a las Administraciones públicas implicadas».

jurisprudencia[95]. Pero hoy por hoy parece consolidada. Y solo cabe apuntar que, al menos, esa única Administración, si realmente se la considera responsable, podrá ser condenada en sentencia a pagar toda la indemnización, sin perjuicio de su acción de regreso en la que ya nada tendrá que decir el perjudicado.

- La sentencia que se dicte no tendrá efectos de cosa juzgada para las Administraciones que no hayan sido parte. Además, no podrá ser objeto de ejecución forzosa respecto a ellas, sino solo respecto a la demandada (art. 542.1 LEC).

• La otra opción del acreedor de obligaciones solidarias, o sea, la de ir contra varias o todas las Administraciones causantes del daño, aunque no del todo cerrada, queda condicionada, según la jurisprudencia recién aludida, a que se haya planteado en vía administrativa una reclamación contra cada una de ellas, lo que la complica sobremanera[96].

[95] Ello, porque es contraria a la misma esencia de la solidaridad y porque da demasiado peso y rigorismo al requisito del acto previo. Me parece muy superior la solución contraria que acogió la impecable STS de 15 de noviembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:20198) sobre la indemnización pedida por los daños debidos a un plan de urbanismo aprobado provisionalmente por el ayuntamiento y definitivamente por la comunidad autónoma. La reclamación administrativa se presentó solo ante la comunidad autónoma, no ante el ayuntamiento, pero luego en el contencioso se pretendía la condena de éste. La sentencia, con una argumentación modélica, concluyó que había responsabilidad solidaria de ayuntamiento y Administración autonómica. Y, ante la dificultad que surgía por no haber presentado reclamación previa ante el ayuntamiento y por pedir en el contencioso la condena de éste, dijo: «La solidaridad señalada ha de producir una matización en las exigencias del privilegio de la decisión previa (…) que quedarán cubiertas con el traslado al municipio del recurso de reposición interpuesto ante la comunidad autónoma…». Por tanto, basta con dar participación a una Administración en la vía administrativa seguida ante otra para que aquélla, aunque no haya dictado un acto previo, pueda ser condenada en la sentencia.

Sea como fuere, es seguro que, en el peor de los casos, esta jurisprudencia será de aplicación en los supuestos del art. 33.2, nunca en los del art. 33.1 LRJSP, pues para ellos está expresamente previsto que se presenta una única reclamación ante una única Administración (art. 33.3 LRJSP), como ya se ha explicado.

[96] Además, tendrá que impugnar varios actos de diversas Administraciones (cada una de las resoluciones de los procedimientos de responsabilidad previamente instados) que con frecuencia corresponderán a juzgados y tribunales diferentes. Para tal hipótesis, el ATS 11/2025, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:4909A), declara que la competencia recae en el «órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial (vid., entre otras, STS de 4 de diciembre de 2009, CC 65/2009)».

Nos encontramos, pues, con una solidaridad, como en los casos del art. 33.1 LRJSP. Pero con una solidaridad que, a falta de reglas específicas, resulta de ejercicio más difícil.

4. Acción de regreso de la Administración pagadora, o de su aseguradora, contra las otras Administraciones responsables solidarias

En todos los casos de solidaridad, sean los del apartado 1 o los del apartado 2 del art. 33 LRJSP, una sola de las Administraciones responsables del daño puede haber pagado el total de la indemnización (sea porque así lo decide, sea porque se le impone judicialmente). Y en todo caso puede repetir en parte contra las otras Administraciones causantes del daño (art. 1145.2º CC). Según el TS, en ese contexto las otras Administraciones, aunque frente al dañado eran obligadas solidarias, ahora, frente a la Administración pagadora, tienen obligaciones mancomunadas, o sea, cada una debe solo la cuota que le corresponda. Para fijar la cuota de cada una habrá que atender a lo que prevea «el instrumento regulador de la actuación conjunta» o simplemente a la mayor o menor relevancia causal de la actuación de las diversas Administraciones (art. 33.1 y 2 LRJSP). Pero cuando esto no resulta posible, las cuotas serán iguales, conclusión para la que el TS invoca el art. 1138 CC[97].

La cuestión es si para ejercer esa acción de regreso la Administración pagadora debe hacerlo ante la jurisdicción civil o si, por el contrario, puede seguir un procedimiento administrativo en el que, con la intervención como interesadas de esas otras Administraciones, dicte resolución ejecutiva que fije la cuota que corresponde a cada una de ellas, resolución que cada una de esas Administraciones podría impugnar en lo contencioso-administrativo[98]. Es decir, lo que se plantea es si en este caso la Administración pagadora tiene autotutela declarativa y, por ende, potestad para dictar un acto administrativo que, con presunción de validez y ejecutividad, declare y cuantifique las obligaciones para con ella de las otras Administraciones responsables solidarias. Aun con las muchas dudas que la cuestión suscita, sostengo que, como en nuestro ordenamiento la autotutela administrativa es una regla general que no

[97] Así lo declaran las SSTS 1653/2019, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3852) y 256/2020, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:528), ambas relativas a un supuesto de responsabilidad de la Comunidad de Madrid, del Ayuntamiento de Colmenar Viejo y del de Tres Cantos por los daños que causó la aprobación de un plan de urbanismo, y en las que se estima que cada una de esas Administraciones debe pechar con una tercera parte de la indemnización.

[98] El ATS de 21 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:13031A) admitió una casación en la que la cuestión de interés era precisamente la que nos ocupa: si la Administración pagadora de una obligación solidaria puede declarar por sí o debe ir a la jurisdicción civil para reclamar la parte que corresponda a los otros deudores solidarios. Pero la STS 1372/2023, de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2023:4214), que resolvió esa casación, no da respuesta a la cuestión porque antes el acto por el que se liquidaba la obligación fue anulado por razones completamente distintas (caducidad) a lo que aquí nos incumbe.

necesita consagración para cada materia concreta y como aquí no se ha establecido ninguna excepción, cabe que la Administración que pagó toda la indemnización declare, tras seguir procedimiento administrativo con intervención de esas otras Administraciones, en una resolución las obligaciones de esas otras Administraciones, sin que deba acudir como demandante a la jurisdicción civil[99]. Después podrá proceder a su ejecución forzosa[100]. Ello, claro es, con la posibilidad de que esas otras Administraciones recurran en contencioso-administrativo la resolución que las condena a pagar parte de la indemnización.

Distinta es la situación si, en vez de una de las Administraciones responsables, paga al lesionado toda la indemnización su compañía aseguradora y es ésta la que trata de reclamar a las otras responsables solidarias la parte de indemnización que les corresponda. Evidentemente, aquí no habrá ni asomo de autotutela que, claro está, no tiene la aseguradora. Y tampoco cabe decir que esa aseguradora esté ejerciendo una acción de responsabilidad contra la otra u otras Administraciones responsables, una acción de responsabilidad que debiera ejercer en vía administrativa y contencioso-administrativa. Nada de eso. Lo que estará ejerciendo, aunque con legitimación derivada, será puramente la acción del art. 1145.2º CC y ello, según entendió el ATS, Sala de Conflictos, 6/2018, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:3205A), debe instarlo ante los jueces civiles. En el caso, se partía ya de una sentencia contencioso-administrativa que condenó solidariamente al Gobierno de Aragón y al Ayuntamiento de La Almunia de Doña Godina. Pero fue Zúrich, aseguradora del Gobierno de Aragón, la que, aunque no había sido condenada por la sentencia, pagó todo y luego demandó al ayuntamiento exigiéndole parte de la indemnización. Dice el ATS:

«Así las cosas, dada la naturaleza de la acción ejercitada, que tiene su fundamento en el art. 1145 CC (…) la controversia ha de residenciarse en el ámbito de

[99] Esta solución encuentra respaldo en la STS 256/2020, de 21 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:528). En realidad, el caso era distinto. Lo que hizo la Administración que había pagado toda la indemnización (la Comunidad de Madrid) no fue dictar un acto administrativo por el que exigiera a las otras (dos ayuntamientos) su cuota. Lo que hizo fue requerirles el pago con invocación del art. 1145 CC y, tras la negativa de éstas, recurrir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa esas negativas. Esta STS lo acepta. Y lo hace con argumentos que, pese a la extraña forma en que procedió la Administración que había pagado toda la indemnización, valen para apoyar la solución propuesta en el texto. Dice: «La acción de repetición ha de deducirse en vía contencioso-administrativa en tanto implica a tres Administraciones públicas, tiene su origen en una sentencia del orden jurisdiccional contencioso en relación con actuaciones administrativas y su finalidad es el cobro de una cantidad —ya satisfecha por una de las tres Administraciones concernidas— a cuyo pago fueron condenadas, en concepto de indemnizaciones de daños y perjuicios causados por un acto administrativo (…) lesivo a los intereses de sus propietarios». Y luego formula su conclusión en estos términos: «La acción de regreso del deudor que hubiera satisfecho la deuda en su integridad contra los codeudores ha de deducirse en vía contencioso-administrativa».

[100] Se acepta hoy que una Administración puede ejercer sus potestades de ejecución forzosa, al menos, la de la vía de apremio, contra otras. Sobre todo, la STS 1245/2021, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:4035).

la jurisdicción civil (…) Nos encontramos ante una Administración pública que no es demandada en función de (…) responsabilidad patrimonial de la Administración (que ya fue decidida), sino en virtud de un pago (…) como consecuencia de una condena solidaria contenida en un precedente pronunciamiento judicial firme».

5. Supuestos en que no es de aplicación el artículo 33 LRJSP y peligros que comportan

Hay casos en que, pese a la participación de varias Administraciones, no cabe aplicar el art. 33 LRJSP ni son subsumibles en ninguno de los dos supuestos que contempla. Así sucede cuando varias Administraciones han creado una persona jurídica (un consorcio, una mancomunidad de municipios, una sociedad mercantil cuyo capital es de varias Administraciones). Si esa persona jurídica causa un daño, la responsable será únicamente ella y no tiene sentido aplicar lo previsto para los daños causados por varias Administraciones. Asimismo, si el daño derivase de la actuación de uno de los órganos colegiados en que se integran representantes de varias Administraciones, ese órgano, pese a todo, estará integrado en una sola Administración (art. 15.2 LRJSP) y será esa Administración la única responsable[101].

Pero el caso más problemático y sobre el que conviene llamar la atención se da cuando, pese a participar varias Administraciones, la causa del daño es atribuible a una sola de ellas. En tal caso, se niega que haya solidaridad[102]. Por lo pronto, eso debe quedar limitado a los casos del art. 33.2 LRJSP y de ninguna forma a los del art. 33.1, porque en estos, según ya se ha explicado, la solidaridad de todas las Administraciones participantes en operaciones conjuntas se produce por ese mero hecho sin que importe que hayan incurrido en actuaciones productoras del daño. Pero, incluso circunscritos a los supuestos del art. 33.2 LRJSP, no es nada fácil distinguir estos supuestos de aquéllos en que sí que hubo contribución causal de varias Administraciones[103]. Por lo menos, no lo será en principio para la víctima que puede creer

[101] En contra, MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 175).

[102] Buen ejemplo ofrecen dos SSTS de 23 de noviembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:7418 y 7447) sobre el mismo daño: en una se absuelve a la Administración del Estado porque se limitó a autorizar al ayuntamiento para que iniciara el expediente, pero no llevó a cabo la explotación ni la sacó a licitación ni obtuvo beneficios ni autorizó ocupaciones concretas; y en la otra se condena al ayuntamiento a pagar la indemnización. Se afirma que «la Administración legitimada para soportar la reclamación es la municipal y (…) por consiguiente, no concurre la responsabilidad solidaria de ambas Administraciones». Asimismo, STS de 10 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7718): ante un accidente en el puerto de Denia, se consideró que la responsable era la Administración autonómica, no la estatal: «no existió una actuación conjunta que permitiera una condena solidaria» y por ello «era imposible aplicar el art. 140 de la Ley 30/1992» (hoy art. 33 LRJSP).

[103] Y hasta puede detectarse una tendencia de los tribunales a buscar una única Administración causante del daño y responsable de la indemnización, como indica MUÑOZ MACHADO, S. (1998:150): «… nuestra jurisprudencia (…) tiende siempre a elegir a una Administración y desentenderse de las de-

por los indicios que varias Administraciones produjeron el daño, aunque después se compruebe que, en realidad, a una sola es atribuible. Si pese a creer que había responsabilidad solidaria presentó reclamación ante la que realmente era responsable única y si después demandó a ésta en el contencioso-administrativo, su error no tendrá graves consecuencias: en una u otra vía conseguirá que se reconozca su derecho a indemnización y que se condene a pagarla en su totalidad a esa única responsable. Pero si yerra en su elección, su equivocación tendrá consecuencias fatales: la Administración contra la que se dirigió será absuelta por no haber causado el daño y la verdadera responsable no será condenada porque ni hay acto administrativo previo de ella ni, según la jurisprudencia, puede ser demandada sin ese acto previo[104]. Creo que esta situación es injusta, que lo importante debiera ser que el particular, basándose en las apariencias, crea que hay solidaridad y que, después, si solo una de las Administraciones es responsable y si ha podido defenderse en el proceso, pudiera ser condenada en sentencia al pago de toda la indemnización. Pero la jurisprudencia actual no lo permite. Así que, en la práctica, en caso de duda, es recomendable plantear reclamaciones administrativas ante cada una de las posibles responsables, por engorroso que esto resulte.

6. Responsabilidad concurrente de Administraciones nacionales y Unión Europea

La competencia para resolver sobre obligaciones indemnizatorias extracontractuales de las instituciones de la Unión Europea corresponde en exclusiva a los tribunales de la Unión (art. 268 TFUE). Pero compete a las jurisdicciones nacionales conocer de los litigios que versen sobre responsabilidad de las autoridades de los

más…». Y él mismo, p. 171, se muestra partidario de reducir los supuestos de solidaridad. Esa tendencia se ve claramente en la STS de 23 de noviembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:7418). Dice, con afirmación luego repetida por otras, que en casos de concurrencia de Administraciones «se impone atribuir legitimación pasiva a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño». O sea, se impone a atribuir la responsabilidad a una sola de las Administraciones, la que tenga más relevancia causal, y eximir a las demás, aunque también hayan contribuido a producir el daño.

[104] Lo ejemplifica la STS de 26 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4566). El perjudicado, que vio ocupados sus terrenos por extralimitación de lo expropiado, pidió la responsabilidad solidaria de un ministerio y de un ayuntamiento. Pero solo presentó su reclamación ante el ayuntamiento. La sentencia dice que el ayuntamiento se limitó a proporcionar parte de los terrenos mediante expropiación y que fue el ministerio quien elaboró el proyecto y lo ejecutó: «… es claro que la extralimitación en la ocupación de terrenos propiedad de la actora no es imputable al ayuntamiento»; «no se está, por lo tanto, en el caso de la responsabilidad solidaria». Como el perjudicado solo había presentado su reclamación ante el ayuntamiento, como este desestimó la reclamación y como solo se recurrió en el contencioso esa resolución municipal, la sentencia simplemente desestimó el recurso y ni se condenó al ayuntamiento (por no ser el causante del daño) ni al ministerio (por no haberse planteado reclamación ante él).

Estados miembros, aunque el daño lo hayan causado en aplicación del derecho de la Unión Europea[105] e incluso cuando actúen como Administración indirecta de la Unión. Así que «ni el TJUE es competente para declarar la responsabilidad extracontractual de un Estado miembro ni los tribunales nacionales son competentes para declarar la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión»[106]. Además, esos tribunales resuelven en aplicación de reglas materiales diferentes: el TJUE conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 340 TFUE y los tribunales nacionales conforme a lo que disponga el derecho de su respectivo Estado, salvo que se trate de incumplimiento del derecho de la Unión. Por tanto, «no hay un foro judicial común en el que puedan suscitarse los contenciosos de responsabilidad que implican al mismo tiempo a las autoridades comunitarias y a las internas»[107].

Por otra parte, con frecuencia la jurisprudencia europea acoge la teoría de la causalidad exclusiva, esto es, que solo declara la responsabilidad de las instituciones europeas cuando «su conducta sea la única fuente de producción del daño»[108]. Con esa premisa es imposible hablar de responsabilidad concurrente de las autoridades nacionales y de las europeas porque si ambas contribuyeron a causar el daño, por eso mismo ya queda excluida la responsabilidad de éstas.

Incluso cuando no se acoge la teoría de la causalidad exclusiva y se acepta la posible concurrencia causal de autoridades europeas y nacionales, el TJUE solo acepta que se acuda a él en petición de condena de las instituciones europeas por responsabilidad cuando previamente los tribunales nacionales no han dado ya una satisfacción plena a la pretensión indemnizatoria. Por eso, «ha inadmitido reiteradamente los recursos interpuestos contra la Unión si previamente los recurrentes no habían agotado la vía nacional» de modo que, lo que podría ser una responsabilidad solidaria, se ha convertido en el mejor de los casos en una responsabilidad subsidiaria de las instituciones europeas[109].

---

[105] Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 192-194).

[106] ACOSTA PENCO, T., «Responsabilidad patrimonial en casos de actuaciones conjuntas entre agencias europeas y Estados Miembros», *RAAP*, n.º 118, 2024, p. 157.

[107] MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 221).

[108] ACOSTA PENCO, T. (2024: 154). Aunque la autora también apunta algunas SSTJUE que se apartan de esa teoría en favor de la «teoría de la causa suficientemente directa» (que no excluye la responsabilidad de las instituciones europeas cuando haya otras causas además de las debidas a ellas), explica que la de la teoría de la causa exclusiva es de aplicación frecuente. En concreto, razona que es la que late en la STG de 6 de septiembre de 2023, *WS y otros c. Frontex*, Asunto T-600/21, donde se negó la responsabilidad de Frontex porque los daños sufridos por los reclamantes se debían, al menos en parte, a la actuación de las autoridades griegas y a la de las propias víctimas.

[109] ACOSTA PENCO, T. (2024: 157). Igualmente, MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 211): se sitúa a la Unión «en un segundo plano, residual o subsidiario (…) no hay rastro en esta doctrina de la concepción solidaria». Además, explica el mismo autor en pp. 224 a 228, tampoco es fácil articular acciones de regreso

Para lo que aquí nos incumbe, lo expuesto comporta que quien se considere lesionado por las Administraciones españolas, aunque entienda que también contribuyó a causar el daño alguna institución europea, debe ejercer su acción contra aquéllas por las vías generales (reclamación administrativa ante la Administración española correspondiente y, en su caso, contencioso-administrativo en que esa misma Administración será demandada) sin singularidades notables. Más dudoso es si las Administraciones españolas podrán invocar con éxito para aminorar su responsabilidad la contribución causal de las instituciones europeas, lo que, de resultar posible, supondrá para el perjudicado la gravosa carga de tener que presentar una posterior reclamación contra las instituciones europeas para conseguir el resto de la indemnización.

Pero algunas normas de la Unión y la jurisprudencia a que han dado lugar abren vías más halagüeñas. Es el caso del Reglamento (UE) 2016/794 de 11 de mayo de 2016 sobre Europol y de su interpretación por la STJUE de 5 de marzo de 2024, *Kočner c. Europol*, asunto C-755/21 P (ECLI:EU:C:2024:202)[110].

Ese Reglamento de Europol dice en su considerando 57: «Puede darse el caso de que para la persona física afectada no esté claro si los daños sufridos como resultado de un tratamiento ilegal son consecuencia de la acción de Europol o de un Estado miembro. Por consiguiente, Europol y el Estado miembro en que se haya producido el hecho generador de los daños deben ser responsables solidarios». Y su art. 50.1 dispone: «Cualquier persona física que haya sufrido un daño como consecuencia de una operación de tratamiento ilícita tendrá derecho a recibir una indemnización por el daño sufrido, bien de Europol de conformidad con el artículo 340 del TFUE, bien del Estado miembro en que se haya producido el hecho que originó el daño de conformidad con su derecho nacional. El interesado deberá interponer una acción contra Europol ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o contra el Estado miembro ante un tribunal nacional competente de ese Estado miembro**».** El art. 50.2 instaura una vía para que Europol y el respectivo Estado miembro involucrado se repartan la indemnización que en principio haya satisfecho en su totalidad cualquiera de ellos.

La referida STJUE de 5 de marzo de 2024 se enfrentó con la reclamación del Sr. Kočner a Europol de una indemnización por la divulgación de datos personales (los de contenido íntimo almacenados en su teléfono móvil) y por incluirlo en una «lista de mafiosos». Según la STJUE, en contra de lo defendido por Europol y por la sentencia de instancia del TG, el art. 50 del Reglamento consagra una responsabilidad solidaria que permite al perjudicado pedir la indemnización por todos los daños sufridos tanto a Europol ante los tribunales de la Unión como al Estado miem-

para que las autoridades condenadas exijan una parte de la indemnización abonada a las otras que contribuyeron a causar el daño.

[110] Sobre ello, vid. ACOSTA PENCO, T. (2024:157-159).

bro ante sus tribunales (aps. 56 a 71). Y tan relevante como ello es que esta STJUE permite ejercer con éxito esas acciones sin determinar cuál de esas dos autoridades que colaboran en una determinada operación conjunta ha causado el daño. Parte de que con frecuencia «una persona física perjudicada por un tratamiento ilícito de datos no puede determinar si su perjuicio es imputable a la actuación de Europol o a la de un Estado miembro con el que esta ha cooperado» (ap. 58). Pero «únicamente debe acreditar que se ha producido un tratamiento ilícito de datos en el contexto de una cooperación entre Europol y un Estado miembro» (ap. 74). Esto, es, «no puede exigirse a esa persona que demuestre a quién –Europol o el Estado miembro de que se trate– resulta imputable el daño o que demande a esas dos entidades para obtener la reparación íntegra de su daño» (ap. 76); «se dispensa a la persona física afectada de la carga de determinar la identidad de la entidad cuyo comportamiento causó el daño alegado» (ap. 79); «basta con que esa persona demuestre que, con motivo de la cooperación entre Europol y el Estado miembro de que se trate en virtud de dicho Reglamento, se ha efectuado un tratamiento ilícito de datos que le ha causado un perjuicio, sin que sea necesario que demuestre, además, a cuál de esas dos entidades es imputable el tratamiento ilícito» (ap. 81). Cosa distinta es que, después, en el cauce del art. 50.2 del Reglamento, quien haya pagado sí que pueda demostrar que la ilicitud es enteramente imputable a la otra parte y que le reclame toda la indemnización satisfecha. Así, en suma, se establece una solidaridad que realmente facilita la situación del perjudicado sin embarcarlo en arduas y arriesgadas conjeturas sobre la autoridad que incurrió en la conducta desencadenante del daño.

Para lo que aquí más directamente nos interesa, concluyamos que, si existe una normativa de la Unión como la que contiene el Reglamento de Europol, el perjudicado que se considere dañado en una operación de colaboración entre una Administración española y la europea podrá optar entre exigir la indemnización completa a aquélla (en vía administrativa y posterior contencioso-administrativa) o a ésta, haciéndolo directamente ante los tribunales de la Unión; ello sin plantearse cuál de las dos causó realmente el daño.

VI. PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN ANTE DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS EN EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Cuestiones que se suscitan. El reparto de responsabilidad entre Administración y contratista

Los daños causados a terceros en la ejecución de contratos de la Administración suscitan tres cuestiones:

Primera, quién ha de responder, la Administración contratante o el contratista.

Segunda, qué régimen material tiene en esos casos la responsabilidad. La duda surge respecto a la responsabilidad del contratista; o sea, si se acepta que el contratista es el responsable, ¿su responsabilidad será la regulada por el derecho civil o la regulada por el derecho administrativo?

Y, tercera, cómo se exige esa responsabilidad. En concreto, si el responsable es el contratista, ¿es necesario procedimiento administrativo? ¿Es competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa o de la civil?

De esas tres cuestiones, la que nos corresponde afrontar aquí es la tercera. Pero para abordarla, es necesario decir algo de las otras dos.

Para dar respuesta a la primera cuestión hay que partir del art. 196.1 y 2 LCSP: el contratista debe «indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato» (apartado 1); no obstante, la obligación indemnizatoria recaerá sobre la Administración contratante «cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración», así como cuando sean «consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras» (apartado 2)[111]. Pese a que esos dos supuestos son los únicos para los que se establece la responsabilidad de la Administración contratante, ha habido intentos de ampliarla. Así, me parece aceptable que también sea responsable la Administración cuando el daño derive de la misma decisión de realizar el contrato[112]. Se puede admitir incluso que sea responsable la Administración cuando el daño, aunque causado por el contratista, pudiera y debiera haber sido evitado por la Administración si hubiera ejercido correctamente su potestad de control y corrección del contratista, esto es, ante casos de grave culpa *in vigilando*[113]. Por el contrario, no creo que haya base para admitir la

[111] Concordantes en esencia con este art. 196 son otros de la misma LCSP relativos a contratos específicos. Así, para el de concesión de obras, art. 258.e); para el de concesión de servicios, art. 288.c); para el de servicios, art. 311.2; para el de servicios con prestaciones directas a los ciudadanos, artículo 312. Aunque no se expresan exactamente en los mismos términos, en todos ellos late idéntica idea. Y esa misma idea era la que acogía la legislación anterior. Lo que actualmente es el contenido de ese art. 196 de la vigente LCSP se introdujo ya en la LCAP de 1995 (art. 98) y desde entonces se ha mantenido con retoques mínimos en las distintas normas reguladoras de la contratación pública. A la misma idea responde el art. 121.2 LEF, que no ha sido nunca derogado: «En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste».

[112] Lo ejemplifica bien la STS de 23 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1749), que se enfrentó con un caso en que el daño causado a un hotel se debió a la realización de unas obras que generaron una disminución de la clientela: con razón, se imputó a la Administración y se exoneró expresamente al contratista (FD 5º), aunque no había vicio del proyecto ni ninguna orden concreta al contratista.

[113] Lo defendí en «Servicios públicos concedidos y responsabilidad patrimonial: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial*, 2ª época, n.º 20 (1990). Vid. también HORGUÉ BAENA,

responsabilidad subsidiaria de la Administración en casos de insolvencia del contratista. Y me parece completamente erróneo (por injusto y por contrario a la ley) afirmar que la Administración sea responsable en todo caso y que después ejerza una acción de regreso contra el contratista[114]. Así que, incluso con ciertas matizaciones, lo más normal será la responsabilidad del contratista. Eso mismo debe regir en otros contratos y convenios, aunque queden fuera del ámbito de aplicación de la LCSP[115].

2. Régimen de responsabilidad de la Administración contratante

Para los reducidos supuestos en que se considere que la Administración contratante es la responsable de los daños causados con ocasión de la ejecución de contratos, las cuestiones segunda y tercera tienen fácil respuesta. Desde luego, su régimen material de responsabilidad será el de derecho administrativo, esto es, el de los arts. 32 y siguientes de la LRJSP. Y en cuanto a los aspectos formales, si el particular decide pedir la indemnización a la Administración contratante, sin duda habrá de hacerlo planteando su reclamación ante esa Administración; ésta deberá tramitar el procedimiento administrativo de responsabilidad regulado en la LPAC; y la resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El que ha de tramitarse el procedimiento de responsabilidad patrimonial lo confirma el art. 32.9 LRJSP: «Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedi-

C., «La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de contratos administrativos», *RAP,* n.º 147, 1998, pp. 364-365; y PUERTA SEGUIDO, F., «La responsabilidad del contratista en reclamaciones patrimoniales frente a la Administración pública por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos», *Revista Española de la Función Consultiva,* núm. 37 y 38 (2022), pp. 128 a 130.

[114] ALONSO MAS, M. J., NARBÓN LAÍNEZ, E., *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de los contratos administrativos,* Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 169 a 197; y DE AHUMADA RAMOS, F. J. (2009: 493-507) ofrecen una visión completa de esas construcciones doctrinales. Súmese que también el Consejo de Estado se ha pronunciado en favor de una amplísima responsabilidad de la Administración contratante. Además de sostenerla en diversos dictámenes, la acogió en las Memorias de 2008 (pp. 192 a 197) y de 2009 (pp. 197 a 204); también en su dictamen 1116/2015 sobre el anteproyecto de LCSP, pp. 185 y ss. Y hasta el TS tiene sentencias en esa dirección. Destaca la de 9 de mayo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2879), que comenté críticamente en «Servicios públicos concedidos y responsabilidad patrimonial: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial*, 2ª época, n.º 20, 1990, pp. 23 a 51; igualmente la criticó MUÑOZ MACHADO, S. (1998: 124-135). También es ejemplo la STS de 20 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:990), a la que luego me referiré, y la STS de 23 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1896). Aunque no procede que me extienda aquí en esta cuestión, conste, al menos, primero, que considero ilegal e injusta la tesis de hacer responsable en todo caso a la Administración; segundo, que la de hacerla responsable subsidiaria en caso de insolvencia del contratista me parece una solución razonable, pero que necesitaría una expresa consagración legal que no existe; y, tercero, que sí considero admisible hacer responsable a la Administración en casos extremos de *culpa in vigilando*.

[115] Por ejemplo, el ATS de 11 de diciembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:15061A) admite una casación para determinar si los daños sufridos por un alumno de formación profesional en las prácticas realizadas en una empresa en virtud de un convenio de colaboración entre esa empresa y la Administración deben imputarse a aquélla o a ésta. Claro está que ese convenio no se rige por la LCSP, pero entiendo que para resolver esa cuestión la respuesta deberá estar inspirada por la misma idea que late en el art. 196.1 2 LCSP.

miento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma…». Lo completa el art. 82.5 LPAC: «En los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, será necesario en todo caso dar audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios». Por mucho que se prevea la audiencia al contratista, conste que lo único que se está regulando en este art. 85.2 LPAC es el supuesto del art. 32.9 LPRJSP, esto es, el que ha de seguirse para «determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas» contratantes, no la de los contratistas. O sea, lo que resulta es que para resolver sobre la obligación indemnizatoria de la Administración contratante hay que tramitar el procedimiento de responsabilidad regulado en la LPAC con la especialidad de la necesaria audiencia al contratista. Lo importante para que todo esto se produzca es que el perjudicado reclame la indemnización a la Administración contratante. Que lo haga así, tenga o no tenga razón; que lo haga así, aunque finalmente se llegue a la conclusión de que el único responsable era el contratista. Eso llevará a una resolución administrativa desestimatoria; y, después, en su caso, a una sentencia contencioso-administrativa desestimatoria, no de inadmisión.

3. Régimen de responsabilidad del contratista

La cuestión problemática que nos interesa es ésta: si el perjudicado considera que el responsable del daño sufrido es exclusivamente el contratista y si, por tanto, solo a éste pretende reclamar la indemnización, ¿qué vía debe seguir? En su caso, ¿ante qué jurisdicción? La respuesta a estas cuestiones formales condiciona la respuesta a las cuestiones materiales, esto es, las relativas al régimen sustantivo de la responsabilidad del contratista.

Una respuesta clara y acertada la daba (y sostengo que la sigue dando) el art. 123 LEF: «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 (es decir, la normal para cualquier reclamación de responsabilidad administrativa), la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso».

Partiendo de que, donde habla de servicios públicos concedidos, podían incluirse en realidad todos los casos en que la Administración mediante contrato confía a un particular sus actividades, el precepto establecía una solución que resolvía tanto los casos en que debía responder el contratista como aquellos en que debiera hacerlo la Administración. Una solución que daba seguridad al dañado sin que tuviera que conjeturar quién era el responsable, si había o no órdenes de la Administración, si había o no vicios del proyecto… Nada de eso le resultaba problema porque a él le bastaba dirigirse a la Administración contratante para que fuese ésta la que resolviese esas cuestiones. Si la Administración se declaraba responsable, problema terminado. Si la Administración declaraba responsable al contratista, éste tenía abierta la impugnación contencioso-administrativa en la que serían codemandados Administración y perjudicado. Y si la Administración resolvía que no había responsabilidad del contratista ni de ella misma, el perjudicado podía recurrirla ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo demandada la Administración contratante y, en su caso, codemandado el contratista. La sentencia contencioso-administrativa decidiría si había o no derecho a indemnización, su cuantía y quién debía pagarla. Todo fácil, claro, completo.

El panorama se enturbió con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995. En concreto, por su art. 98, apartados 3 y 4 (en esencia iguales a los apartados 3 y 4 del art. 196 de la vigente LCSP). Desde entonces una parte de la doctrina entiende derogado implícitamente el art. 123 LEF[116] y con ello creada una situación incierta.

Pero ese art. 123 LEF nunca ha sido derogado expresamente y, mantengo, no hay razón para entender que lo haya sido tácitamente, pues no hay una regulación posterior contraria[117]. Por eso sostengo que sigue siendo aplicable y que lo que establece para los servicios concedidos debe aplicarse a todos los contratos de las Administraciones[118]. Eso comporta que ante daños causados en la ejecución de contratos hay que presentar la reclamación y tramitar el procedimiento de responsabilidad

[116] . Mantienen su derogación tácita, por ejemplo, MARTÍN REBOLLO, L., Leyes administrativas (anotadas, concordadas y comentadas), Aranzadi, 29.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 2261-2262; y DE AHUMADA RAMOS, F. J. (2009: 480).

[117] Igualmente mantienen que el art. 123 LEF siguió vigente tras la LCAP de 1995 (y seguiría todavía hoy vigente) BELADÍEZ ROJO, M. (1997:231-241); y ALONSO MAS, M. J., NARBÓN LAÍNEZ, E. (2013: 272 y ss.).

[118] Antes esto estaba expresamente establecido. El art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado de 1975 regulaba la responsabilidad de los contratistas en general, no solo específicamente la del concesionario; y en su párrafo tercero decía: «Las reclamaciones de los terceros se presentarán (…) ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

conforme a las reglas de la LPAC (con la singularidad de dar intervención y posibilidades de defensa al contratista)[119].

Así, con este art. 123 LEF más el art. 32.9 LRJSP y el art. 85.2 LPAC, la solución que en conjunto resulta es armoniosa y da seguridad a todos, sobre todo al perjudicado. Sirve, además, tanto para el caso en que la responsabilidad deba recaer sobre la Administración contratante como para aquellos en que deba corresponder al contratista sin obligar al reclamante a decidir por su cuenta quién es el responsable. El perjudicado se dirigirá a la Administración contratante reclamando la indemnización; la Administración tramitará el procedimiento administrativo de responsabilidad, dando audiencia y posibilidades de alegación y prueba tanto al reclamante como al contratista, y dictará resolución (que podrá reconocer la responsabilidad de la propia Administración o declarar la del contratista o la de ambos o negar la de aquélla y la de éste); tal resolución, que será ejecutiva[120], podrá ser objeto de contencioso-administrativo interpuesto por el reclamante y/o por el contratista; y la sentencia resolverá quien o quienes deben pagar la indemnización y su cuantía.

4. La consulta prevista en el artículo 196.3 LCSP

Lo previsto en el art. 196.3 LCSP[121] no es incompatible con esos tres preceptos (arts. 123 LEF, 32.9 LRJSP y 85.2 LPAC). Solo abre una vía de consulta previa potestativa que termina con un mero «informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños»[122]. Será un informe emitido por el ór-

[119] Además, según creo, la responsabilidad del contratista debe regirse en lo material por lo dispuesto en los arts. 32 y siguientes LRJSP. Incluso el abigarrado art. 35 LRJSP puede prestar apoyo a esto último si se entiende que cuando se refiere a los supuestos en que las Administraciones «actúen (…) a través de una entidad de derecho privado» se está refiriendo, entre otras cosas, a los supuestos en que lo hace a través de un contratista. Y si esa responsabilidad tiene el régimen de derecho administrativo, nada mejor que ventilarla ante la Administración y, después, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

[120] Por tanto, si la resolución declara la responsabilidad de la propia Administración, deberá realizar las actuaciones necesarias para que la Administración abone la cantidad establecida; y si declara la responsabilidad del contratista y éste no cumple voluntariamente, podrá y hasta deberá pasarse a la ejecución forzosa contra el contratista sin más trámites. Así lo afirma también BELADIEZ ROJO, M. (1997: 255-256), según la cual el perjudicado podrá exigir esa ejecución forzosa, incluso si ha interpuesto contencioso-administrativo contra la resolución por entender que la indemnización debería ser de más cuantía. Es ilustrativa la STS 1645/2018, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4019). En el caso, tras dar audiencia al contratista, declaró responsable al Servicio Canario de Salud; pero al mismo tiempo acordó que el Servicio Canario pagara en principio la indemnización y después ejerciera la vía de regreso contra el contratista. El contratista dejó firme esta resolución. El Servicio Canario pagó la indemnización y después, sin más trámites, exigió su importe al contratista. Esta STS declara que fue correcta la actuación de la Administración, esto es, que, sin tramitar nuevo procedimiento, pasara a la ejecución forzosa contra el contratista.

[121] Recuérdese que ese apartado 3, como todo el art. 196 LCSP, estaba ya en la LCAP de 1995 (art. 98) y ha permanecido en las sucesivas normas de contratación pública hasta llegar de forma prácticamente idéntica a la vigente ley de 2017.

[122] Vid. PAVEL, E-V. (2020: 144-146).

gano de contratación y que suministrará al perjudicado una mera opinión (declaración de juicio, no declaración de voluntad) sobre quién cree que es responsable del daño. Un informe que ni siquiera tiene que pronunciarse sobre si se dan o no todos los requisitos para tener derecho a indemnización ni sobre su cuantía. Un informe que, si acaso, vincula a la Administración que lo emite, pero no al perjudicado ni al contratista, que ni siquiera tienen que recurrirlo (es más, creo que no es recurrible). Menos incluso vincula a los jueces. Un informe para cuya emisión no hay plazo ni silencio administrativo[123]. Lo único que con claridad dice el art. 196.3 LCSP es que interrumpe el plazo de prescripción, precisión que sería superflua si se tratara de una verdadera reclamación. Configurado así este cauce del art. 196.3 LCSP, lo que sí puede decirse es que es poco útil; que la vía que ofrecen los arts. 123 LEF, 32.9 LRJSP y 85.2 LPAC es suficiente para que el perjudicado supere las incertidumbres sobre si es responsable el contratista o la Administración. Pero, aun así, es un medio que pone a su alcance la ley para facilitar su reclamación. Visto de esta forma, se comprende que no hay en el art. 196.3 LCSP (o en las normas precedentes que ya previeron esta consulta facultativa) incompatibilidad alguna con el art. 123 LEF ni, por tanto, razones para entenderlo derogado.

5. Posibilidad de exigir la responsabilidad del contratista ante la jurisdicción civil

Pero en la práctica, aunque es posible y a veces utilizado el cauce hasta aquí descrito, las cosas se desarrollan frecuentemente de otra forma: el tercero que ha sufrido daños en la ejecución de un contrato de la Administración demanda directamente ante la jurisdicción civil solo al contratista y, sin que los jueces civiles objeten nada a su propia competencia, obtiene una sentencia sobre el fondo que, aplicando las reglas civiles sobre responsabilidad extracontractual, perfectamente puede ser de condena a ese contratista a pagar la indemnización correspondiente[124]. Todo ello, claro está, sin haber seguido ninguna vía administrativa previa. Además, esta solución tiene el refrendo de la Sala de Conflictos de Competencias del TS[125] y de la

[123] En el mismo sentido, sobre cada uno de los caracteres que predicamos de esta vía, ALONSO MAS, M. J., NARBÓN LAÍNEZ, E. (2013: 263-265). Y sobre la compatibilidad entre ese art. 196.3 LCSP y el art. 123 LEF, ibidem, pp. 274-275.

[124] Como lo sintetizan ALONSO MAS, M. J., NARBÓN LAÍNEZ, E. (2013: 303), «los tribunales civiles entienden que la competencia del orden contencioso-administrativo solo existe cuando se demanda conjuntamente a la Administración y al contratista, y no exclusivamente a este último». Es acabada y clara muestra de esta jurisprudencia, con cita de otras sentencias civiles y de autos de la Sala de Conflictos, la STS, Sala 1ª, de 22 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7374).

[125] Es exponente de ello el auto de la Sala de Conflictos de Competencias 8/2015, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2015:2965A) que cita otros en igual sentido.

misma Sala Tercera[126]. Acaso esto no sea lo que se ajusta más fielmente a la legislación[127], pero, además de que lo admite el TS (en sus salas 1ª y 3ª y en la de Conflictos) y de que también encuentra algún apoyo legal[128], a fin de cuentas, conduce de ordinario a una solución justa por un camino más fácil y corto. Cierto que si son los jueces civiles los que deciden, lo harán de acuerdo con las reglas de la responsabilidad extracontractual del derecho civil (mientras que si se sigue la vía administrativa y contencioso-administrativa, lo normal será que apliquen al contratista los arts. 32 y ss. LRJSP). Pero, a la postre, esto no supondrá diferencias sustanciales ni tendrá verdadera relevancia práctica.

6. Exigencia de responsabilidad a Administración contratante y contratista

Solo queda añadir que si el perjudicado considera que los daños han sido causados por la Administración contratante y por el contratista, podrá pedir la indemnización, tras plantear su reclamación ante aquélla, en la jurisdicción contencioso-administrativa. Basta para concluirlo el art. 9.4.2º LOPJ y su alusión a los supuestos en que a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados. Pero si se acepta que en los casos en que ambos han causado el daño hay solidaridad entre contratante y contratista, como creo que hay que aceptar, no habría obstáculo a que se dirija contra uno solo de ellos, sin perjuicio de la acción de regreso que pudiera ejercer contra el otro. Por tanto, si el perjudicado opta por demandar ante los jueces civiles solo al contratista, la demanda debería prosperar incluso aunque se probase que también la Administración contratante contribuyó en alguna medida a causar el daño.

[126] En esta dirección, la STS 2295/2016, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4625), aunque es tortuosa y, según creo, con errores: «… la exigencia de responsabilidad en el supuesto de que sea imputable al concesionario deberá hacerse valer por la vía ordinaria del proceso civil y ante ese orden jurisdiccional…». Y luego, parece que refiriéndose al cauce del art. 196.3 LCSP (más exactamente, al precepto idéntico entonces vigente), dice: «… cuando el daño se impute a un concesionario —o contratista— … el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse (…) bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para aquel primer caso y la vía administrativa para la segunda».

[127] BELADIEZ ROJO, M. (1997: 237-238), entiende, sin embargo, que esto es perfectamente adecuado a la legalidad, pues nuestro ordenamiento declara competentes para reclamar indemnización a los contratistas de la Administración tanto a la jurisdicción civil como a la contencioso-administrativa y que «el perjudicado puede optar» entre una y otra. Desde luego, en la práctica funciona así.

[128] Al menos puede decirse que el art. 196.4 LCSP (al hablar del «procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto») da pábulo a esta posibilidad.

7. Referencia específica a los daños causados por entidades concertadas con mutualidades de funcionarios

Tras haber expuesto el panorama general sobre responsabilidad de Administración contratante y contratista, es oportuna una referencia específica a los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria que prestan las mutualidades de funcionarios (esto es, MUFACE, ISFAS y MUGEJU) a través de entidades privadas concertadas (ASISA, ADESLAS u otra)[129]. Es uno de los supuestos de daños causados en ejecución de contratos y su análisis, útil en sí mismo, nos servirá para ratificar la situación expuesta.

Esas tres mutualidades de funcionarios están calificadas como organismos autónomos[130]. Así que su régimen de responsabilidad, tanto en lo material como en lo formal, es el de cualquier Administración (aplicación de los arts. 32 y ss. LRJSP, jurisdicción contencioso-administrativa previo al procedimiento administrativo de responsabilidad; e incompetencia de la jurisdicción civil[131]).

Cuando mediante contrato confían la prestación sanitaria a entidades privadas y se causa un daño —al igual que ya se ha dicho con carácter general para todos los daños causados en ejecución de contratos— lo más correcto es que el perjudicado presente su reclamación ante la Administración y se tramite el procedimiento de responsabilidad regulado en la LPAC hasta dictar resolución (que compete al titular del ministerio al que estén adscritos cada uno de esos organismo autónomos) que podría declarar la responsabilidad de la entidad privada concertada o la de la mutualidad de funcionarios. Esa resolución puede ser recurrida ante la jurisdicción contencio-

[129] En la actualidad, al menos en el caso de MUFACE, las entidades con las que se ha suscrito el concierto son ASISA y ADESLAS (Resolución de MUFACE de 30 de abril de 2025, BOE de 1 de mayo).

[130] Para MUFACE, el art. 5 del TR de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (RD Legislativo 4/2000). El ISFAS es calificado como organismo autónomo por el art. 5 del TR de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (RD Legislativo 1/2000). Y en cuanto a la MUGEJU, da la misma calificación de organismo autónomo el art. 5 del TR del Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia (RD Legislativo 3/2000).

[131] Por tanto, si los perjudicados demandan a MUFACE, ISFAS o MUGEJU ante los jueces civiles solicitando que se les condene a pagar la indemnización por los daños que supuestamente les han causado, procede que, sin entrar en el fondo del asunto, se declaren incompetentes en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo mismo si demandan a esas mutualidades y, además, a la entidad privada concertada. El art. 9.4 LOPJ conduce el asunto al orden contencioso-administrativo. Y la competencia contencioso-administrativa con necesidad de procedimiento administrativo previo se mantiene incluso en el supuesto de que finalmente se absuelva a la mutualidad de funcionario y se condene solo a la entidad concertada. Se ve, por ejemplo, en la SAN de 7 de junio de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:3096): se interpuso reclamación ante MUFACE por los daños supuestamente causados en la asistencia sanitaria de ASISA; el ministerio dictó resolución desestimatoria; impugnada esta resolución, la SAN condenó exclusivamente a ASISA. Sobre la competencia contencioso-administrativa en estos casos en que la acción de responsabilidad se dirige simultáneamente contra la mutualidad de funcionarios, la entidad privada concertada y otros particulares, véase el ATS, Sala de Conflictos de Competencias, 73/1999, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:1999:10625A).

so-administrativa por el perjudicado y por la entidad concertada. En cuanto a quién debe ser condenado a pagar la indemnización, aunque también aquí se dejó sentir la tendencia a hacer responsable en todo caso a la Administración[132], hoy parece una tesis superada: en la actualidad, los tribunales contencioso-administrativos, con apoyo adicional en la disposición final 19ª de la LCSP de 2017[133], declaran normalmente la responsabilidad de la entidad privada concertada (ASISA, ADESLAS…) y la irresponsabilidad de las mutualidades de funcionarios[134].

[132] Fue referencia clave la STS de 20 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:990). El perjudicado presentó ante la Administración su solicitud de indemnización por la defectuosa asistencia sanitaria de ASISA como entidad concertada con el ISFAS, solicitud que desestimó el Ministro de Defensa. Interpuso contencioso-administrativo que desestimó la AN con el argumento de que la prestación sanitaria no la había realizado el ISFAS, sino ASISA: «… el daño cuyo resarcimiento se persigue por el actor no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos (…) El ISFAS no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la entidad concertada elegida por el mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con el recurrente y que éste no puede desconocer». Pero el TS casó esa SAN y declaró el derecho del perjudicado «a ser indemnizado por la Administración». Afirmó: «… la existencia de tal concierto (…) no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad de la Administración, siempre que concurran los requisitos configuradores de aquélla… Por todo ello, los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, cuando excluye la responsabilidad patrimonial alegando que el ISFAS no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, sino que ha sido la entidad concertada elegida libremente por el mutualista la que los ha prestado, no resultan ajustados a derecho…». A esa sentencia, que critica GALLARDO CASTILLO, M. J. (2020: 45), siguieron en la misma línea SSTS de 24 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3835) y de 30 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6208). Después, pese a que la disposición adicional 23ª de la LCSP de 2007 (similar a la actual DA 19ª de la LCSP de 2017) parecía llevar a otra solución, el TS dictó varias sentencias en las que sostuvo que esa disposición no podía tener efectos retroactivos y, por tanto, reafirmó la responsabilidad de MUFACE, ISFAS y MUGEJU. Así, las SSTS de 18 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6711), de 4 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8738) y de 9 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5339). Pero esta jurisprudencia parece ya superada.

[133] Esa DA 19ª establece: «Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la MUFACE, la MUGEJU y el ISFAS con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de concesión de servicios regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público». Esta remisión a la legislación de contratos lleva a aplicar el art. 196 LCSP que, como ya hemos visto, impone a los contratistas «indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato», salvo los «ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración».

[134] No hay SSTS que se hayan pronunciado concluyentemente en este sentido. Algo se atisba en la STS 148/2018, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:267), aunque el estrecho cauce del recurso de casación para unificación de doctrina en que esta sentencia se mueve no permite conclusiones seguras. Pero que la irresponsabilidad de MUFACE, ISFAS y MUGUJU por los daños causados en la deficiente prestación sanitaria de sus entidades privadas concertadas (ASISA, ADESLAS u otras) es la solución hoy aceptada lo demuestran una serie de sentencias de la Audiencia Nacional. Ilustrativa es la SAN de 1 de marzo de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:1057), en la que, ante reclamación contra MUFACE por prestación sanitaria de ADESLAS, con cita a anteriores sentencias de la propia AN, dice que «la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de

Ahora bien, aunque lo expuesto parezca lo más correcto, es frecuente que el perjudicado demande ante la jurisdicción civil solo a la entidad privada concertada y que los tribunales civiles, sin plantearse problemas de competencia ni reparo alguno por el hecho de que el daño se haya causado en ejecución de contrato con la Administración, condenan a pagar la indemnización[135]. Ello, claro está, sin necesidad de haber ejercido antes su pretensión en vía administrativa y, por tanto, sin haber seguido previamente el procedimiento administrativo de responsabilidad. Y si eso se admite, acaso sea también lo más recomendable y práctico.

Como se ve, pues, el supuesto específico de los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria que prestan las mutualidades de funcionarios a través de entidades privadas concertadas se desarrolla actualmente en los mismos términos expuestos para todos los casos de daños causados en ejecución de contratos de la Administración.

VII. PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN CUANDO LA ADMINISTRACIÓN TIENE UN CONTRATO DE SEGURO

1. Observaciones previas

Las Administraciones pueden contratar –y lo hacen asiduamente– seguros de responsabilidad civil de los regulados en los arts. 73 a 76 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). La existencia de estos contratos no altera un ápice el régimen material de la responsabilidad patrimonial de la Administración[136].

la Administración». Igualmente, SSAN de 22 de enero de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:303), de 13 de junio de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:2546) y de 5 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:5036). Y, según dice esta última SAN, el régimen de responsabilidad de estas entidades concertadas no es el de la Administración, sino el de derecho civil.

[135] Son prueba de ello las SSTS, Sala de lo Civil, 546/2015, de 13 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4148); 503/2020**,** de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3162); y 234/2021, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1708). En las tres se había demandado solo a la entidad privada concertada (DKV en un caso y ASISA en los otros dos) y en ninguna de ellas se cuestionó la competencia de la jurisdicción civil. Asimismo, STS, Sala de lo Civil, 199/2013, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2069): en este caso se demandó al médico y a la clínica de la entidad privada concertada (no a ésta ni a MUFACE) y, aunque fueron absueltos, tampoco se objetó nada sobre la competencia. Más sorprendente es la sentencia de la misma Sala Civil 422/2007, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2556) porque la demanda se dirigió —además de contra ASISA, el cirujano, el anestesista y el hospital— contra MUFACE. En este caso sí que se alegó la falta de legitimación pasiva de MUFACE. Pero, sin entrar en ello ni en la competencia de la jurisdicción civil, la pretensión fue desestimada en todas las instancias por no apreciar defectos en la prestación sanitaria.

[136] O sea, que seguirán siendo de aplicación los arts. 32 y siguientes de la LRJSP. Esto, que nunca ha sido discutido y que es incontrovertible, encuentra ahora plasmación específica en el art. 35 LRJSP cuando, al final, se refiere a «la entidad que cubra su responsabilidad», aunque en el conjunto de ese abigarrado precepto todo es confuso.

Pero sí que tiene consecuencias procedimentales y procesales. Antes de abordarlas, dos precisiones son oportunas.

Primera, que en la actualidad estos contratos de seguros están configurados como contratos privados de la Administración[137].

Segunda, que la responsabilidad de la Administración es un requisito necesario para que surja la obligación de pago de su compañía de seguros: no puede haber obligación de pago de la aseguradora nada más que si su asegurado –una Administración en nuestro caso– es responsable. Pero no es requisito suficiente: puede haber casos en los que, pese a ser responsable la Administración y así declararse por la propia Administración o por los jueces, su aseguradora no deba abonar la indemnización o no deba abonarla en su totalidad o, aunque deba inicialmente pagarla, pueda repetir contra la Administración asegurada. Ello porque estén pactadas franquicias o se trate de un riesgo excluido por la póliza (por ejemplo, se excluyeron los daños dolosos o los derivados de actuaciones jurídicas) o porque el origen del daño se haya producido en un momento no cubierto, etc.

Aclarado lo anterior, veamos las dos vías que se abren al lesionado para conseguir en estos casos la indemnización.

2. La vía administrativa y contencioso-administrativa

Los preceptos que abordan las consecuencias procesales de los contratos de seguro de la Administración son el art. 9.4 LOPJ y los arts. 2.e) y 21.1.c) LJCA. El art. 9. 4 LOPJ dice al final de su párrafo segundo que los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo «conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva». El art. 2.e) LJCA dispone que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (…) la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (…), no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando (…) cuenten con un seguro de responsabilidad».

[137] Así se infiere del art. 25.1.a).1º LCSP, dado que los servicios de seguros tienen los números de referencias CPV comprendidos entre 66510000-8 y 66720000-3. Así, informe de la Junta Consultiva de la Contratación Pública del Estado, expte, 7/2020: «Sobre la naturaleza de los contratos de seguro en nuestro informe 30/19 ya destacamos que este tipo de contratos, incluso en caso de que se celebren por una Administración pública (…) son calificados como contratos privados en todo caso porque la ley [artículo 25.1 a) 1º] considera como tales a los servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3. En la medida en que los contratos de seguro abarcan en el Reglamento (CE) Nº 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 desde el número 66500000-5 hasta el 66519310-7, es obvio que la norma comunitaria incluye a este tipo de servicios dentro de los que, conforme a la LCSP, están calificados como contratos privados…».

Finalmente, el art. 21.1.c) LJCA establece que «se considera parte demandada (…) las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren».

Con estos tres preceptos se ve que la solución que el legislador previó como normal es que el perjudicado por la actuación de una Administración reclame la indemnización que considere pertinente ante la jurisdicción contencioso-administrativa en un proceso en que demandará a la Administración y en el que deberá ser emplazada su aseguradora como codemandada[138]. Pero ¿qué sucede con el procedimiento administrativo de responsabilidad?[139] La respuesta puede sintetizarse así:

- Ese procedimiento debe tramitarse antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, el perjudicado puede presentar su reclamación ante la Administración[140]. No solo es que pueda, sino que, si piensa acudir al contencioso-administrativo, debe hacerlo, como en cualquier otro caso en que pretenda que se declare la responsabilidad de la Administración. Y, presentada la reclamación, la Administración debe tramitar el procedimiento hasta dictar resolución. El hecho de que cuente con una aseguradora no le exime de ese deber ni le permite sin más remitir al perjudicado a un entendimiento con su aseguradora.

- La Administración puede resolver el procedimiento sin que la postura de su aseguradora le condicione de ninguna forma[141]. Así que la cláusula habitual en los contratos de seguros de responsabilidad civil según la cual el

[138] Es normal y correcto que el perjudicado demande solo a la Administración y que sea ésta quien emplace a su aseguradora. Pero es posible y oportuno que el perjudicado, al interponer su recurso contencioso-administrativo, se refiera ya a la aseguradora de la Administración. Su conocimiento lo facilita el art. 76 LCS *in fine*: «el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido». Asimismo, véase el art. 256.1.5º LEC. Pero téngase en cuenta que, según la STS 562/2025, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2153), esta diligencia preliminar no interrumpe la prescripción de la acción para exigir responsabilidad a la Administración, pues para ello no constituye requisito necesario saber si tiene concertado un seguro de responsabilidad. Sí acepta *obiter dicta* la eficacia interruptora de esta diligencia respecto de la prescripción de la acción directa contra la aseguradora.

[139] RAMÓN SIERRA, F. J., «La posición de las entidades aseguradoras en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Análisis jurisprudencial y consecuencias prácticas», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha,* n.º 42, 2007, pp. 181 y ss.; y PAVEL, E.-V. (2020:147-149).

[140] Razona HUERGO LORA, A. (2002:138-139), que «es justamente la subsistencia de esta vía de reclamación, a pesar de la celebración del contrato, lo que permite afirmar su validez porque no merma las garantías de los particulares».

[141] GALLARDO CASTILLO, M. J. (2020: 52): «la instrucción del procedimiento es siempre (…) una función indisponible y es deber de la Administración tramitarlo (…) La compañía de seguros no puede interferir en el ejercicio de tales funciones y facultades ni goza de poder de decisión ni de posibilidad de mediatizar la voluntad del órgano administrativo competente…».

asegurado no puede reconocer su responsabilidad sin el consentimiento de la aseguradora no rige en este ámbito[142].

- La resolución que dicte la Administración, ¿puede acabar con una resolución que declare que es la aseguradora quien debe abonar la indemnización? O, por el contrario, ¿debe esto quedar al margen y pronunciarse solo sobre si el reclamante tiene derecho a indemnización? Lo correcto es lo segundo. Así se evitará que la Administración tenga que pronunciarse allí, ya no solo sobre si se dan los requisitos de la responsabilidad administrativa, sino también sobre si la póliza cubre o no el daño en cuestión, lo que, además de complicar el procedimiento, supondría que la Administración ejerciera una potestad que no tiene[143].

- ¿Es la aseguradora interesada en el procedimiento administrativo de responsabilidad?[144] Partiendo de lo anterior (o sea, de que la resolución de ese procedimiento no debe pronunciarse sobre las obligaciones de la aseguradora), la compañía de seguros no es interesada necesaria, o sea, no es de los sujetos que tienen esa condición de interesados de acuerdo con el art. 4.1.b) LPAC. Pero sí cabe reconocerle la facultad de personarse para que, si lo hace, conferirle la condición de interesada conforme al art. 4.1.c) LPAC. A tal efecto, es oportuno que la Administración, al menos, le comunique la presentación de una reclamación, lo que, por otra parte, suelen imponer estas pólizas[145].

- Aunque la resolución administrativa no condene a la aseguradora a pagar la indemnización y aunque no se haya personado en el procedimiento administrativo, tiene legitimación para recurrir la decisión que se adopte

[142] Ni siquiera impide que la Administración y el perjudicado pacten la terminación convencional del procedimiento sin intervención de la aseguradora. Vid. HUERGO LORA, A. (2002: 140 y 147); y GAMERO CASADO, E. (1997: 260).

[143] Recuérdese que, como ya se ha dicho, estos contratos de seguro son contratos privados de la Administración. Y, siendo así, la Administración contratante no tiene las prerrogativas del art. 190 LCSP, sino que, para todo cuanto afecte a su cumplimiento y ejecución, debe acudir a la jurisdicción civil (art. 27.2 LCSP). Si se le permitiera que, al resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial, impusiera a la aseguradora la obligación de abonar la indemnización, se le estaría dando la prerrogativa de decidir ejecutivamente por su cuenta sobre los efectos del contrato privado de seguro.

[144] Sobre ello, A. HUERGO LORA (2002: 147-151).

[145] Más radicalmente, GAMERO CASADO, E. «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración», en CASARES MARCOS, A. B. (Coord.), QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos* sectoriales, Tirant lo Blanch, 2013, p. 269, afirma que «la compañía aseguradora tendrá necesariamente la condición de interesada en el procedimiento administrativo de declaración de responsabilidad (…) pues evidentemente sus derechos e intereses legítimos pueden verse afectados por la resolución que recaiga…».

porque a la larga puede afectarle[146]. Desde el momento en que se le informe de la existencia de la resolución (quizá solo a efectos de requerirle el pago) empezará a contar su plazo para recurrirla y para que, de no hacerlo, gane firmeza para ella.

- Dictada una resolución que reconozca el derecho a la indemnización, ¿cómo se ejecuta si hay una aseguradora? Lo normal será que la Administración comunique a su compañía la resolución y le requiera el pago; normal será igualmente que la compañía abone directamente la indemnización al sujeto cuyo derecho a ella ha sido reconocido por resolución administrativa. Pero si no es así, si la compañía se niega al pago, ¿cómo debe procederse?[147] Para empezar, la Administración ante la resistencia a pagar por parte de su aseguradora, podría hacerlo ella misma y, después, reclamar a su compañía lo abonado. Tampoco veo óbice a que el perjudicado, prescindiendo de la existencia de una aseguradora, reclame de la Administración el abono y, si no lo logra, interponga un recurso del art. 29.2 LJCA en el que podrá conseguir sentencia que condene a la Administración (no a la aseguradora) al pago[148]; de nuevo, sin perjuicio de que la Administración, tras pagar, exija a la aseguradora la cantidad satisfecha. Tanto en un caso como en el otro, si la Administración paga, su acción contra la aseguradora deberá ejercerla ante la jurisdicción civil[149]. Y, asimismo, en tercer lugar, no veo obstáculo a que el perjudicado que ha visto reconocido su derecho a indemnización en una resolución administrativa, ante las dificultades para su cobro, se sirva de la acción directa del art. 76 LCS y se dirija contra la aseguradora

[146] HUERGO LORA, A. (2002: 145). Imagínese, por ejemplo, que la Administración asegurada, sabiendo que al final no va a recaer sobre ella el pago de la indemnización, se sienta demasiado proclive a estimar la reclamación del perjudicado y, por así decirlo, sea excesiva e injustificadamente generosa a costa de su aseguradora.

[147] Desde luego, no cabe una ejecución forzosa de la resolución dictada contra la aseguradora, puesto que, según se ha explicado, la resolución administrativa no impone obligación de pago a su aseguradora. En esta tesitura, la aseguradora no puede negarse a pagar alegando que no se dan los requisitos para la responsabilidad administrativa. Si eso es lo que quiere invocar, tendría que interponer recurso contra la resolución, no simplemente negarse a pagar. Así que la negativa de que hablamos es solo aquélla basada en que, pese a darse la responsabilidad de la Administración, la póliza, por la causa que sea, no cubre ese daño.

[148] Pienso que en ese contencioso contra inactividad debería ser demandada, además de la Administración, su aseguradora. Por regla general, en esos procesos del art. 29.2 LJCA debe ser demandada la Administración autora del acto de cuya ejecución se trata, no la que deba pagar. Así, la STS 767/2019, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1759). Pero el art. 21.1.c) LJCA permite sostener que también en este caso debe ser demandada la compañía de seguros.

[149] Recuérdese que, como se ha razonado antes, los contratos de seguro son contratos privados de la Administración y, por tanto, lo relativo a su cumplimiento compete a la jurisdicción civil, sin que la Administración contratante pueda resolver con actos administrativos ejecutivos. Con razón afirma HUERGO LORA, A. (2002: 155), que «la Administración no puede exigir al asegurador el pago de la indemnización mediante un acto administrativo».

ante los jueces civiles. No es la situación normal de ejercicio de esa acción directa contra las compañías de seguros (de la que me ocuparé después), pero también en esta otra situación es posible[150].

- En todos estos casos, unas veces la Administración y otras el perjudicado, acuden a la jurisdicción civil para que se condene al asegurador al pago y en todos ellos hay una previa resolución administrativa firme que, aunque no condena al asegurador, sí que ha decidido ya sobre el derecho a indemnización del perjudicado. ¿Qué valor tendrá esa resolución administrativa en el pleito civil? La respuesta que considero más plausible es la que da Huergo: «Si la Administración o el perjudicado se ven obligados a acudir a la vía civil para exigir el pago al asegurador, en ese proceso no se podrá volver a discutir la responsabilidad de la Administración por haber quedado ya cerrada la cuestión, bien por una sentencia firme (…), bien por un acto administrativo firme que el asegurador ha consentido»[151].

En el posterior contencioso-administrativo, si la resolución administrativa desestimó la reclamación indemnizatoria (o se produjo silencio), la sentencia que se dicte, además de condenar a la Administración, ¿podrá condenar a su aseguradora? Huergo contesta negativamente porque para condenar a la aseguradora hay que analizar, no solo si se dan los requisitos de la responsabilidad administrativa, sino también si la póliza cubre ese daño, lo que supone adentrarse en aspectos jurídico-privados, lo que no debe hacer una sentencia contencioso-administrativa[152]. Una respuesta igualmente negativa puede también justificarse porque, si partimos, como aquí hemos hecho, de que la Administración en su resolución del procedimiento previo no puede pronunciarse sobre las obligaciones de la aseguradora, lo mismo habrá que afirmar de la sentencia que resuelve el recurso interpuesto contra tal resolución. Pero esos argumentos contrarios no me parecen concluyentes. No veo impedimento en que el juez contencioso-administrativo entre en el aspecto de derecho privado. De hecho, es inconcuso que, a veces, cuando junto a la Administración se demanda a particulares porque concurrieron a la producción del daño, aplican y tienen que aplicar preceptos de derecho privado para resolver si ese particular es responsable.

[150] Así lo entienden también GAMERO CASADO, E. (2013: 286); y JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., «Disfunciones procesales derivadas del ejercicio de la acción directa y de las acciones de regresos en caso de seguro de cobertura de responsabilidad de la Administración pública», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 57, 2022, pp. 23 a 25.

[151] HUERGO LORA, A. (2002: 155). Pero para que haya un acto administrativo consentido por la aseguradora, tiene que habérsele notificado correctamente (con indicación del recurso pertinente) la resolución que reconoce el derecho a indemnización.

[152] En concreto, en HUERGO LORA, A. (2002: 154-155), dice que los tribunales contencioso-administrativos no pueden condenar al asegurador ni declarar que la obligación indemnizatoria recae sobre él «puesto que sólo pueden aplicar el derecho administrativo (…) y no resolver cuestiones relativas a la ejecución de un contrato de derecho privado».

Y no hay razón para que no pueda hacerse lo mismo respecto de las compañías de seguros. Sobre todo, téngase en cuenta que, si no se admite aquí esa condena de la aseguradora, no habrá ninguna vía para conseguir la condena conjunta de ella y de la Administración[153], lo cual supone una merma notable de las garantías del perjudicado. Por lo demás, dado que la aseguradora debe ser codemandada [art. 21.1.c) LJCA], tendrá posibilidades de defensa, incluso para hacer alegaciones sobre las causas que, al margen de la responsabilidad de la Administración, pueden exonerarle de su obligación de pago[154]. Ello, aun con dudas, me lleva a concluir que, si así se solicita en la demanda, no es siempre imposible que la sentencia condene, además de a la Administración, a su compañía de seguros[155].

3. El ejercicio de la acción del artículo 76 LCS en vía civil

Los tribunales aceptan que el perjudicado por la Administración puede ejercer la acción directa consagrada en el art. 76 LCS: «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar...»[156]. Y entienden, además, que esa acción tiene que ejercerse ante la jurisdicción civil. Salvan el escollo que pudiera entrañar el art. 9.4 LOPJ explicando que ese precepto es de aplicación cuando se demanda a la aseguradora «junto a la Administración respectiva», pero no si se demanda solo a aquélla[157]. Refleja bien el estado de la cuestión y esa solución ya consolidada el auto de la Sala de Conflicto de Competencias 2/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:3581A).

---

[153] Téngase en cuenta que, como de inmediato se verá, se admite la acción directa del art. 76 LCS contra la aseguradora que debe ejercerse en vía civil, pero sin que allí pueda demandarse conjuntamente a la Administración.

[154] Cosa distinta ocurriría si, incumpliendo el art. 21.1.c) LJCA, no se demandara a la aseguradora. Entonces no cabrá condenar a la aseguradora y, si se la deja al margen, seguramente no habría indefensión ni causa de nulidad de la sentencia.

[155] Igualmente, JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022: 10): «el perjudicado obtiene en un único proceso la condena solidaria de ambos, la Administración responsable del daño y su aseguradora, a hacer frente al pago de la indemnización que se haya determinado».

[156] Es rotunda la STS, Sala 3ª, 562/2025, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2153): «… siendo una opción libre del perjudicado su ejercicio conjunto ante la jurisdicción contencioso-administrativa o separado, solo de la acción directa frente a la aseguradora, ante la jurisdicción civil. Ni para el ejercicio separado ante la jurisdicción civil de la acción directa frente a la aseguradora (…) es requisito necesario haber accionado previamente frente a la Administración, ni para reclamar frente a la Administración es requisito necesario conocer la existencia de un contrato de seguro ni la interposición conjunta de la reclamación administrativa frente a la Administración y la aseguradora ni, tampoco, tras la desestimación de la vía administrativa, es obligado demandar conjuntamente a la compañía aseguradora junto con la Administración».

[157] Más dudoso es lo que debe hacer el juez civil si ante él se demanda conjuntamente a la Administración y a la aseguradora *ex* art. 76 LCS. Podría simplemente declarar su incompetencia y remitir el asunto a la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con el art. 9.4.2º LOPJ. Pero HUERGO LORA, A. (2002: 176-177), cree correcto que inadmita respecto a la Administración y entre en el fondo respecto a la aseguradora.

El perjudicado por una asistencia sanitaria deficiente prestada por un servicio autonómico de salud demandó con base en el art. 76 LCS ante un juzgado civil exclusivamente a su aseguradora; el juzgado civil se declaró incompetente por entender que el conocimiento del asunto correspondía al orden contencioso-administrativo; interpuesta después la demanda ante este orden, la sala del TSJ se declaró incompetente por considerar que correspondía a la jurisdicción civil. Y esto es también lo que entendió el auto 2/2022 con la siguiente argumentación:

> «En aplicación de dicho precepto de la LOPJ (su art. 9.4), debemos atribuir el conocimiento del asunto controvertido a la jurisdicción civil, dado que nos hallamos ante una controversia *inter privatos*; esto es, entre la demandante (…) y una compañía de seguros (…), sin que la acción se dirija conjuntamente contra ésta y la Administración pública, en uso de la posibilidad legal que oferta el juego normativo de los arts. 2 e) y 21.1 c) de la LJCA, sino exclusivamente la directa del art. 76 contra dicha compañía. En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, directa y exclusivamente, contra la aseguradora, no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, toda vez que no se da una actuación u omisión administrativa previa que revisar, ni Administración demandada que condenar (sentencias de la Sala 1ª, 616/2013, de 15 de octubre; 321/2019, de 5 de junio; 119/2022, de 15 de febrero)».

Lo que expresamente se resuelve es la competencia del orden civil. Pero, antes que ello, queda claro que se acepta el ejercicio de la acción del art. 76 LCS contra la aseguradora de la Administración, como ya venía admitiendo reiteradamente la Sala 1ª del TS[158] y como después ha seguido reiterando[159].

Siendo así, huelga por completo el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial regulado en la LPAC[160]. Se acudirá a la jurisdicción civil sin necesidad de una resolución de la Administración sobre su propia responsabilidad. El juez civil decidirá si concurren los requisitos de la responsabilidad de la Administración asegurada y, si tampoco ve óbice para que la póliza cubra el riesgo, condenará, no a la Administración, pero sí a su aseguradora por entender que se dan los requisitos para la responsabilidad de la Administración. Así que el particular perjudicado por la actuación administrativa tiene a su alcance esta vía alternativa con la

[158] Vid. GAMERO CASADO, E. (2013: 275-283).

[159] Buena muestra de ello es la clarificadora STS, Sala de lo Civil, 1322/2023, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3983) con una argumentación impecable.

[160] Dijo la STS, Sala 1ª, 321/2019, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1840): para ejercitar la acción del art. 76 LCS «no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción (…) es evitar esa reclamación previa…».

que se libera de la carga del procedimiento administrativo previo y con algún otro atractivo adicional[161]. Con ese punto de partida, son pertinentes estas observaciones complementarias.

- El juez de lo civil, aunque sea solo para condenar o no a la compañía aseguradora, tendrá que decidir si la Administración asegurada es responsable del daño y para ello tendrá que analizar la actuación administrativa que supuestamente lo causó, así como aplicar derecho administrativo (arts. 32 y ss. LPAC), lo que es propio de la jurisdicción contencioso-administrativa. El TS (su Sala 1ª y la de Conflictos de Competencias) explica que se trata de una cuestión prejudicial de la que el juez civil puede ocuparse de acuerdo con los arts. 10.1 LOPJ y 42 LEC[162]. Siendo una cuestión prejudicial, lo que aprecie el juez civil «no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca» (art. 42.2 LEC). Así que sería posible que, tras sentencia civil desestimatoria de la pretensión ejercida *ex* art. 76 LCS (incluso si la desestimación se produce porque el juez civil no cree que se den los requisitos de la responsabilidad administrativa), el perjudicado emprenda la vía administrativa y contencioso-administrativa con éxito. Pero, en sentido contrario, la solución del juez civil que condene a la aseguradora, por mucho que se diga que es solo resolución de una cuestión prejudicial sin efectos

[161] Me refiero, sobre todo, a los intereses moratorios previstos en el art. 20 LCS (interés legal del dinero incrementado en el 50 %). Los tribunales lo aplican con normalidad a las aseguradoras de Administraciones (por todas, STS, Sala 1ª, 1322/2023, de 27 de septiembre; ECLI:ES:TS:2023:3983). Vid. GAMERO CASADO, E. (2013: 263). No entraré aquí en ello, pero demuestra que el cauce del art. 76 LCS tiene ventajas respecto a la vía administrativa y contencioso-administrativa.

[162] Por ejemplo, ya aclaró el ATS, Sala de Conflictos de Competencias, 4/2013, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:2888A) que «el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El art. 42 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que solo producirá efectos en el proceso de que se trate». Igualmente, auto de la misma Sala 2/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:3581A): «… conforma una cuestión prejudicial contencioso-administrativa del art. 42 de la LEC, susceptible de decidirse ante el orden jurisdiccional civil, mediante la aplicación de la normativa de derecho administrativo que la rige (sentencias de la Sala de lo Civil 579/2019, de 5 de noviembre; 473/2020, de 17 de septiembre y 501/2020, de 5 de octubre, entre otras)». Lo mismo dicen las SSTS, Sala de lo Civil, 616/2013, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:4953), 321/2019, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1840) y 1322/2023, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3983). Esta última, además, aclara que se trata «de una cuestión prejudicial no devolutiva, puesto que su conocimiento corresponde a la jurisdicción civil, y que obligará a los tribunales de este orden jurisdiccional a constatar la previa existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración mediante la aplicación de lo normado en los actualmente vigentes arts. 32 a 35 de la Ley 40/2015». Podría convertirse en una cuestión prejudicial devolutiva conforme al art. 47.3 LEC si las dos partes están de acuerdo. Pero, además de la complejidad y el retraso que entrañará esta conversión de la cuestión prejudicial en devolutiva, es poco probable que el demandante que ha optado por ejercer la acción del art. 76 LCS lo acepte.

de cosa juzgada material, es prácticamente irreversible: el asunto quedará zanjado y no habrá vía para que pueda negarse que se dan los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada que ha apreciado el juez civil[163].

- En el fondo, por tanto, el juez civil, aunque no podrá condenar a la Administración, sí que deberá razonar que es responsable del daño causado, y ello sin que esa Administración sea parte necesaria en ese proceso civil. Se acepta, no obstante, que esa Administración comparezca en virtud de lo dispuesto en el art. 13 LEC y que así pueda hacer las alegaciones que estime oportunas, sobre todo las relativas a la falta de los requisitos de su propia responsabilidad[164]. Pero esa intervención de la Administración no altera el hecho de que no podrá ser condenada por la sentencia que aquí se dicte[165].

- Dice el art. 76 LCS que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado». Es cierto, como explicamos al principio, que puede haber casos en que concurran los requisitos para declarar la responsabilidad de la Administración y que, sin embargo, la indemnización no deba recaer finalmente sobre su asegurador. Pero rara vez ello podrá ser alegado por éste en el proceso civil *ex* art. 76 LCS en el que puede verse condenado a pagar la indemnización, aunque luego pueda repetir contra la Administración asegurada.

- El lesionado puede ejercer la acción del art. 76 LCS, aunque antes haya seguido el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Si éste terminó con resolución que reconoció el derecho a indemnización, el proceso civil entablado con demanda basada en el art. 76 LCS servirá para hacer efectivo ese derecho contra la aseguradora, como ya expuse antes. Más todavía, si esa resolución fue confirmada en sentencia contencioso-administrativa. Y lo mismo si la sentencia contencioso-administrativa

[163] GAMERO CASADO, E. (2013: 282), basándose en el carácter meramente prejudicial de esa apreciación del juez civil, admite que fuese el mismo asegurador quien instase la vía administrativa para exonerarse del pago al que le ha condenado aquél. Pero no veo camino alguno para ello y me parece en la práctica inviable.

[164] Se dio esta intervención de la Administración asegurada *ex* art. 13 LEC en el supuesto resuelto por la STS, Sala de lo Civil, 616/2013, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:4953). No puso ningún reparo y se limitó a afirmar que tal intervención no es obstáculo a la acción del art. 76 LCS ni altera la competencia de la jurisdicción civil. Más dudoso me resulta si la Administración asegurada podría entrar en este pleito civil por la vía del art. 14 LEC, esto es, la de la «intervención provocada» por el demandante o el demandado. Creo que como de ninguna forma podrá condenarse aquí a la Administración, esta vía no es pertinente.

[165] Como afirma JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022: 26-27), «el interviniente no puede ser objeto de la sentencia, esto es, ni condenado ni absuelto» y la Administración «de ninguna manera se va a ver vinculada ni afectada por el pronunciamiento que respecto a su responsabilidad se pudiera derivar de este proceso».

reconoció el derecho, estimando un recurso contra una previa resolución administrativa desestimatoria. Pero lo que no cabe es que en el proceso civil basado en el art. 76 LCS se exija una indemnización denegada por resolución administrativa no impugnada o por sentencia contencioso-administrativa; tampoco cabe exigir en este proceso civil una indemnización superior a la allí concedida[166]. Así lo viene declarando la Sala de lo Civil del TS en sentencias 321/2019, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1840), 579/2019, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3427); 473/2020, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2849); 501/2020, de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3172); 358/2021, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2122); 119/2022, 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:594); y 169/2024, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:702). En el caso de esta última, la misma demandante que en el juicio civil pidió la condena de la aseguradora de la Administración en virtud del art. 76 LCS había formulado antes una reclamación administrativa contra el Servicio Madrileño de Salud que fue desestimada y que no recurrió. Y esta STS 169/2024, bajo el expresivo rubro «Opciones que están vedadas a los perjudicados», dice:

> «… lo que no cabe es que, si optaron por acudir a la vía administrativa y su pretensión resarcitoria del daño sufrido resulta desestimada o estimada en parte, es acudir posteriormente a la vía civil para obtener el reconocimiento de la responsabilidad denegada o incrementar el importe de la indemnización fijada en dicha vía; pues ello supondría atribuir a los tribunales civiles facultades revisoras de los actos administrativos con clara invasión del ámbito propio de la jurisdicción contencioso administrativa a la que le compete el control de la Administración pública…».

Y si no cabe cuando la resolución administrativa no se recurrió, menos aún si se recurrió y la jurisdicción contencioso-administrativa la confirmó. Solo un matiz añado: si no se dictó resolución expresa y se produjo silencio negativo, dado que no es equivalente a un verdadero acto, sí que será viable el ejercicio posterior de la acción del art. 76 LCS para reclamar lo mismo que se pidió en vía administrativa y no obtuvo resolución expresa.

[166] A. HUERGO LORA, A. (2002: 171); y JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022: 23), que explica que, aunque las resoluciones administrativas no tienen efecto de cosa juzgada, «resulta imposible volver a plantear en este proceso civil, a través de la cuestión prejudicial, los términos o alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que sobre ésta ya ha recaído resolución administrativa ofrecida por la propia Administración, y ésta ha sido consentida o aceptada por el perjudicado, aunque sea de forma tácita, al no impugnarla pudiendo haberlo hecho». Si hubo sentencia contencioso-administrativa, considera que la jurisdicción civil sí queda vinculada por el efecto de cosa juzgada, aunque es dudoso que ese efecto lo tengan las sentencias fuera del orden jurisdiccional en que recayeron.

Como se ve, no hay siempre incompatibilidad entre las dos vías que se abren al perjudicado. Es más, en algunos casos será necesario combinarlas para conseguir la plena indemnidad; por ejemplo, si se ha pactado que la compañía solo pague a partir de cierta cantidad o hasta cierta cantidad, el perjudicado no conseguirá una indemnización que le resarza de todos los daños y perjuicios con la acción del art. 76 LCS y tendrá que reclamar el resto a la Administración en vía administrativa y, en su caso, contenciosa-administrativa.

Ahora que nos consta que el perjudicado puede exigir directamente la indemnización a la aseguradora de la Administración sin la intervención de ésta, debe afirmarse que es posible y lícito que aseguradora y perjudicado lleguen a un acuerdo sin intervención de la Administración. Será una solución extrajudicial que debe verse como positiva pues solventa una controversia y evita un posible pleito sin causar ningún perjuicio a la Administración y con beneficio para todos[167]. Incluso es posible y lícito que, tras ese acuerdo y tras pagar el asegurador al perjudicado, aquél ejerza una acción contra la Administración por entender que no le corresponde cargar finalmente con la indemnización.

Tanto en este caso como cuando el asegurador se haya visto condenado en pleito civil del art. 76 LCS por la imposibilidad de oponer las excepciones que tenga contra el asegurado (según el último inciso de ese art. 76 LCS), su acción contra la Administración reclamándole lo que haya abonado al perjudicado deberá ejercerse en vía civil[168].

[167] En contra, GAMERO CASADO, E. (2013: 264 a 268), niega que la aseguradora de la Administración pueda conceder al interesado la indemnización «sin previa declaración formal de la responsabilidad por parte de la Administración, pues de otro modo se concedería a la aseguradora la facultad de reconocer unilateralmente la responsabilidad administrativa…». Cita, además, el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 2/2001, de 24 de enero, en apoyo de esas tesis. Pero una cosa es que, presentada una reclamación ante la Administración, ésta deba resolverla y no le quepa remitir sin más el asunto a su aseguradora o que haga depender su resolución de la voluntad de éste, lo que ya dije que no es posible, y otra que, al margen de ello, se pueda alcanzar un acuerdo entre la aseguradora de la Administración y el perjudicado, acuerdo que evitará el juicio civil *ex* art. 76 LCS y, en su caso, la vía administrativa y contencioso-administrativa. Esto, insisto, es perfectamente posible y no causa ningún perjuicio al particular que, si lo prefiere o no llega a un arreglo con la compañía, tiene a su alcance los medios normales. En ese sentido, HUERGO LORA, A. (2002: 156): «… los terceros perjudicados pueden, de forma alternativa, previa o simultánea a la reclamación administrativa de responsabilidad, solicitar al asegurador el pago de la indemnización. De hecho, las Administraciones aseguradas suelen indicar a los perjudicados esta circunstancia y recomendarles acudir al asegurador, suponiendo que de esta forma recibirán antes el importe de la indemnización». No veo en ello el más mínimo problema.

[168] Partiendo de que el contrato de responsabilidad civil es un contrato privado de la Administración, lo afirma JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022: 33): «… si la aseguradora ejercita la acción de regreso frente a la Administración (…) resulta competente (…) el orden civil, ya que las causas oponibles por la aseguradora a la asegurada se basan, y no puede ser de otra manera, en discutir las cláusulas y la cobertura de dicho seguro respecto al hecho dañoso ocurrido».

Lo mismo y hasta con más razón cabe afirmar si la aseguradora de la Administración paga al dañado la indemnización y pretende, con fundamento en el art. 43 LCS, reclamar al contratista de la Administración todo o parte de lo satisfecho por entender que el daño tiene su causa, o al menos su concausa, en el comportamiento del contratista[169].

[169] Así lo entiende el ATS, Sala de Conflictos, 8/2023, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2023:5031A), aunque lo hace invocando autos anteriores que poco tienen que ver.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA PENCO, T. (2024). Responsabilidad patrimonial en casos de actuaciones conjuntas entre agencias europeas y Estados miembros. *RAAP*, (118).

ALONSO MAS, M. J., y NARBÓN LAÍNEZ, E. (2013). *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de los contratos administrativos*. Civitas.

ARRIBAS LÓPEZ, E. (2022). El tortuoso camino de la indemnidad de los funcionarios de prisiones (a propósito de la STS de 8 de marzo de 2022). *Diario La Ley*, (10133).

BARCELONA LLOP, J., y CUESTA BÁRCENAS, D. A. (2024). *Indemnización y responsabilidad patrimonial del Estado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Atelier.

BELADIEZ ROJO, M. (1997). *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Tecnos.

BLASCO ESTEVE, A. (1985). *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos* (2.ª ed.). Civitas.

CANALS i AMETLLER, D. (2003). *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad*. Comares.

CARRILLO DONAIRE, J. A. (2000). *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*. Marcial Pons.

CASINO RUBIO, M. (1998). *Responsabilidad civil de la Administración y delito*. Marcial Pons.

COLÓN PIAZUELO, E. (2007). *Los procedimientos especiales de responsabilidad administrativa (Expropiación, contratos, anulación de actos y leyes ampliatorias de la responsabilidad)*. Aranzadi.

COSCULLUELA MONTANER, L. (1977). Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, (84).

COSCULLUELA MONTANER, L. (2024). *Manual de Derecho Administrativo* (35ª ed., tomo II). Aranzadi La Ley.

CUETO PÉREZ, M. (2008). *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*. Civitas.

DE AHUMADA RAMOS, F. J. (2009). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos* (3ª ed.). Aranzadi.

DÍEZ SASTRE, S. (2012). *La tutela de los licitadores en las adjudicaciones de los contratos públicos*. Marcial Pons.

DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. (1996). Responsabilidad patrimonial y acción terrorista; concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (90).

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2025). Relatoría: el seminario organizado por la Revista de Administración Pública y la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre sociedades públicas, convenios y otras zonas oscuras del Derecho Administrativo. *RAP*, (226).

GALLARDO CASTILLO, M. J. (2020). *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*. Colex.

GAMERO CASADO, E. (1997). *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*. Aranzadi.

GAMERO CASADO, E. (2013). El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en CASARES MARCOS, A. B. (coord.) y QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*. Tirant lo Blanch.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2024). *Curso de Derecho Administrativo* (18ª ed., tomo II). Civitas.

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. (1976). *Derecho Procesal Civil* (8.ª ed., tomo I).

HORGUÉ BAENA, C. (1998). La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de contratos administrativos. *RAP*, (147).

HUERGO LORA, A. (1998). *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Civitas.

HUERGO LORA, A. (2002). *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*. Marcial Pons.

JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2022). Disfunciones procesales derivadas del ejercicio de la acción directa y de las acciones de regresos en caso de seguro de cobertura

de responsabilidad de la Administración pública. *Revista General de Derecho Procesal*, (57).

JORDANO FRAGA, J. (2000). *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*. Marcial Pons.

LÓPEZ MENUDO, F. (2013). Artículo 140. En SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N. (coords.), *Comentarios a la Ley 30/1992* (pp. xx-xx). Lex Nova.

MARTÍN REBOLLO, L. (1994). La responsabilidad de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica. *Documentación Administrativa*, (237-238).

MARTÍN REBOLLO, L. (2023). *Leyes administrativas (anotadas, concordadas y comentadas)* (29.ª ed.). Aranzadi.

MARTÍN RETORTILLO, L. (1987). De la eficacia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas. *Revista Vasca de Administración Pública*, (19).

MIR PUIGPELAT, O. (2000). Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre de solidaridad con las víctimas del terrorismo, y su Reglamento de desarrollo. *Indret: revista para el Análisis del Derecho*, (1).

MIR PUIGPELAT, O. (2003). La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa (Comentario a los autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa). En M. J. MONTORO CHINER (coord.), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. Atelier.

MONTOYA MARTÍN, E. (1996). *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*. Marcial Pons.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (2008). Competencias sobre el régimen de las Administraciones públicas. En S. MUÑOZ MACHADO y M. REBOLLO PUIG (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*. Thomson/Civitas.

MUÑOZ MACHADO, S. (1998). *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)* (2.ª ed.). Civitas.

PAVEL, E.-V. (2020). *El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial*. Tecnos.

PUERTA SEGUIDO, F. (2022). La responsabilidad del contratista en reclamaciones patrimoniales frente a la Administración pública por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos. *Revista Española de la Función Consultiva*, (37 y 38).

RAMÓN SIERRA, F. J. (2007). La posición de las entidades aseguradoras en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Análisis jurisprudencial y consecuencias prácticas. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, (42).

REBOLLO PUIG, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Marcial Pons.

REBOLLO PUIG, M. (2004). Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. En F. SAINZ MORENO (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración pública*. INAP.

REBOLLO PUIG, M. (2013). La reclamación de la indemnización. En T. QUINTANA LÓPEZ (dir.) y A. B. CASARES MARCOS (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*. Tirant lo Blanch.

REBOLLO PUIG, M. (2023). *Responsables de las infracciones administrativas*. Universidad de Sevilla.

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones locales por daños en la vía pública* **

Liability of local administration for damage caused to public roads

Dr. Josep Ramón Fuentes i Gasó

Universitat Rovira i Virgili

https://orcid.org/0000-0001-5669-6009

«*Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo*»[1].«La importantísima innovación introducida por [el artículo 121 de] la Ley de Expropiación Forzosa supuso, pues no obstante lo forzado de la misma, un éxito completo, que revolucionó radicalmente nuestro

* In memoriam del Dr. Manuel Ballbé Mallol, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universitat Autònoma de Barcelona, mentor, maestro y amigo (Barcelona, 4 de noviembre de 1951 – 10 de febrero de 2020).

** Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad, de la Universitat Rovira i Virgili, reconocido como Grup de Recerca Consolidat, que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitat de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

1 Con casi idéntica expresión que el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1964 (en adelante, LEF) se manifestaba el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (en adelante, LRJAE): «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquélla fuese una consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa». Y, en el mismo sentido, el artículo 106.2 de la Constitución de 1978 y, posteriormente, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Recibido: 3-09-2025

Aceptado: 31-10-2025

derecho administrativo, que continúa operando con la misma fórmula», Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, 2005.[2]

RESUMEN**:** El presente trabajo aborda la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como un pilar esencial de la buena administración y del principio de confianza legítima que debe regir en el Estado de derecho. En primer lugar, se analizan las características y requisitos del sistema de responsabilidad patrimonial, destacando las peculiaridades de su carácter objetivo, la necesidad de un daño antijurídico y la relación de causalidad. A continuación, se estudian los principales supuestos específicos de responsabilidad: la concurrencia entre distintas Administraciones, la participación del contratista, la imputación de daños a autoridades y empleados públicos, y los retos derivados de la administración electrónica y el uso de la inteligencia artificial. Seguidamente, se examina la responsabilidad patrimonial de la Administración local en relación con los daños producidos en la vía pública, cuestión de especial incidencia práctica. Se destacan sus especificidades en tanto entes más próximos a la ciudadanía, y se analizan los elementos determinantes de la responsabilidad local: la antijuridicidad del daño, el origen del deterioro de las infraestructuras, las circunstancias que inciden en la imputación y el equilibrio entre el deber de mantenimiento y conservación de las vías y el deber de diligencia exigible a la ciudadanía. Finalmente, en las conclusiones se afirma que el régimen de responsabilidad patrimonial constituye una garantía fundamental frente a la actividad administrativa, pero enfrenta importantes retos derivados de la complejidad de la gestión pública, la descentralización competencial y la digitalización de la administración.

ABSTRACT**:** This paper addresses the liability of public administrations as an essential pillar of good administration and the principle of legitimate expectations that should govern the rule of law. First, it analyzes the characteristics and requirements of the liability system, highlighting the peculiarities of its objective nature, the need for unlawful damage, and the causal relationship. Next, it studies the main specific cases of liability: the concurrence between different administrations, the participation of the contractor, the attribution of damages to public authorities and employees, and the challenges arising from e-government and the use of artificial intelligence. It then examines the liability of local government for damage caused to public roads, an issue of particular practical relevance. Its specific characteristics as the entity closest to citizens are highlighted, and the determining factors of local liability are analyzed: the unlawfulness of the damage, the origin of the deterioration of the infrastructure, the circumstances affecting attribution, and the balance between the duty to maintain and preserve the roads and the duty of diligence required of citizens. Finally, it concludes that the legal framework of financial liability consti-

[2] GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2005: 100-102).

tutes a fundamental guarantee against administrative activity but faces significant challenges arising from the complexity of public management, the decentralization of powers, and the digitization of the administration.

PALABRAS CLAVE**:** buena administración, responsabilidad, indemnización, administraciones locales, procedimiento administrativo

KEYWORDS: good administration, liability, compensation, local administration, administrative procedure.

SUMARIO**.** I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ELEMENTO INTRÍNSECO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN. 1. Características y requisitos del sistema de responsabilidad patrimonial. 2. Indemnización. 3. Responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas. 4. Responsabilidad por actividad administrativa electrónica y uso de la inteligencia artificial. III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL POR DAÑOS EN LA VÍA PÚBLICA. 1. Especificidades de la Administración local. 2. Elementos para la determinación de la responsabilidad de los entes locales. A. Antijuridicidad. B. Origen del deterioro causante del daño. C. Otras circunstancias que influyen en la determinación. D. Entre el deber de mantenimiento y conservación y el deber de diligencia. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial de la Administración pública es una de las instituciones sobre las que descansa el Estado de derecho y el derecho a la buena administración. Con ella se persigue garantizar el derecho de las personas a ser indemnizadas por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La base constitucional de la responsabilidad patrimonial se encuentra en el artículo 9.3 Constitución española (en adelante, CE) que consagra como principio general la responsabilidad de los poderes públicos y en el artículo 106.2 que establece el derecho a la indemnización por toda lesión sufrida en los bienes y derechos de las personas como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en casos de fuerza mayor. Su reconocimiento constitucional no solo la vincula con el principio de buena administración, sino también con otros valores superiores como la igualdad (art. 14 CE), al evitar que la ciudadanía soporte cargas desproporcionadas derivadas del interés general, y con la tutela judicial efectiva (art.

24 CE), en cuanto asegura que las personas disponen de un cauce eficaz de reparación frente a la actuación de los poderes públicos.

En cuanto a su régimen competencial, el artículo 149.1.18 de la CE reconoce la competencia exclusiva del Estado en esta materia «plasmando en ese marco específico el enunciado del art. 106.2 CE, siempre que la responsabilidad de la Administración pública sea atribuible al funcionamiento del servicio público y, además, haya dado lugar a una lesión efectiva»[3]. Esto significa que deberá existir una normativa común para todo el territorio español respecto de la garantía indemnizatoria general[4], sin perjuicio de que:

> [A]demás de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las comunidades autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de cohonestarse y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada. En ese sentido, la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía –indemnizatoria– que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer[5].

Con fundamento en ello, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) desarrollan el principio constitucional de la responsabilidad patrimonial. La LPACAP se centra en el procedimiento para reclamar la responsabilidad patrimonial, estableciendo plazos, requisitos y vías de recurso, mientras que la LRJSP define los principios sustantivos de la responsabilidad, incluyendo los elementos del daño resarcible, la relación de causalidad y la antijuridicidad del daño.

No obstante, la responsabilidad patrimonial no cumple únicamente una función reparadora, sino también una función preventiva y de mejora institucional. El deber de indemnizar los daños generados por una deficiente prestación de los servicios públicos actúa como incentivo para que las Administraciones adopten medidas de conservación, control y seguridad acordes con estándares de diligencia exigibles, reforzando así la confianza ciudadana en los poderes públicos.

Ahora bien, entre los distintos hechos que pueden dar lugar a una reclamación indemnizatoria frente a las Administraciones públicas, se encuentran los daños

[3] *Vid.* STC 141/2014, de 11 de septiembre (RTC 2014, 141) , FJ 8.
[4] *Vid.* STC 61/1997, FJ 33, y STC 62/2017, de 25 de mayo (RTC 2017, 62), FJ 7.
[5] STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61), FJ 33.

causados a las personas en las vías públicas que puede tener lugar, entre otros, por: caídas en aceras en mal estado, con baldosas rotas, sueltas o desniveles, socavones; baches o falta de señalización en calzadas; obstáculos imprevistos o deficiencias en el alumbrado público; daños por caída de árboles, farolas u otros elementos urbanos, y; falta de control en el uso del mobiliario urbano deteriorado.

En estos casos, las Administraciones locales juegan un papel fundamental por ser las que tienen atribuidas las competencias en materia de urbanismo, lo que incluye la conservación y mantenimiento de la vía pública, caminos vecinales, calles, plazas y demás espacios urbanos de titularidad municipal, debiendo prestar el servicio de pavimentación y conservación de vías urbanas [artículos 25.2.a) y 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL)].

Tal como señala CASADO CASADO, «l'aplicació del règim de la responsabilitat patrimonial als ens locals ha assolit una dimensió molt notable i l'increment de les reclamacions i dels procediments de responsabilitat que s'han de tramitar ha estat exponencial»[5 bis]. Y, en el mismo sentido, PARICIO RALLO apunta que cada vez es mayor el número de reclamaciones que se tramitan ante las Administraciones locales, e incluso que son reconocidas por los tribunales sobre daños causados a las personas en las vías públicas[6]. A ello se suman los retos actuales del sistema, como la digitalización administrativa, el uso de la inteligencia artificial en la toma de decisiones y la externalización de servicios, fenómenos que multiplican los escenarios de imputación de responsabilidad y obligan a reinterpretar las categorías tradicionales.

En atención a ello, la metodología del presente trabajo partirá del examen de los fundamentos constitucionales y legales de la institución, para luego centrarse en los elementos de la responsabilidad patrimonial como garantía de buena administración, y finalmente analizar sus manifestaciones específicas en el ámbito de las Administraciones locales, con especial referencia a los daños ocasionados en la vía pública.

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ELEMENTO INTRÍNSECO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como institución propia del derecho administrativo no puede analizarse de forma aislada, ya que ella forma parte de toda una estructura jurídico-constitucional que exige una Administración eficiente, transparente, responsable y respetuosa con los derechos

[5 bis] CASADO CASADO, L. (2026: 5).

[6] PARICIO RALLO, E. (2006: 91).

de las personas. Su articulación normativa, jurisprudencial y doctrinal la configura como pieza clave del principio de buena administración, al garantizar no solo la eficacia de los servicios públicos, sino también la equidad y la confianza en las instituciones democráticas. En este sentido, la responsabilidad patrimonial opera como un mecanismo corrector de los posibles excesos o deficiencias de la actuación administrativa, reforzando la legitimidad del poder público y la vigencia del Estado social y democrático de derecho.

Debe recordarse que, aunque la buena administración no cuenta con una formulación expresa en la CE, ello no ha sido una limitante para que la doctrina y la jurisprudencia en el Estado español la reconozcan como un derecho de las personas. En efecto, el principio de buena administración se deriva de los artículos 9.3 y 103 CE, en cuanto proclaman la interdicción de la arbitrariedad y la sumisión plena de la Administración a la ley y al derecho. Asimismo, la consagración explícita del derecho a la buena administración en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha favorecido su progresiva recepción en el ordenamiento español, irradiando efectos interpretativos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

En este sentido, la buena administración ha sido integrada por la jurisprudencia como un principio general del derecho. El Tribunal Supremo, en sentencias como la STS 430/2020 de 18 de mayo (FJ 6), ha afirmado que:

> El principio de buena administración, implícito en la Constitución (artículos 9.3 y 103), proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, y positivizado, actualmente, en nuestro derecho común (artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015), y en el derecho de la Unión Europea (artículos 41 y 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión), impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, o aquellas que den lugar a resultados arbitrarios, sin que baste al respecto la mera observancia estricta de procedimientos y trámites.
>
> Tal principio reclama, más allá de ese cumplimiento estricto del procedimiento, la plena efectividad de las garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente y ordena a los responsables (….) observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y la de garantizar la necesaria protección jurídica de los ciudadanos, impidiendo situaciones absurdas, que generen enriquecimiento injusto o, también, que supongan

una tardanza innecesaria e indebida en el reconocimiento de los derechos que se aducen[7].

Esta doctrina muestra cómo el principio de buena administración exige una actitud activa de la Administración en la protección de los derechos de las personas, en la prevención de daños y en la reparación de los perjuicios ocasionados. No basta, pues, con cumplir formalmente los trámites procedimentales; se requiere un compromiso material con la justicia, la equidad y la eficacia.

Partiendo de ello, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se convierte en un elemento funcional de la buena administración, al operar como garantía de control, rendición de cuentas y reparación frente a los efectos lesivos de la actuación administrativa. Tal conexión ha sido destacada por autores como GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien la responsabilidad patrimonial es un reflejo del principio de legalidad en su proyección más protectora: la tutela de la ciudadanía ante el poder público[8]. De igual modo, otros autores como DOMÉNECH PASCUAL y MEDINA ALCOZ subrayan que la responsabilidad patrimonial no es solo una técnica de reparación, sino también un instrumento de prevención y de disciplina administrativa, en tanto obliga a los poderes públicos a actuar con la diligencia exigida por el principio de servicio objetivo a los intereses generales[9].

Y es que el contenido mínimo de la buena Administración exige que las personas no solo tengan derecho a ser bien atendidas, sino también a ser resarcidas cuando la Administración, incluso actuando correctamente, les causen un perjuicio antijurídico[10]. Este enfoque lo comparte FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al señalar que una buena Administración será aquella que responde, que repara y que no deja en indefensión a las personas lesionadas por su actuación[11]. De este modo, el derecho a la buena administración encuentra en la responsabilidad patrimonial uno de sus ejes más claros de efectividad práctica, pues transforma el principio en un derecho subjetivo exigible frente a los poderes públicos.

Respecto al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, tal como se indicó, son la LPACAP y la LRJSP las que desarrollan esta institución jurídica, estableciendo el artículo 32.1 de la LRJSP establece que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los

7 LITAGO LLEDÓ, R. (2021: 131).

8 GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2002: 185). GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2003: 15).

9 DOMÉNECH PASCUAL, G. y MEDINA ALCOZ, L. (2024: 802).

10 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2013: 41).

11 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2019: 256).

servicios salvo en los casos de fuerza mayor» y añade «o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. 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».

Ello evidencia que la responsabilidad patrimonial no se agota en su vertiente legal-procedimental, sino que debe interpretarse de manera sistemática como un elemento que materializa el derecho a la buena administración. En consecuencia, en los apartados siguientes no solo se revisarán las características, requisitos y elementos más relevantes del sistema, sino también sus proyecciones prácticas con especial atención a cómo la responsabilidad patrimonial puede garantizar los estándares constitucionales de transparencia, diligencia y tutela efectiva.

1. Características y requisitos del sistema de responsabilidad patrimonial[12]

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el Estado español presenta una serie de características que, de acuerdo con MARTÍN REBOLLO, permiten entender su alcance y configuración[13]. Tradicionalmente, se ha sostenido que se trata de un sistema *unitario y común*, atribuido al Estado en virtud del artículo 149.1.18 CE, que asegura un marco homogéneo para todas las Administraciones, sin perjuicio de que las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer supuestos indemnizatorios adicionales, siempre respetando lo previsto en la LPACAP y la LRJSP[14]. Además, es un régimen *general*, ya que afecta a todas las Administraciones públicas —estatal, autonómica, local y entes instrumentales— y cubre la totalidad de la actividad administrativa, tanto de acción como de omisión, lo que ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en sentencias como la de 7 de abril de 1989, en la que se subrayó que «al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración, que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal», de lo cual queda claro que la responsa-

[12] *Vid in totum* FUENTES I GASÓ J. R. (2020: 296-303); CASADO CASADO, L. (2026: 1-72).

[13] MARTÍN REBOLLO, L. (2000: 295).

[14] STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61), FJ 33. Efectivamente, estamos en presencia de un sistema unitario de derecho administrativo, como ha sido reconocido entre otros, por LEGUINA VILLA, J. (1980: 44); DOMÉNECH PASCUAL, G. y MEDINA ALCOZ, L. (2024: 806). Debe advertirse que algunas legislaciones sectoriales contienen regulaciones específicas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, como, por ejemplo, el Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana o la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

bilidad patrimonial de las Administraciones públicas podrá exigirse contra cualquier actuación de ésta que cause un daño a una persona, ya sea por acción o por omisión.

Asimismo, la responsabilidad patrimonial se caracteriza por ser *directa*: las personas reclaman frente a la Administración, sin necesidad de demandar individualmente a los agentes que causaron el daño, aunque ésta pueda luego repetir contra ellos. «Solo tienen la posibilidad de reclamar contra la correspondiente Administración»[15] .

Pero la característica que más ha marcado la evolución del sistema es su carácter objetivo[16], entendido en el sentido de que lo relevante no es la existencia de una conducta culposa por parte de la Administración, sino la constatación de un daño antijurídico, es decir, un perjuicio que la persona no tenga el deber jurídico de soportar, lo que en palabras de JORDANO FRAGA[17] se ha convertido en la puerta de reducción de la propia objetividad.

En este sentido, advierte FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que no puede confundirse este modelo con una «responsabilidad objetiva global», es decir, con la idea de que la Administración responde siempre y en todo caso por el mero vínculo causal material. El sistema, desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y su constitucionalización en el artículo 106.2 CE, se articula sobre la antijuridicidad del daño como eje central, lo que implica matizar la supuesta objetividad absoluta[18]. La jurispru-

---

[15] DOMÉNECH PASCUAL, G. y MEDINA ALCOZ, L. (2024: 806). En este sentido, el Tribunal Supremo en TSJ 836/2022, de 23 de junio, ha reconocido el carácter directo del sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas al afirmar que: «(...) de modo que la Administración cubre directamente, y no solo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y personal laboral, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquellos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves (...)».

[16] MIR PUIGPELAT, O. (2008: 652). CARAZA CRISTÍN, M. M. (2016: 236). Hay que señalar que pueden encontrarse algunas sentencias del Tribunal Supremo que abren la puerta a cierta subjetividad en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Por ejemplo, la STS, Sala Tercera, de 24 de marzo de 2014 (FJ 4) en la que se señaló que «una reiterada Jurisprudencia que expresamente advierte que la responsabilidad objetiva no convierte a la Administración en aseguradora universal de todos los eventos dañosos (sentencia de 29 de enero de 2013 —recurso 5781-2010—), y que hace depender la apreciación de la responsabilidad, además de en la existencia de un daño real efectivo, no equiparable, como dice la sentencia de 15 de enero de 2012 —recurso 817/2011—, a meras especulaciones o expectativas, a la antijuridicidad del resultado o lesión, entendiendo que concurre cuando al particular que lo sufre no le impone el ordenamiento jurídico el deber de soportarlo (sentencias de 29 de noviembre de 2011 —recurso 6335/2009—) y 3 de diciembre de 2012 —recurso 4232/2010—)». *Vid.* LEONARDO ZORRILLA, L. A. (2018: 7).

[17] Para quién, «si la clave fundamental o radical es la fuerza mayor, se impone, pues, comprobar si esta nueva identificación se corresponde con las premisas conceptuales y jurisprudenciales de la fuerza mayor en nuestro ordenamiento jurídico (…). Y es que habrá de convenirse que no puede irse contra la naturaleza de las cosas», JORDANO FRAGA, J. (1999: 327).

[18] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2021: 184-185).

dencia ha incorporado criterios de imputación que recuerdan a la culpa *in vigilando*[19] o *in eligendo*, especialmente en los supuestos de omisión de deberes de conservación, vigilancia o seguridad. En la misma línea, PANTALEÓN PRIETO subraya que el carácter objetivo del sistema se encuentra limitado por la necesidad de determinar si el perjuicio entra en el ámbito de riesgos que el ordenamiento considera imputables a la Administración. En particular, los supuestos de omisión de deberes de conservación, seguridad o prevención evidencian que, aunque no se requiera acreditar culpa en sentido estricto, la imputación se aproxima a una lógica de culpa *in vigilando*, que funciona como criterio de atribución cuando la Administración no ha adoptado las medidas razonables para evitar el daño[20].

De este modo, la responsabilidad patrimonial en el Estado español puede definirse como un sistema objetivo en su estructura, pero no ilimitado ni automático, ya que exige siempre la concurrencia de requisitos materiales: un daño efectivo, evaluable e individualizado; su carácter antijurídico, entendido como la ausencia del deber legal de soportarlo[21]; su producción como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en casos de fuerza mayor[22]; y la existencia de una relación de causalidad adecuada entre la actuación administrativa y el perjuicio. La jurisprudencia ha reiterado que este nexo causal debe ser directo, inmediato y exclusivo, aunque admite modulaciones en supuestos de causalidad indirecta o concurrente, conforme a la teoría de la causalidad adecuada.

La última característica del sistema de responsabilidad patrimonial en el Estado español es que es integral e indemnizatoria, porque se podrá reparar todo tipo de daños (materiales o morales), aunque limitada en el tiempo a un plazo de prescripción de un año. El Tribunal Supremo ha destacado la finalidad indemnizatoria de la responsabilidad en la STS 786/2023, de 13 de junio, donde señaló que: «El instituto de la responsabilidad patrimonial tiene una finalidad netamente resarcitoria, que

[19] BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2016: 381) explica que «La culpa *in vigilando* o *in omittendo* no es más que una modalidad de la presunción de culpa, que en cualquier caso se distingue de esta última en que la causa del daño sí se conoce. Sobre esta modalidad de culpa opera una presunción, si bien no exactamente para deducir un hecho, sino para interpretar directamente la responsabilidad».

[20] PANTALEÓN PRIETO (2022: 3-5).

[21] *Vid.* STS de 31 de octubre de 2000 y STS de 30 de octubre de 2003.

[22] La fuerza mayor «viene constituida por aquellos hechos que, aun siendo previsibles, son, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado, y entronca con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito se refiere a aquellos sucesos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida», STSJ de Justicia de la Comunidad Valenciana, núm. 277/2006, de 6 de marzo. En el mismo sentido, la STS de 25 de junio de 1982, STS de 11 de abril de 1987, STS de 17 de febrero de 1989, STS de 3 de octubre de 1994, STS de 3 de mayo de 1995, STS de 30 de septiembre de 1995 y STS de 3 de noviembre de 1998, STS de 12 de marzo de 2008.

pretende compensar por el daño ocasionado por la actuación de la Administración, cuando, como es natural, se evidencie la certeza de que ha sido producido por un acto u omisión decisiva que produce un resultado dañoso (...)».

Esto trae como consecuencia que el daño indemnizable es únicamente el que merezca la consideración de lesión, entendida, según la doctrina y jurisprudencia, como daño antijurídico[23]; antijuridicidad que deriva no del hecho de que la conducta de quien lo causa sea contraria a derecho, sino de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo (artículo 34.1 LRJSP)[24], por no existir causas de justificación que lo legitimen.

En definitiva, el sistema de responsabilidad patrimonial en el Estado español constituye una garantía esencial para las personas, que asegura la reparación integral de los daños derivados de la actuación administrativa, pero sin que pueda sostenerse que sea absolutamente objetivo. Su verdadera naturaleza radica en una objetividad limitada, en la que el núcleo es la antijuridicidad del daño y en la que los criterios de imputación, lejos de ser automáticos, requieren siempre un juicio jurídico que valore la razonabilidad de la actuación administrativa y la existencia de un deber de diligencia incumplido.

2. Indemnización

En cuanto a la indemnización a recibir por la persona afectada, la regla general es que deberá ser restituida en la integridad patrimonial[25] menoscabada por la actuación administrativa dañosa. Partiendo de ello, y tomando en consideración lo previsto en los artículos 32.1 y 34.1 de la LRJSP, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tenemos que para que proceda el derecho a la indemnización por razón de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública deben concurrir los siguientes requisitos esenciales:

a. Existencia y realidad de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado[26] con relación a una persona, y antijurídico, es decir, que la

[23] *Vid.* STS de 22 de abril de 1994, STS de 28 de enero de 1999, STS de 8 de octubre de 1999, STS de 14 de febrero de 2006, STS de 14 de julio de 2008, STS de 22 de septiembre de 2008.

[24] *Vid.* STS de 16 de diciembre de 1997, STS de 14 de febrero de 2006.

[25] El TS ha reiterado en innumerables sentencias que la reparación tiene que ser integral, es decir, que equivalga a los daños sufridos por el perjudicado; lo que se denomina «principio de total indemnidad». *Vid.* la STS de 20 mayo de 1977, STS de 2 febrero de 1980, STS de 5 junio de 1981, STS de 30 marzo 1982, STS de 19 noviembre de 1996, STS de 23 noviembre 1996, STS de 24 enero de 1997, STS de 14 febrero de 1998, STS de 31 diciembre de 2001, STS de 9 febrero de 2002 y la STS de 1 febrero de 2003, entre otras.

[26] La responsabilidad patrimonial de la Administración «exige la concurrencia de la necesaria causación de unos daños reales, efectivos e individualizados, que no pueden basarse en meras hipótesis o conjeturas», STS de 24 de febrero de 2005, STS de 23 de marzo de 2009.

persona afectada no tenga el deber jurídico de soportarlo. Así se ha reflejado por la jurisprudencia, señalando que la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración pública, sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que la ciudadanía 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. Y es que la «responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico, decae la obligación de la Administración de indemnizar»[27]. El daño antijurídico puede abarcar tanto daños materiales como inmateriales, incluyendo perjuicios económicos indirectos y pérdidas de oportunidad, siempre que sean evaluables y no hipotéticos[28].

b. Lesión como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos[29], y no producida por fuerza mayor. Como afirma FERNÁNDEZ RODERA, para que pueda concurrir el reconocimiento de una indemnización será necesario que la lesión alegada sea efectiva, es decir, que se haya producido realmente y no sea una mera probabilidad y que esta lesión sea evaluable económicamente; la jurisprudencia también se considera indemnizables los daños morales, entendidos como daños en la esfera afectiva de los particulares[30].

Respecto de la fuerza mayor, EMBID IRUJO, afirma que son «dos las características las propias de la fuerza mayor: inevitabilidad y suceso 'externo' al desenvolvimiento del servicio público. Por lo tanto, no es la imprevisibilidad del hecho nota

[27] STS de 22 de abril de 1994. En el mismo sentido, la, que cita la STS de 19 enero de 1988, STS de 7 de junio de 1988, STS de 29 de mayo de 1989, STS de 8 de febrero de 1991 y la STS de 2 de noviembre de 1999, STS de 31 de octubre de 2000 y la STS de 31 de octubre de 2003.

[28] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (2013: 809).

[29] La STS de 14 de octubre de 2014 establece que la responsabilidad patrimonial pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, especialmente en casos de funcionamiento anormal.

[30] El principio de reparación integral (STS de 4 de mayo de 1995), pero sin enriquecimiento injusto (STS de 15 de octubre de 1990) y el '*quantum*' no tiene cabida en casación (STS de 18 de septiembre de 2000), salvo cuando la cuantía sea arbitraria, absurda u olvide algún concepto (STS de 8 de mayo de 2002). Se satisfará el daño emergente y el lucro cesante, pero no los «sueños de ganancia», pues «las expectativas o ganancias dudosas o contingentes no son indemnizables» (STS de 2 de octubre de 1999). Los daños morales son indemnizables (STS de 20 de marzo de 2002, STS de 19 de octubre de 2004, STS de 6 de abril de 2006, STS de 30 de junio de 2006, SAN de 16 de enero de 2013). El baremo para accidentes de circulación no es vinculante para los Tribunales, pero puede ser tenido en cuenta por su objetividad y rigor (STS de 9 de febrero de 2010 y SAN de 9 de diciembre de 2013) y procede abonar intereses legales del monto principal desde la reclamación en vía administrativa (STS de 4 de octubre de 2004 y de 14 de octubre de 2004). *Vid.* FERNÁNDEZ RODERA, J. A. (2016: 1).

característica del concepto de fuerza mayor, pues el acontecimiento puede ser perfectamente previsible (cómo no pensar en la posibilidad de producción de inundaciones cuando acaecen unas fuertes lluvias), pero dadas sus características de intensidad desmedida, la catástrofe (la inundación en concreto) es inevitable»[31]. Mientras que, para JORDANO FRAGA, la fuerza mayor constituye una barrera para la existencia de responsabilidad en cuanto elemento constitucionalizado del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas, de allí que resulte relevante delimitar este concepto con miras a poner en acción los mecanismos de reparación de las víctimas[32].

> c. Relación de causalidad o «nexo causal» entre el funcionamiento del servicio público y el daño o lesión, que impone la comprobación de la existencia de una causa-efecto entre el funcionamiento del servicio público y los daños que se invocan, es decir, si los mismos son imputables a la Administración[33], siempre que exista el deber de actuar de ésta[34].

Este necesario e imprescindible nexo causal debe ser, en general, directo, inmediato y exclusivo, lo que habrá de apreciarse de forma casuística. Sin embargo, a veces la relación de causalidad puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes[35]. Así, la jurisprudencia[36] ha establecido la llamada «Teoría de la causalidad adecuada», que es definida como «la causa necesariamente idónea para determinar el evento o resultado», es decir, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, atendiendo a las circunstancias del caso[37], que sea la causa sea adecuada, eficiente o necesariamente idónea e, incluso, directa y exclusiva, sin intervención ajena para provocar el resultado por el que se reclama[38]. A pesar de ello, «especialmente para los supuestos de funcionamiento anormal, viene empezando a admitir la posibilidad de que se aprecie, aún mediante formas mediatas, indirectas y concurrentes»[39].

31 EMBID IRUJO, A. (2018: 144).

32 JORDANO FRAGA, J. (2023: 156).

33 *Vid.* BELADÍEZ ROJO, M. (1997: 93) y ESTEVE PARDO, J. (1999: 209).

34 RANDO BURGOS, E. (2024: 72).

35 Tal como ha declarado la STS de 16 de noviembre de 1974 y se ha reiterado en la STS de 25 de enero de 1997, STS de 26 de abril de 1997, STS de 16 diciembre de 1997, STS de 4 de mayo de 1998, STS de 13 de marzo de 1999, la STS de 28 de julio de 2001.

36 PARICIO RALLO, E. (2009: 355-446); y FERNÁNDEZ MOLTAVO, R. (2009: 245-352).

37 STS de 8 de mayo de 2006, que recoge la STS de 5 de diciembre de 1995.

38 IBERLEY, DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN (2025: 23).

39 La STS de 12 de diciembre de 2006, viene manteniendo que en lo que atañe al nexo causal, se ha superado la inicial doctrina que supeditaba la responsabilidad de la Administración a la existencia de una relación no solo directa, sino exclusiva entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo (STS de 28 de enero de 1972) lo que suponía excluir dicha responsabilidad cuando en el proceso causal incidía el comportamiento del perjudicado o la intervención de un tercero, de manera que la jurisprudencia viene manteniendo que dicha intervención no supone excluir la responsabilidad de la administración, salvo que aquella resulte absolutamente determinante, así como señala la STS de 14 de octubre de 2004, 'la jurispru-

Ahora bien, no siempre ha sido fácil definir el concepto de «nexo causal». Esa dificultad de definición fue puesta de manifiesto por la STS de 28 de marzo de 2000 y la STS de 6 de febrero de 2001, en las que se señaló que:

> [E]l concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar que hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *conditio sine qua non*, esto es como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se produzca como consecuencia o efecto del primero, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso (STS de 5 de diciembre 1995).

Respecto a la cuantía de la indemnización, el artículo 34.2 LRJSP se remite «a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa, y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado» e introduce la posibilidad de tomar como referencia a valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social en los supuestos de muerte o lesiones corporales[40].

En relación al cálculo de la indemnización, el apartado 3 del artículo 34 de la LRJSP establece que se calculará tomando como referencia el día en que la lesión se produjo, sin perjuicio que pueda ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de garantía de la competitividad (IGC), fijado por el Instituto Nacional de Estadística. También se podrán exigir los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, según lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las comunidades autónomas.

Con relación a la indemnización por los daños causados por una ley declarada posteriormente inconstitucional o como consecuencia de la aplicación de una norma

dencia ciertamente ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe de concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, mas no queda excluido que la expresada relación causal —especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en STS de 18 de julio de 2002— pueda aparecer mediante formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (STS de 8 de enero de 1967, STS de 27 de mayo de 1984, STS de 11 de abril de 1986, STS de 22 de julio de 1988, STS de 25 de enero de 1997 y STS de 26 de abril de 1997, entre otras).

[40] La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, introduce un nuevo sistema y regula las indemnizaciones por causa de muerte, por secuelas y por lesiones temporales. En cada uno de estos supuestos se distingue entre el perjuicio personal básico, los perjuicios particulares y el perjuicio patrimonial, que a su vez se distingue entre daño emergente y lucro cesante.

contraria al derecho de la Unión Europea (en adelante, UE), se establece un plazo de retroactividad indemnizatoria de los efectos lesivos causados por estas normas[41]. En este sentido, 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 UE, salvo que la sentencia disponga otra cosa (artículo 34.1 de la LRJSP).

3. Responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas

La responsabilidad patrimonial concurrente es aquella que surge cuando dos o más Administraciones públicas intervienen en la producción de un daño indemnizable. Esta responsabilidad deriva de la consolidación de un modelo de Estado descentralizado en España, con competencias repartidas entre el Estado, las comunidades autónomas, las entidades locales y los entes públicos, que ha incrementado las situaciones en las que varias Administraciones públicas participan en la gestión de un servicio público o en la adopción de decisiones que pueden causar daño a las personas[42].

La responsabilidad patrimonial concurrente se encuentra recogida en el artículo 33 de la LRJSP que prevé que las Administraciones intervinientes responderán frente a la persona afectada, en todo caso, de forma solidaria, cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en dicha ley.

La imputación de la responsabilidad y la determinación del reparto entre las Administraciones públicas concurrentes pueden determinarse atendiendo a criterios de solidaridad o de mancomunidad, dependiendo de las circunstancias del caso. En este sentido, cuando se pueda identificar la intervención y la contribución concreta de cada Administración en la realización del daño, dicha Administración responderá en proporción a su grado de participación, por el contrario, cuando no sea posible determinar el grado exacto de participación de cada Administración, la persona perjudicada puede reclamar la indemnización a cualquiera de ellas, sin perjuicio del derecho de repetición. Así lo estableció el Tribunal Supremo en sentencia núm. 1653/2019, de 2 de diciembre al señalar que:

> [L]a jurisprudencia viene señalando el fundamento de la responsabilidad solidaria de las Administraciones públicas, caso de la sentencia de 5 de febrero de 2005 SIC (rec.518/2003), con referencia a la de 23 de noviembre de 1999, declarando que «El principio de solidaridad entre las Administraciones públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice

41 *Vid.* GUERRA POSADAS, R. (2016: 28).
42 MUÑOZ MACHADO, S. (1992: 67-77).

> la sentencia de 15 de noviembre de 1993, de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones no sólo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas "colegiadas" de actuación, sino también, al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre aquéllas (STS de 13 de febrero de 1997, recurso núm. 14259/1991)». Sin embargo, tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las Administraciones intervinientes. En estos casos se impone atribuir legitimación a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño (STS de 15 de noviembre de 1993).

Así, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención y será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

4. Responsabilidad por actividad administrativa electrónica y uso de la inteligencia artificial

La responsabilidad patrimonial derivada de la actividad administrativa electrónica constituye una de las manifestaciones más recientes del instituto de la responsabilidad en el derecho administrativo. Su gestación se remonta a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que en su artículo 45 obligaba a las Administraciones públicas a impulsar el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en su actuación. No obstante, fue la aprobación de la LPACAP y de la LRJSP, lo que supuso la consolidación definitiva de la administración electrónica en el núcleo del ordenamiento jurídico del Estado español. Estas leyes reconocen derechos concretos de la ciudadanía, como el de comunicarse con las Administraciones a través de un punto

de acceso general electrónico, el de ser asistidos en el uso de medios digitales y el de utilizar sistemas de identificación y firma electrónica, además de regular figuras novedosas como los registros electrónicos de apoderamientos[43].

La incorporación de tecnologías de la información y, más recientemente, de herramientas basadas en inteligencia artificial plantea el riesgo de que se produzcan daños que las personas no tengan el deber jurídico de soportar y que, en consecuencia, puedan generar responsabilidad patrimonial de la Administración[44]. En este ámbito, el artículo 13 f) de la LPACAP reconoce expresamente el derecho a exigir responsabilidades a las Administraciones públicas y sus autoridades, mientras que el artículo 20 de la misma norma subraya la obligación de los titulares de las unidades administrativas y del empleado público de velar por la correcta tramitación de los procedimientos, en los que deben entenderse incluidos aquellos que se tramiten mediante el uso de herramientas electrónicas y de inteligencia artificial.

En este contexto, la doctrina ha tratado de clasificar los supuestos de responsabilidad patrimonial derivados de la digitalización administrativa. BELTRÁN CASTELLANOS identifica tres categorías principales: la responsabilidad de tipo informático (que comprende la puesta a disposición de las personas toda la información que requiera, o la publicación de la información electrónica obligatoria exigida por la legislación de transparencia, e incluso la información publicada por la Administración de forma voluntaria cuándo ésta tenga un contenido impreciso o incorrecto), la de tipo documental (que comprende la entrega por parte de la Administración a la ciudadanía de un documento que le permita realizar una actividad o exigir de la Administración una determinada prestación, o también, la obtención de certificaciones de todo tipo –nacimiento, matrimonio, empadronamiento, tributarias–, obtención de licencias o autorizaciones –de actividades, de obras, etc.– o, la expedición i renovación de permisos –circulación, conducir, DNI–) y la de tipo transaccional (que comprende aquellas actuaciones administrativas de las que no se desprende claramente una actividad prestacional de la Administración a favor de la persona o que también le pueden generar un daño si se desarrollan de forma incorrecta –pago de impuestos, presentación de recursos administrativos, contratación pública electrónica, que exigen un desarrollo total o parcial de un previo procedimiento electrónico–)[45]. Estos tres ámbitos evidencian que la digitalización no elimina los deberes de la Administración frente a la ciudadanía, sino que los proyecta sobre nuevas formas de interacción.

---

[43] FUENTES I GASÓ, J. R. y VIVAS ROSO, J. (2024: 475).

[44] Por su naturaleza, «todos estos servicios públicos pueden ser prestados indistintamente en la modalidad 'tradicional' o 'electrónica', pudiendo considerarse incluso más conveniente su prestación por medios electrónicos por razones de eficacia, costes y tiempo», BELTRÁN CASTELLANOS, J. M. (2019: 68).

[45] BELTRÁN CASTELLANOS, J. M. (2019: 81).

La problemática se intensifica con la incorporación de sistemas de inteligencia artificial. Como advierte MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, pueden darse situaciones en que un algoritmo genere decisiones sesgadas y, por tanto, discriminatorias en ámbitos especialmente sensibles: selección de personal en el acceso al empleo público, concesión de becas o ayudas sociales, valoración de méritos en procesos de provisión de plazas, o incluso en la evaluación de solicitudes de prestaciones por dependencia[46]; que se produzcan filtraciones de datos sensibles que vulneren el derecho fundamental a la protección de datos personales[47]; que los chatbots y asistentes virtuales induzcan a error a los usuarios en sus trámites[48]; o que el mal funcionamiento de sistemas automatizados produzca daños directos[49], como por ejemplo, que un dron dedicado a la vigilancia de incendios sufriera un fallo en su software de pilotaje automático y se precipitase sobre una vivienda, ocasionando graves daños materiales, o que un sistema de inteligencia artificial empleado en la gestión hospitalaria asigna incorrectamente medicación a pacientes, con consecuencias para su salud.

La identificación de la responsabilidad en estos casos no es sencilla. A la dificultad técnica de determinar la causa del daño se suma la llamada «opacidad algorítmica», fenómeno que describe la imposibilidad de conocer con precisión cómo un sistema de inteligencia artificial ha llegado a una determinada conclusión o decisión[50]. Este rasgo, común en los algoritmos de aprendizaje automático, genera un obstáculo casi insalvable en términos de imputación de responsabilidad: ¿El error provino de un defecto en el diseño del algoritmo, de un sesgo en los datos de entrenamiento, de una actualización defectuosa en el tiempo, o de una deficiente supervisión por parte de la Administración que lo utiliza?

ALCOLEA AZCÁRRAGA sostiene que esta opacidad plantea un reto inédito para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pues rompe con el esquema tradicional de causalidad lineal[51]: en los supuestos clásicos de daños derivados de un contrato público, el perjuicio podía imputarse bien a la Administración (por órdenes directas o vicios de proyecto), bien al contratista (por errores en la ejecución). Sin embargo, en el caso de la inteligencia artificial, la decisión dañosa

[46] BERNING PRIETO, A. (2023: 172-173).

[47] Reconocido, entre otros, en el artículo 18.4 de la Constitución española, el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

[48] Un caso ilustrativo podría darse cuando un *chatbot* de la Agencia Tributaria facilita información equivocada sobre los plazos de presentación de un impuesto, induciendo al contribuyente a incumplir el plazo legal y provocando recargos y sanciones.

[49] MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2023: 114-115).

[50] ALCOLEA AZCÁRRAGA C. (2022: 5).

[51] ALCOLEA AZCÁRRAGA C. (2022: 12-13).

emerge de procesos internos autónomos y dinámicos del sistema, lo que complica determinar con exactitud el «nexo causal» exigido por el art. 32 LRJSP.

De ahí que surja la duda de si debe responder exclusivamente la Administración que emplea el sistema, en cuanto titular de la potestad pública y garante último de los derechos de la ciudadanía; la empresa desarrolladora del algoritmo, en cuanto responsable de la creación de la herramienta defectuosa, o ambas de manera solidaria.

Este debate recuerda al de la responsabilidad por contratistas, pero con un agravante esencial: en los supuestos tradicionales, el contratista ejecuta órdenes de la Administración dentro de un marco de previsibilidad, mientras que en la inteligencia artificial la decisión puede tener un carácter autónomo y evolutivo, escapando incluso al control inmediato del propio desarrollador.

La UE ha tratado de dar respuesta a esta problemática en el Reglamento 2024/1689/UE, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial), que impone a proveedores y responsables del despliegue de determinados sistemas de inteligencia artificial obligaciones estrictas de transparencia, trazabilidad y supervisión humana, con la finalidad de mitigar la opacidad algorítmica (artículos 12; 14 y 50). El Estado español todavía no ha aprobado una normativa específica que regule los sistemas de inteligencia artificial; sin embargo, resultarán aplicables los principios y postulados de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y, en este sentido, responderá la Administración como titular del servicio público, con independencia de la dificultad de determinar el origen técnico del fallo[52].

Otro de los desafíos está relacionado con la ciberseguridad. Los ciberataques o los fallos en la custodia de bases de datos públicas no son incidentes meramente técnicos o contingencias inevitables del entorno digital, sino que constituyen auténticas vulneraciones del derecho fundamental a la protección de datos personales. La Administración, en estos casos, no puede exonerarse alegando la complejidad tecnológica ni la inevitabilidad de ciertos ataques. El principio de responsabilidad consagrado en el artículo 32 LRJSP y la obligación de seguridad en el tratamiento de los datos personales contenida en el artículo 32 RGPD exigen que se repararen los daños causados siempre que la persona afectada no tenga el deber jurídico de soportarlos. Por ello, cuando se produzca una brecha de seguridad que derive en la filtración de datos, la alteración de expedientes electrónicos o la pérdida de información sensible, la Administración deberá responder patrimonialmente si no adoptó las medidas de

[52] Sobre el tema, pueden consultarse, entre otros: VALERO TORRIJOS, J. (2019: 82-96); MENDILIBAR NAVARRO, P. (2024); MERCADER UGUINA, J. (2024: 211-227).

seguridad adecuadas, entendidas éstas conforme a los estándares técnicos y normativos vigentes[53].

En este ámbito, adquiere especial relevancia el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) en el sector público, regulado por el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, que fija los «principios básicos y requisitos mínimos necesarios para una protección adecuada de la información tratada y los servicios prestados por las entidades de su ámbito de aplicación, con objeto de asegurar el acceso, la confidencialidad, la integridad, la trazabilidad, la autenticidad, la disponibilidad y la conservación de los datos, la información y los servicios utilizados por medios electrónicos que gestionen en el ejercicio de sus competencias» (artículo 1). La inobservancia de estas medidas, o su aplicación de manera deficiente, refuerza la imputación de responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas.

Los fallos de ciberseguridad en el sector público deben entenderse no como meros problemas técnicos, sino como fallos estructurales de la función administrativa, que lesionan derechos fundamentales y comprometen la confianza de la ciudadanía en la Administración digital[54]. Por ello, la exigencia de responsabilidad patrimonial en estos casos actúa como un mecanismo no solo de reparación individual, sino también de incentivo institucional para reforzar las políticas de prevención, inversión en infraestructuras seguras y cultura organizativa en torno a la protección de datos.

En definitiva, el uso de herramientas de inteligencia artificial por parte de las Administraciones públicas plantea no solo un problema técnico, sino que exige reforzar sus mecanismos de supervisión, implementar auditorías periódicas de los sistemas de inteligencia artificial y establecer canales claros de reclamación y reparación para la ciudadanía. De lo contrario, el riesgo es doble: la producción de daños patrimoniales que den lugar a la obligación de indemnizar y la erosión de la confianza de las personas en la equidad del Estado social y democrático de derecho. La digitalización administrativa y la aplicación de inteligencia artificial amplían de manera notable los supuestos de responsabilidad patrimonial. La Administración ya no responde únicamente por actos materiales o jurídicos en el marco de procedimientos tradicionales, sino también por la fiabilidad, seguridad y neutralidad de los sistemas tecnológicos que emplea. Ello obliga a replantear, desde una perspectiva garantista, el alcance del régimen de responsabilidad patrimonial y la forma en que se articula la imputación de daños en un contexto de creciente automatización.

[53] EXPÓSITO GÁZQUEZ, A. (2021: 18-25). MORENO FONTARROSA, A. (2022: 1-17).
[54] CERASELA PANA A. (2021: 35)

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL POR DAÑOS EN LA VÍA PÚBLICA

El reconocimiento de la responsabilidad directa de las Administraciones locales se encuentra recogido en el artículo 54 de la LRBRL y en el artículo 223 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante, ROF). Ambos preceptos establecen que los entes locales responderán de manera directa por los daños y perjuicios ocasionados a las personas en sus bienes y derechos, cuando estos sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, conforme a lo dispuesto en la legislación general sobre responsabilidad administrativa[55]. Estas previsiones normativas no constituyen un mero enunciado declarativo, sino que representan la cristalización de un principio fundamental del Estado de derecho: la sujeción de la Administración al deber de reparar los daños que genera cuando su actuación, o su omisión, se revela contraria al estándar de funcionamiento normal que la ciudadanía legítimamente espera.

Tal como afirma PRESICCE[56], son numerosos los supuestos en los que se puede cuestionar la gestión de los servicios públicos de competencia local, entendiendo o considerando la existencia de inactividad o insuficiencia en las actuaciones de inspección, control y gestión de servicios, y fruto de dicha inactividad o actividad insuficiente se ha producido un daño. De hecho, en el ámbito local este tipo de reclamaciones adquiere especial relevancia, puesto que la ciudadanía mantiene una relación cotidiana, inmediata y directa con los servicios gestionados por los ayuntamientos, a diferencia de lo que sucede con la Administración estatal o autonómica. La proximidad de los entes locales a las personas convierte a estas instituciones en las primeras responsables de garantizar la seguridad, accesibilidad y adecuación de los espacios públicos, lo que a su vez incrementa la probabilidad de que sean exigidas por daños derivados de deficiencias en dichos servicios[57].

Entre estos supuestos se encuentran los daños causados a las personas en las vías públicas que puede tener lugar, entre otros, por: caídas en aceras en mal estado, con baldosas rotas, sueltas o desniveles, socavones; baches o falta de señalización en calzadas; obstáculos imprevistos o deficiencias en el alumbrado público; daños por caída de árboles, farolas u otros elementos urbanos, y; falta de control en el uso del mobiliario urbano deteriorado y es que, las Administraciones locales tienen atribuidas las competencias en materia de urbanismo, lo que incluye la conservación y

[55] MARTÍN REBOLLO L. (2003: 924-925); FUENTES I GASÓ J. R. (2020: 319); MAGÁN PERALES, J. M. (2010: 895-974).

[56] PRESICCE, L. (2019; 151-188).

[57] FUENTES I GASÓ J. R. (2025: 58)

mantenimiento de la vía pública, caminos vecinales, calles, plazas y demás espacios urbanos de titularidad municipal, debiendo prestar el servicio de pavimentación y conservación de vías urbanas [artículos 25.2.a) y 26.1.a) de la LBRL]. Esta atribución competencial es relevante porque anuda la imputación del daño al municipio cuando el deterioro del pavimento o la ausencia de señalización preventiva revelan un funcionamiento anormal del servicio.

Advierte FUENTES I GASÓ que la responsabilidad de los entes locales por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos se somete a la legislación general en materia de responsabilidad patrimonial, es decir, a lo dispuesto en la LRJSP y en la LPACAP. Ninguna de estas normas contempla un régimen jurídico ni un procedimiento administrativo específico para las Administraciones locales en esta materia. En consecuencia, la apreciación de la responsabilidad patrimonial de una Administración local exige el cumplimiento de los mismos requisitos previstos en el procedimiento general de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública[58].

1. Especificidades de la Administración local

Para probar la existencia un daño o lesión patrimonial, sufrida a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público y, por tanto, dar por cumplida la existencia de relación de causalidad, no resulta suficiente la mera titularidad estructural y competencial del servicio público, además se requiere la inobservancia de las obligaciones derivadas del mismo, en el marco de un nivel de funcionamiento que podría denominarse estándar[59].

En el caso de la Administración local, esta exigencia adquiere especial relevancia porque los servicios municipales —y en particular el mantenimiento de la vía pública— están sometidos a un contacto directo, cotidiano y constante con la ciuda-

[58] FUENTES I GASÓ J. R. (2020: 319)

[59] La STSJ de Galicia, núm. 329/2015, de 27 de mayo (recurso núm. 110/2015) afirma que «admitida la competencia de los municipios en materia de mantenimiento de la limpieza viaria y recogida de residuos (artículo 25.2, letra l) de la LRBRL) y su obligación de mantener las vías públicas en condiciones objetivas de seguridad para el tránsito de vehículos y personas, la exigencia de cumplimiento debe ajustarse a criterios razonables y no exorbitantes, con un nivel de mínimos y no de medios, habida cuenta que, de un lado, las Administraciones públicas, aun siendo calificándose de objetiva la responsabilidad patrimonial que les incumbe, no se configuran como aseguradoras universales que deban asumir todo siniestro que tenga lugar en vías de su titularidad, sino tan solo cuando ha mediado una inobservancia de las obligaciones que les incumben. Y, de además y complementariamente a lo expuesto, es reiterada la jurisprudencia (STS de 17/06/2014; RC 4856/2011), que en los supuestos de responsabilidad derivados de una inactividad, lo que se exige es la prueba de una razonable utilización de los medios disponibles en orden a evitar hechos lesivos como el que ahora analizamos, lo que en términos de prevención se traduce en una prestación adecuada a las circunstancias de 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».

dañía. El viario urbano es el espacio público por excelencia donde se materializa la convivencia social[60], y cualquier deficiencia en su estado de conservación repercute de forma inmediata en la seguridad de peatones y conductores. Así, el incumplimiento de los deberes de mantenimiento y señalización no puede ser valorado de forma abstracta, sino atendiendo al nivel de diligencia exigible a una administración que actúa como garantía de la seguridad ciudadana en estos espacios. Tal como apunta CASADO CASADO, «la competència municipal de pavimentació de les vies públiques no es pot entendre com un deure absolut, amb un nivell d'exigibilitat que assoleixi la perfecció, de manera que per tal de determinar l'existència de responsabilitat patrimonial del municipi»[60 bis].

Ahora bien, la institución de la responsabilidad patrimonial no se debe concebir como una forma de aseguramiento universal, ni considerar el servicio público como un centro de imputación automático de cualesquiera hechos que acaezcan en el área material de aquél, tal como ha afirmado la jurisprudencia sólo tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa, por tanto, no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, lo que requiere que deba analizarse la diferente casuística[61].

La existencia de estándares[62], como indicadores que definan de forma precisa el alcance de los derechos de las personas usuarias y por tanto el alcance del servicio público, permiten establecer los parámetros para determinar lo que se puede considerar un servicio público o actividad administrativa exigible y lo que se puede considerar como servicio público a los efectos de responsabilidad de la Administración pública titular[63]. De acuerdo con MORATE MARÍN:

> La obligación de respeto por parte de la Administración en su funcionamiento de unos estándares del servicio viene dirigida a paliar las consecuencias de

[60 bis] CASADO CASADO, L. (2026: 12).

[60] DÍAZ RUIZ, S. (2005: 82).

[61] *Vid.* la STS de 28 de marzo de 2015 y la STS de 9 de marzo de 2017.

[62] La STS de 14 de febrero de 2006 afirma que «debiendo señalarse, como ha dicho reiteradamente esta Sala que para que pueda concluirse que el daño concreto producido por el funcionamiento de un servicio es antijurídico, basta que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social». Así mismo, *vid.* STJC núm. 1334/2002 de 11 de octubre, STJC núm. 1137/2004, de 11 de noviembre, STJC, núm. núm. 205/2007, de 20 de marzo

[63] «Hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la administración competente por la norma reguladora del servicio, sino también a una valoración del rendimiento objetivamente exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa», STJC, núm. 18/2003, de 10 de enero.

> una concepción puramente objetiva de la responsabilidad administrativa, entendiendo éstos como los criterios de calidad exigibles al funcionamiento del servicio público. En esta línea, y ya en el ámbito de las caídas en la vía pública, la mayor o menor entidad de una deficiencia existente en la calzada es el elemento determinante del cumplimiento de los estándares del servicio y, por ende, de la existencia de responsabilidad patrimonial administrativa[64].

Debe destacarse que actualmente no existen unos criterios normativos uniformes que regulen el establecimiento de unos estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos que servirían de parámetro de referencia a los órganos judiciales a la hora de determinar la normalidad o anormalidad del funcionamiento de un servicio en concreto[65], aunque comunidades autónomas como Aragón[66], Madrid[67] y Galicia[68], han establecido algunos parámetros que deben aplicarse en su correspondiente ámbito territorial.

En el ámbito local, la carencia de estándares objetivos provoca que la determinación de la diligencia exigible recaiga principalmente en la jurisprudencia, que ha ido fijando parámetros a través de resoluciones reiteradas: la obligación de revisar periódicamente el estado de aceras y calzadas, la exigencia de señalizar de inmediato los desperfectos detectados hasta su reparación, el deber de retirar o podar árboles con riesgo de caída y la obligación de sustituir o reparar mobiliario urbano deteriorado que suponga un peligro evidente[69].

---

[64] MORATE MARÍN, L. (2023: 723).

[65] Y es que «la determinación de esa línea que separa lo que ha de entenderse como funcionamiento normal o como anormal no está trazada normativamente en la mayoría de casos, y ello implica que los órganos consultivos y los judiciales tengan que acudir a interpretaciones jurídicas y al empleo de conceptos jurídicos indeterminados como el de la razonabilidad y del estándar de servicio», CARAZA CRISTÍN, M. M. (2016: 307).

[66] Ley 5/2013, de 20 de junio, de calidad de los Servicios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

[67] Decreto 85/2002, de 23 de mayo, por el que se regulan los sistemas de evaluación de la calidad de los servicios públicos y se aprueban los Criterios de Calidad de la Actuación Administrativa en la Comunidad de Madrid.

[68] Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

[69] Respecto de este punto, el TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) en sentencia núm. 102/2008 del 27/02/2008 (recurso nº 425/2002) manifestó que «Es una cuestión no controvertida que corresponde al ayuntamiento la obligación de mantener las aceras en estado adecuado para su utilización por los peatones. El régimen de responsabilidad de la Administración en supuestos como el que nos ocupa tiene relación con el estándar de calidad de los servicios exigible; y la definición de cuál es el estándar exigible viene determinada por las posibilidades de gestión y económicas existentes, por las pautas de calidad del servicio que pueden considerarse exigibles. Tratándose del pavimento de una acera en una calle urbana, por donde transitan los ciudadanos, con diferentes edades y condiciones físicas, entiende la Sala que el estándar exigible es al menos el mantenimiento del plano horizontal, evitando hendiduras, desniveles, obstáculos y una pavimentación no deslizante».

A modo de ejemplo, puede citarse la sentencia Nro. 1209/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso Administrativo) del 17 de diciembre de 2021, en la que, ratificando los criterios establecidos en sentencias del 27 de diciembre de 2018 y del 26 de octubre de 2020 de la misma Sala, indicó:

> [E]n el campo que nos ocupa, de pavimentación y conservación de vías públicas, el estándar exigible dependerá de la naturaleza de la vía (ubicación, anchura y pendiente, condiciones de calidades de la zona, condiciones del proyecto original de urbanización, etcétera), su uso (mayor exigencia en calles céntricas, zonas de usuarios públicos por proximidad de centros sanitarios o escolares, bibliotecas, mercados, etcétera) y de la entidad del desperfecto u obstáculo determinante del daño (profundidad, extensión, sobresaliente, perfil, etcétera), no generando responsabilidad los que sean insignificantes ni los de difícil evitación[70].

Así, estos criterios jurisprudenciales operan como estándares de calidad en la prestación del servicio municipal y guían tanto a la Administración como a la ciudadanía en sus reclamaciones.

De igual forma el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 34 de Madrid, en sentencia Nº 332/2022, del 26 de octubre de 2022, indicó: «Los anteriores criterios exigen el análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso, dado que la responsabilidad patrimonial se resiste al establecimiento de fórmulas generales aplicables a todas las reclamaciones: los estándares de calidad necesariamente van a variar según el tiempo y el lugar y el desiderátum de contar con un pavimento siempre y en todo momento en plano horizontal sin ningún tipo de hendidura, desnivel u obstáculo no se acomoda a la realidad de la ciudad como organismo vivo y cambiante.

La existencia de imperfecciones y obstáculos ha de ser minimizada en cuanto a la posibilidad de generar daños a los ciudadanos, pero en un sentido paralelo se impone al peatón la necesidad de deambular con prudencia y con la debida atención». Sobre este punto, puede consultarse: GARCÍA FORTUNA D. (2024: 11-46)

[70] Continúa señalando la sentencia que «En esta línea, y en relación a las irregularidades del viario, hemos manifestado en numerosas sentencias que no existe relación de causalidad idónea cuando se trata de pequeños agujeros, separación entre baldosas, resaltes mínimos por instalación de tapas de alcantarillas o bases de los marmolillos, los cuales o son inocuos o son sorteables con la mínima diligencia y atención que es exigible para deambular por la vía pública a los peatones y al estándar de eficacia que es exigible a los servicios públicos municipales pues, en otro caso, se llegaría a la exigencia de un estándar de eficacia que excedería de los que comúnmente se reputan obligatorios en la actualidad para las Administraciones públicas. En cambio, cuando se trata de un bache, socavón, adoquín sobresaliente, farolas truncadas por la base, ostensible desnivelación de rejillas, material suelto persistente en el tiempo, u otro elemento de mobiliario urbano que por su dimensión o ubicación representa un riesgo objetivo, difícilmente salvable o peligroso, hemos declarado la responsabilidad de la Administración, pero sin perder de vista la posible concurrencia de culpas si existen elementos de juicio para fundar una distracción o torpeza del peatón».

2. Elementos para la determinación de la responsabilidad de los entes locales

A. Antijuridicidad

Se indicó previamente que una de las características del sistema de responsabilidad patrimonial que más ha evolucionado es el de la objetividad, y que ésta no debía entenderse en sentido absoluto, sino que la objetividad se traduce en la no necesidad de probar dolo o culpa de la Administración, pero sigue siendo imprescindible acreditar la existencia de un daño efectivo, individualizado y antijurídico, así como la relación causal entre dicho daño y el funcionamiento normal o anormal del servicio público. Por tanto, la idea de una responsabilidad «objetiva» no puede confundirse con la de una responsabilidad ilimitada o cuasiaseguradora universal de la Administración.

En el contexto de la vía pública, la Administración tiene el deber de conservación, mantenimiento y adecuada señalización de las calles, aceras y carreteras. Sin embargo, de acuerdo con las decisiones de los tribunales de justicia en el Estado español, ese deber no equivale a garantizar una seguridad absoluta, pues ello supondría imponerle una responsabilidad ilimitada e incompatible con la realidad, con lo cual no es exigible a la Administración eliminar cualquier posibilidad de riesgo, sino únicamente adoptar las medidas razonables de vigilancia y conservación que la diligencia normal impone.

Así lo manifestó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Pontevedra en sentencia 312/2021, de 3 de diciembre, en la que, ratificando el criterio expuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencias de 29 de febrero de 2012 (rec. 7111/2011), 31 de enero de 2012 (rec. 7106/2011) y 10 de marzo de 2011 (rec. 4355/2010), expresó:

> [C]on carácter general, una caída derivada de un tropiezo en un obstáculo de dimensiones insignificantes o visibles entraña un daño no antijurídico, que debe soportar el administrado desde el mismo momento en que participa del servicio público de aceras o calzada, porque no se puede pretender que la totalidad de aceras o calzadas de un casco urbano se encuentren absolutamente perfectas en su conservación y rasante, estando a cargo de quien lo sufre el daño que se produce como consecuencia de los riesgos generales de la vida inherentes al comportamiento humano, debiendo soportar los riesgos de una eventual falta de atención o cuidado en la deambulación por lugares de paso (TS SS 17-7-03,22-2-07; citadas por la juzgadora «quo»); la vía pública no está exenta de peligros para el peatón y si cualquier bache, desconchado, humedad, o pendiente se entiende causa eficiente para la producción del

> daño se está convirtiendo a la Administración (normalmente, la municipal) en aseguradora universal de todo evento dañoso producido en su término; el necesario autocontrol en la deambulación excluye la responsabilidad de la Administración en los casos en que el obstáculo o desperfecto fuera fácilmente apreciable o conocido por el peatón por ser persona residente en la zona o de mínima entidad que impida apreciar su capacidad para ocasionar daños en condiciones normales[71].

De esta forma, la antijuridicidad del daño no concurre en todos los supuestos de accidentes en la vía pública. Existen situaciones en las que el perjuicio debe ser soportado por la ciudadanía, como ocurre cuando la caída o el accidente obedece a factores naturales inevitables —lluvia, nieve, hielo— que provocan resbalones en condiciones ordinarias de circulación. En tales casos, se entiende que el riesgo es inherente a la vida en sociedad y que la Administración no puede responder de cada contingencia climatológica que afecta al espacio público.

Igualmente, el daño carece de antijuridicidad cuando la conducta de la víctima ha sido decisiva en la producción del accidente. Una distracción, el uso de calzado inadecuado o la desatención a señales de advertencia pueden romper el nexo causal y desplazar la responsabilidad a la esfera personal. En esta línea, la jurisprudencia también ha excluido la antijuridicidad en aquellos casos en que la Administración demuestra haber actuado con la diligencia exigible, manteniendo la vía en condiciones razonables de seguridad, de modo que el siniestro resulta inevitable o imprevisible[72].

Así, para poder determinar la procedencia de la responsabilidad de las Administraciones locales se deberán considerar lo que PECHARROMÁN SÁNCHEZ denomina «estándares de rendimiento», que define como aquellos «parámetros de calidad con los que debe prestarse un determinado servicio a la ciudadanía»[73]. En el ámbito local, estos estándares no son solo una referencia técnica o urbanística,

---

[71] POTEL ALVARELLOS, C. y DURÁN GARCÍA, F. J. (2024: 3); GARCÍA HERRERO, F. J. (2025: 1-2).

[72] Al respecto, el Juzgado Contencioso Administrativo Nro. 3 de Palma de Mallorca en sentencia Nro. 00078/2021 del 17 de marzo de 2021, compartiendo el criterio establecido por el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativa) en sentencia del 18 de enero de 2002, en la que se estableció que «No toda lesión producida por una caída causada por un simple tropiezo con una alcantarilla se erige como una lesión antijurídica. La posibilidad de tropezar cuando se transita por una vía pública y sufrir una caída, que a su vez origine lesiones, es asumida por todo ciudadano como consustancial a su condición de residente urbano, pues todos nos hallamos sujetos a unos riesgos generales derivados de la vida en sociedad y en ciudad. Es una 'carga social' que debemos soportar. Esto significa que la Administración no asume todas y cada una de las caídas que se produzcan en las vías públicas por el mero hecho de producirse», afirmó que la responsabilidad de la Administración procede cuando el obstáculo en la vía supera el límite de atención exigible al deambular en la vía pública.

[73] MEDINA SÁNCHEZ, R. (2025: 1).

sino que se convierten en el núcleo del juicio de antijuridicidad. La clave está en determinar si la Administración actuó de acuerdo con unos «estándares normales» de conservación y vigilancia de la vía pública. Pero dichos estándares son relativos: lo que puede exigirse a una gran ciudad con recursos abundantes no es idéntico a lo que cabe esperar de un municipio rural con limitaciones presupuestarias. Por tanto, la función de esos estándares es la de ofrecer un criterio de razonabilidad que permita valorar cuándo la Administración local ha actuado con la diligencia exigida y cuándo, por el contrario, ha incurrido en omisión o descuido.

En materia de vías públicas, los estándares de rendimiento se proyectan en dos planos fundamentales: el de la conservación de la infraestructura y el de la limpieza y mantenimiento ordinario. En el primer caso, se exige a los entes locales una actuación continuada de reparación y adecuación de asfaltados, señalizaciones, cerramientos o elementos de mobiliario urbano que forman parte de la vía pública. En el segundo, se trata de labores de limpieza que, sin ser de gran entidad, tienen un impacto directo en la seguridad y accesibilidad de las calles: la retirada de suciedad, hojas, escombros o cualquier objeto que pueda constituir un obstáculo para los peatones o vehículos. En este punto, la *culpa in vigilando* aparece cuando la Administración omite estas tareas básicas de control y prevención, generando riesgos que pudieron y debieron evitarse y la antijuridicidad, en estos casos, no deriva de la mera existencia de un desperfecto —que entra dentro de lo previsible en toda vía pública—, sino del incumplimiento del deber de vigilancia y cuidado que corresponde a la Administración.

Ahora bien, no debe confundirse la obligación de conservación y limpieza con la imposición de un deber de perfección absoluta. Los tribunales han rechazado reiteradamente que la Administración deba mantener las vías públicas en un estado impecable, sin grietas, desniveles o manchas de suciedad en ningún momento. Ello no solo resultaría materialmente imposible, sino que implicaría atribuir a las entidades locales una carga financiera desproporcionada, ajena a la lógica del servicio público. Lo exigible es un nivel de diligencia razonable, lo que se traduce en la existencia de unos estándares intermedios de calidad: las vías no deben estar exentas de todo desperfecto, pero tampoco puede admitirse una dejación sistemática que genere riesgos graves o desproporcionados para las personas usuarias.

De este modo, la antijuridicidad del daño se mide a partir del contraste entre la situación real de la vía y los estándares de rendimiento que en justicia pueden exigirse a la Administración. Si se comprueba que el accidente se produjo en un contexto en el que el municipio había cumplido con los deberes mínimos de conservación y limpieza, no habrá responsabilidad, pues el perjuicio entra en el ámbito de los riesgos generales de la vida que toda la ciudadanía debe soportar. Por el contrario, si la

Administración incumple esos estándares, ya sea por omisión de labores de mantenimiento o por la no adopción de medidas frente a riesgos previsibles, estaremos en presencia de una culpa *in vigilando*, y el daño se reputará antijurídico y, en consecuencia, indemnizable.[74]

B. Origen del deterioro causante del daño

Son diversos los desperfectos que puede tener la vía pública que causen daño a las personas. A modo referencial, se pueden mencionar los socavones[75], baldosas sueltas, tapas, claraboyas, desniveles, resbalones, manchas, tropiezos con bolardos o con cualquier otro tipo de objeto en la acera o la vía pública; así como la existencia de objetos resbaladizos, ubicados en aceras, calzadas o pasos de cebra[76].

En el caso de las «tapas de registro» situadas en la vía pública, podemos distinguir tres supuestos, atendiendo a:

a. El tipo de servicio público que se presta (alumbrado, alcantarillado, suministro de agua, servicios telefónicos o de gas) y, consiguientemente, respondiendo de los daños causados, quien ostenta la titularidad del mismo, ya se preste directamente por la Administración p*ública, es decir, el* ayuntamiento, o por las compañías suministradoras.

b. La finalidad de la tapa en la prestación del servicio, ya sea para conducciones generales de las que será responsable la titular del servicio o para conducciones de

[74] STSJ de Asturias de 31 de marzo de 2021 (rec. apelación 43/2021). También puede consultarse: sentencia 69/2024 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Huesca, de 7 de junio de 2024.

[75] *Vid.* STS de 14 de junio de 2007.

[76] La STSJ de Murcia, núm. 1.170 de 21 de noviembre, en un supuesto de caída en un paso de cebra, por mal estado del pavimento argumento que «si bien se considera probado en la sentencia que la caída ocurrió el día, a la hora y en el lugar que se alega en la demanda, así como que en el paso de peatones existía un registro de alcantarillado que estaba rodeado por un pavimento degradado, lo cierto es que llega a la conclusión que ésta no fue la causa directa y eficiente de la caída, sino la falta de atención de la interesada al deambular sin mirar el terreno sobre el que pisaba, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes consistentes en que la anchura de dicho paso de peatones permitía no transitar por encima de dicho registro, en que la visibilidad era buena a las 11 horas de un día del mes de julio, en que no consta que la interesada estuviera afectada por algún padecimiento que le impidiera ver el estado en que se encontraba dicho pavimento y en que tampoco está acreditado que concurriera alguna otra circunstancia que impidiera dicha visibilidad como por ejemplo algún fenómeno climatológico etc..; (…) lo cierto es que se encontraba dentro del estándar intermedio que es exigible a un ayuntamiento como el de Murcia, esto es al igual que otros muchos pasos de peatones de los existentes en la ciudad, sin que irregularidades como las que existían (degradación del pavimento que circundaba el registro de alcantarillado), suelan estar señalizadas. Por otro lado, no es cierto que no se vieren bien las irregularidades por el color grisáceo de la calzada y del pavimento, ya que en el paso de peatones había líneas blancas que contrastaban con el color gris referido. Tanto el registro de alcantarillado como el pavimento que lo circundaba eran plenamente visibles a la hora en que sucedió el accidente, como es notorio por otro lado para la Sala al encontrarse el referido paso de peatones en un lugar céntrico de la ciudad». *Vid.* PÉREZ VICENT, Y. (2025: 1-2).

particulares, a quienes corresponde el mantenimiento de estas y, por ende, la responsabilidad por los daños ocasionados.

c. La situación del desperfecto, si es en la misma tapa por hundimiento o desnivel, el responsable sería el ayuntamiento o la empresa suministradora en cuestión, o bien, si es en el pavimento que la rodea, por degradación de este, del que sería responsable el propio ente local[77].

De forma similar, en los «vados» los desperfectos pueden ser distintos: baldosas deterioradas, rotura de claraboyas o hundimientos; en estos casos, la responsabilidad de los desperfectos corresponderá a los titulares, normalmente la comunidad de vecinos del edificio o garaje. Estos son ejemplos de desperfectos en vía pública que, a pesar de que el mantenimiento y la conservación son de competencia municipal, en virtud de su titularidad, los ayuntamientos trasladan a las compañías suministradoras o a los particulares la responsabilidad de mantenerlos sin riesgos para la ciudadanía que transite por las vías[78].

No obstante, la casuística muestra que en algunas ocasiones la dificultad no se centra únicamente en identificar el desperfecto, sino en acreditar su origen. En ausencia de acreditación del origen del daño, la reclamación suele ser desestimada, puesto que la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede fundamentarse en conjeturas o meras presunciones de mal estado de la vía[79].

A ello se añade la problemática derivada de los daños ocasionados por obras públicas o privadas en curso. Muchas veces, el deterioro de la vía proviene de la ejecución de trabajos de construcción, apertura de zanjas o canalizaciones, en cuyo caso los contratistas tienen la obligación de señalizar adecuadamente y reparar provisionalmente el pavimento. La omisión de estas medidas de seguridad puede generar responsabilidad directa de la empresa contratista, sin perjuicio de que se declare la responsabilidad subsidiaria del ayuntamiento por incumplimiento de su deber de supervisión. Este aspecto ha sido considerado por la jurisprudencia, que recuerda que la Administración no puede desligarse por completo de su función de control sobre actuaciones que se desarrollan en el dominio público[80].

Finalmente, no debe olvidarse que el origen del deterioro puede estar ligado a factores naturales o medioambientales, como la acción de raíces de árboles que levantan las aceras, las lluvias torrenciales que provocan socavones o el desgaste acelerado por heladas y temperaturas extremas. En estos supuestos, aunque el fenómeno

77 IBERLEY, DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN (2025: 23-31).

78 IBERLEY, DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN (2025: 31).

79 BUSTILLO BOLADO, R. (2013: 1795-1796).

80 Véase sentencia Nro. 285/2022 del 14 de diciembre de 2022 emanada del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 3 de Vitoria-Gasteiz.

natural actúe como causa inicial, la responsabilidad administrativa dependerá de si el ayuntamiento adoptó medidas preventivas razonables, tales como programas de revisión periódica del arbolado, inspecciones del pavimento o actuaciones rápidas tras fenómenos meteorológicos adversos. La inactividad frente a riesgos previsibles constituye un supuesto clásico de antijuridicidad, mientras que la diligencia acreditada permite excluir la responsabilidad al reconducir el daño al ámbito de la fuerza mayor[81].

C. Otras circunstancias que influyen en la determinación

Existen otras circunstancias que pueden determinar la asunción o exclusión de la responsabilidad en todo o en parte de una Administración local, como, por ejemplo, la visibilidad, la vecindad o la anchura de la calle que, aún y cuando puedan presentar un mismo tipo de desperfecto, puede variar la forma cómo incide en la determinación de la responsabilidad del ente local. Así, como circunstancias adicionales que inciden en la determinación de la responsabilidad se pueden destacar:

a. La visibilidad es uno de los elementos más determinantes, puesto que un desperfecto en una vía pública sin luz dificulta el deambular de los viandantes que asumen un mayor nivel de riesgo y, por tanto, tienen mayor probabilidad de sufrir un accidente[82].

b. El estado de la vía pública, incumpliendo la obligación de la Administración pública de su mantenimiento y conservación, y el tiempo en que ha tardado en reparar los posibles desperfectos, comportando una situación de riesgo

[81] MORATE MARÍN L. (2023: 726-727).

[82] La STS de 30 de septiembre de 2009 afirma que «todo ello, unido a la circunstancia apreciada por el Tribunal de que los hechos ocurrieron en horas diurnas, siendo perfectamente visible tanto el muelle que se encontraba en obras como la existencia de la zanja, impide que pueda apreciarse la pretendida responsabilidad de la Administración fundada en el carácter objetivo de la misma, ya que, en cualquier caso, el riesgo determinante de dicha responsabilidad ha de reunir el carácter de antijurídico, no siendo, por tanto, suficiente ese carácter objetivo de la responsabilidad regulada en la Ley 30/1992, pues apreciar otra cosa convertiría a la Administración en una aseguradora universal de todo riesgo derivado de la utilización de un servicio público, convirtiéndose el régimen de responsabilidad administrativa en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, siendo necesario que el riesgo inherente a la utilización del servicio rebase los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, lo que el tribunal de instancia, que se apoya precisamente en jurisprudencia de esta Sala, estimó que no constaba acreditado en el presente caso y ello condujo a la desestimación del recurso».

para los viandantes, especialmente esta situación ha sido comunicada, a veces reiteradamente[83], lo que puede tildarse de culpa *in vigilando*[84].

c. La vecindad es determinante para apreciar la atención del viandante al deambular por los lugares de paso, a quien se presume un mayor conocimiento de la vía y sus imperfecciones si la persona habita en la zona y, por tanto, tiene más facilidad para evitarlo, que una persona que pasa por primera vez[85].

d. La anchura de la acera o la propia entidad del desperfecto, que permiten sortear con mayor o menor facilidad cualquier inconveniente y, en particular, los obstáculos existentes donde se produce del accidente (mesas y sillas, bancos, bolardos, papeleras y el resto de mobiliario urbano, en general) requiriendo un grado de atención bastante superior al necesario para deambular normalmente por la vía pública[86].

---

[83] PARICIO RALLO E. (2006: 94), alerta de que «es lógico que el ciudadano que disfruta y aprovecha la vía pública soporte al mismo tiempo los defectos o la degradación natural que se pueda derivar precisamente del uso colectivo, incluso las molestias y perjuicios derivados de las obras de reparación cuando sean necesarias en beneficio del peatón *iure naturali ad quem spectat rei commodum spectare debet et damnum*».

[84] La STS de 17 de marzo de 1993 manifiesta que «en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración, porque siendo cada vez más, y cada vez más generales, los fines que el ordenamiento jurídico asigna a ésta, y ordenado constitucionalmente que los sirva 'con eficacia' (art. 103.1 de la CE), la responsabilidad patrimonial de la Administración podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico (v.g. persecución de los delitos, cuidado del medio ambiente, ordenación del tráfico viario, organización de servicios sanitarios, etc.), aunque sea una persona extraña y conocida quien haya desencadenado el proceso causal (v.g. quien ha cometido el delito del que se derivan los daños, o quien ha realizado el acto contaminante que los ha producido, etc.). El relativismo o casuismo de la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permita concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado». Así mismo, *vid.* STS de 28 de marzo de 2000, STS de 27 de enero de 2009.

[85] La STS de 13 de abril de 1999 declaraba que «no cabe imputar a las obras municipales que se desarrollan, las lesiones sufridas por la parte recurrente, pues una mínima atención que se hubiese prestado, habría bastado para apreciar el desnivel y consecuentemente evitar el tropezón, parece evidente que se produjo en realidad por causa de la propia lesionada (distracción) las obras y el escalón habían permanecido de la misma forma durante aproximadamente un mes, tiempo suficiente para conocer la existencia de unos y otro», aunque también, podríamos decir, tiempo suficiente para que la Administración hubiera reparado el desnivel.

[86] La STSJ de Cantabria, núm. 264/2012 de 27 de marzo afirma que «lo cierto es que las fotografías donde se aprecia la ausencia de las baldosas también permiten apreciar, además de la anchura de la acera y las claras posibilidades de sortear una imperfección netamente visible a simple vista si la deambulación se produce con un mínimo de atención, que ésta no podía haber sorprendido por ser reciente. Lo cierto es que todas las aceras contienen imperfecciones y desniveles, y sólo aquéllos no perceptibles o de difícil

En esta línea, también adquiere relevancia la finalidad del lugar donde ocurre el accidente. No es lo mismo un desperfecto en una acera de escasa concurrencia que en un paso de peatones, una parada de transporte público o las inmediaciones de un centro escolar, donde la afluencia de personas —y en particular de colectivos vulnerables como niños, personas mayores o con movilidad reducida— incrementa la obligación de diligencia de la Administración. La concentración de personas usuarias y el riesgo potencial obligan a extremar los estándares de conservación y señalización en estos puntos sensibles de la vía pública.

Asimismo, debe considerarse la existencia o ausencia de medidas de advertencia. En muchos casos, la responsabilidad no se deriva tanto del desperfecto en sí, sino de la falta de señalización temporal que advierta del riesgo hasta que pueda repararse[87]. Colocar vallas, cintas de seguridad o indicadores de obra suele bastar para desplazar la carga de precaución a la ciudadanía, mientras que su omisión coloca a la Administración en una posición más vulnerable frente a una reclamación de responsabilidad patrimonial.

Finalmente, la condición particular de la persona afectada puede desempeñar un papel en la apreciación de la responsabilidad. Si la Administración tiene conocimiento de que las vías son utilizadas por personas con movilidad reducida, con discapacidad visual o personas mayores de 65 años, está obligada a extremar la diligencia en la conservación de la accesibilidad universal, de conformidad con los principios de igualdad y no discriminación.

D. Entre el deber de mantenimiento y conservación y el deber de diligencia

Los jueces y tribunales disciernen entre los casos en que los desperfectos de la vía se encuentran en la acera o en las zonas destinadas al tránsito de personas (como pasos de cebra), de aquellos otros supuestos en los que se encuentran en la calzada destinada al tráfico de vehículos, ponderando, de un lado, el alcance de la obligación de la Administración pública del mantenimiento y la conservación de la vía pública

sorteamiento pueden ser imputados a la Administración, pues en los demás casos es la propia imprudencia del sujeto que camina sin prestar atención la causa eficiente origen de la caída».

87 Si como consecuencia de la omisión de la Administración de colocar una valla que advierta del riesgo se produce un accidente —por ejemplo, cuando un usuario de la vía, al circular por un determinado tramo afectado, pierde el control del vehículo y sufre un siniestro—, surge para la persona el derecho para reclamar a la Administración la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Ello es así incluso sin perjuicio de que puedan concurrir otras causas que hayan contribuido al accidente. Sobre este punto puede consultarse la sentencia núm. 30/2015 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 8 de Barcelona, del 3 de marzo de 2015.

y, de otro, el deber de diligencia de la ciudadanía de prestar atención al deambular por la calle[88] o al circular en vehículo por la vía pública[89].

A pesar de lo anterior, no todo daño ocurrido en la vía pública será un supuesto de responsabilidad patrimonial del ente local, y en tal sentido, existen múltiples casos en los que existe culpa exclusiva de la persona que sufre el daño por no haber actuado de forma diligente[90], por ejemplo, caminar o deambular por un lugar no habilitado

[88] La STSJC, núm. 277/2016, de 12 de abril ha sentado que «en supuestos de caídas en las calles y vías o espacios públicos la responsabilidad de la Administración surge cuando el obstáculo en la calle supera lo que es el normal límite de atención exigible en el deambular, dado que no es posible reclamar una total uniformidad de la vía pública. Lo exigible es que el estado de la vía sea lo suficientemente uniforme como para resultar fácilmente superable con el nivel de atención que socialmente es requerible». En el mismo sentido, la STS 14 de junio de 2002 afirma que «no se trata, por tanto, de exacerbar el grado del deber de diligencia hasta el punto de prescindir en la práctica del elemento culpabilístico, que caracteriza el sistema de responsabilidad extracontractual en el ordenamiento, sino de fijar, en función de las circunstancias concurrentes, el deber de diligencia exigible y de atribuir las consecuencias de su incumplimiento. Es cierto que esta Sala ha declarado que la regla id quod plerumque accidit [las cosas que ocurren con frecuencia], implica soportar los pequeños riesgos que una eventual falta de cuidado y atención comporta en la deambulación por lugares de paso; pero también es cierto que cuando las circunstancias del caso revelan que esa eventual falta de diligencia del perjudicado es de mínima entidad, como aquí se habría de apreciar –pues las mismas reducidas dimensiones del socavón limitan el grado de perceptibilidad del defecto del pavimento, y, por ende, la previsibilidad del resultado dañoso–, quedará absorbida, en el juicio de relevancia causal, por la de la demandada, que se erige entonces en el hecho natural, adecuado, y, en fin, causalmente relevante para la producción del resultado lesivo, sin que la eventual falta de atención de la perjudicada demuestre tener el grado de suficiencia necesario para atribuirle relevancia causal y para, con base en su concurrencia, moderar las consecuencias de la responsabilidad de aquélla».

[89] En cuanto, a los accidentes de circulación derivados de problemas en la vía pública, en la STS de 17 de junio de 2014 se imputaba a la Administración la inexistencia de elementos de contención de vehículos en los márgenes de la calzada, afirmando que «lo que interesa destacar, como recuerda la sentencia de 14 de febrero de 2011 es la necesidad de la relación causal entre el funcionamiento de los servicios y la lesión sufrida por los ciudadanos, y que fuera de dicha relación de causa-efecto, no puede decretarse la responsabilidad de las Administración» o, en palabras de la mencionada sentencia, «sin que se pueda generalizar dicha responsabilidad más allá de este principio de causalidad»; porque en otro caso, desvinculada la responsabilidad de la exigencia causal, se convertiría a la Administración en un a modo de aseguradora general de riesgos imprevisibles que ni el legislador ha querido ni parece comportar una exigencia de las Administraciones en su actividad prestacional de servicios públicos, porque si así fuera se encarecerían de manera desorbitada con quebranto de su financiación. Como se declara en la sentencia de 27 de noviembre de 2012 «es requisito necesario que entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos exista una relación de causa y efecto que ha de ser directa, inmediata y exclusiva, o indirecta, sobrevenida o concurrente con hechos dañosos de terceros o de la propia víctima». Asimismo, vid. STS de 19 de enero de 1987, STS de 23 de marzo de 1990, STS de 13 de abril de 1999, STS de julio de 1999, STS de 21 de julio de 2001

[90] La STSJ de Madrid, núm. 751/2016, de 29 de septiembre establece que «no toda caída en la vía urbana o local municipal implica, necesariamente, la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de exigirse al viandante un, al menos, mínimo cuidado al deambular por tales lugares, de modo que la inobservancia de tal cuidado por el viandante opera a modo de interrupción del necesario nexo causal antes referido, pues, como ha señalado la jurisprudencia, la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede operar como un seguro universal de daños que haga frente a cualquier accidente que ocurra

específicamente para ello[91]. No obstante, no todos los supuestos en los que concurra culpa de la víctima o intervención de un tercero[92], ajeno a la Administración pública, llevan aparejada la extinción de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pueden existir casos en los que la culpa de la víctima lo que puede ocasionar es una modulación o una compensación de la responsabilidad de la Administración, es decir; una reducción de la cuantía de la indemnización (cuando hay culpa de la víctima) o una distribución de la carga del pago del importe (cuando interviene una tercera persona), por concurrencia de causas[93].

En todo caso, siguiendo MARTÍN REBOLLO[94], para fundar la existencia del nexo causal entre el daño y la actuación administrativa es necesario que se promuevan medios probatorios que resulten suficientes para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Conviene destacar que la exigencia de diligencia a la ciudadanía no es uniforme, sino que se adapta a las condiciones concretas del entorno y de la persona afectada. Los tribunales suelen ser más estrictos con conductas imprudentes en contextos de normalidad —como circular distraído, mirar el teléfono móvil mientras se camina o conducir a velocidad inadecuada—, mientras que muestran mayor comprensión cuando el accidente involucra a personas vulnerables, como ancianos, niños

con motivo de la utilización de los servicios públicos haciendo abstracción de la causa inmediata que los motive».

91 La STSJ de Aragón, Zaragoza, núm. 374/2017 de 22 de septiembre, en un supuesto de una caída en una vía pública cerrada al tráfico en motivo de festividad, convirtiéndose ese día en zona peatonal, ha remarcado que «será exigible al ayuntamiento una diligencia mayor en la conservación de las zonas específicamente destinadas al tránsito de peatones, no de la misma entidad que para la conservación de la calzada destinada al tráfico de vehículos. Los peatones, si la calzada está libre de vehículos y la utilizan, lo harán asumiendo el riesgo de si en ella existen imperfecciones peligrosas para ellos, pero no para los vehículos a los que están destinadas las calzadas. Valorando todo lo anterior, debe concluirse que no fue la actividad de la Administración pública (omisión en la conservación de la calzada) la causante del accidente». Ahora bien, la STSJC núm. 629/2012, de 25 de mayo, no atribuyó responsabilidad patrimonial del ente local en una caída acontecida con un patinete en la vía pública, puesto que la zona por la que discurría no estaba habilitada para ello.

92 Vid. STS de 7 de noviembre de 1994, STS de 20 de febrero de 1999.

93 La STJ de Castilla y León, Burgos, núm. 196/2017, de 20 de noviembre de 2017, tras una valoración conjunta de toda la prueba practicada no compartió la decisión de la primera instancia que consideraba la existencia de una conducta negligente del perjudicado que interrumpía el nexo causal y estima parcialmente el recurso de apelación, revoca la sentencia para declarar la responsabilidad de la Administración, ponderada por la concurrencia de culpa del perjudicado, porque el deterioro que presentaba el bordillo de la acera y la ausencia del bolardo era conocido por la Administración.

94 Para quien nuestro régimen de responsabilidad patrimonial es «un sistema sencillo, avanzado y generoso. Pero es también un sistema casuístico –lo cual es inevitable– y un sistema inseguro, lo cual cabe preguntarse si es igualmente inevitable», MARTÍN REBOLLO, L. (2000: 315).

o personas con discapacidad[95]. En estos últimos casos, el deber de diligencia de la Administración se ve intensificado, reforzando la necesidad de mantener entornos accesibles y seguros.

Otro aspecto que se ha subrayado es el papel de la señalización preventiva. Cuando la Administración demuestra que adoptó medidas temporales de advertencia frente a un desperfecto (vallas, cintas, señalética provisional), los tribunales tienden a trasladar un mayor deber de diligencia a la ciudadanía, entendiendo que la previsibilidad del riesgo neutraliza en buena parte la imputación de responsabilidad. Por el contrario, la ausencia de señalización se considera una omisión grave que refuerza la antijuridicidad del daño[96].

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la frontera entre el deber de conservación de la Administración y el deber de diligencia de la ciudadanía no siempre es nítida. Se ha podido ver en este trabajo que la jurisprudencia ha ido configurando un espacio intermedio en el que ambas obligaciones coexisten y se solapan, de manera que la responsabilidad se distribuye atendiendo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. De este modo, la ciudadanía no puede esperar una seguridad absoluta en la vía pública, pero tampoco puede exigírsele soportar riesgos desproporcionados que deriven de la pasividad administrativa. Este equilibrio dinámico constituye la clave para resolver muchos de los litigios en materia de responsabilidad patrimonial por daños en la vía pública.

IV. CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial como institución jurídica es una garantía de las personas, que se enmarca dentro del Estado de derecho y el derecho a la buena administración. En virtud de ella, las personas podrán ser indemnizadas por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, siendo los daños ocasionados en la vía pública una casuística frecuente dentro de este ámbito. El fundamento constitucional se encuentra en el artículo 106.2 de la CE y su desarrollo se encuentra en la LPACAP y la LRJSP, que han introducido precisiones en el procedimiento y en los principios sustantivos.

En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la jurisprudencia juega un papel crucial en la interpretación y la delimitación de la anormalidad del servicio, así como en la prueba de la relación de causalidad. En

[95] Entre otros, véase la ya citada sentencia 312/2021, de 3 de diciembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Pontevedra.

[96] Sentencia núm. 30/2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Barcelona, del 3 de marzo de 2015.

el ámbito específico de las vías públicas, dicha jurisprudencia cumple una función esencial para equilibrar dos intereses contrapuestos: por un lado, el derecho de la ciudadanía a transitar por espacios seguros, accesibles y bien conservados, y por otro, la imposibilidad de exigir a los municipios una seguridad absoluta, libre de cualquier riesgo. La noción de antijuridicidad se erige en el criterio clave de este equilibrio, pues impide que la Administración se convierta en aseguradora universal, al tiempo que evita que la ciudadanía soporte cargas desproporcionadas derivadas de la inactividad administrativa. La falta de mantenimiento adecuado, la señalización defectuosa o la ejecución negligente de obras públicas[97] son ejemplos de situaciones que pueden generar responsabilidad patrimonial.

La casuística en materia de desperfectos urbanos —baldosas sueltas, tapas de registro mal ajustadas, baches, falta de alumbrado o mobiliario urbano deteriorado— demuestra que la responsabilidad patrimonial no puede entenderse como un mecanismo automático, sino que requiere una cuidadosa ponderación de los hechos. La jurisprudencia ha insistido en que los riesgos generales de la vida deben ser asumidos por los particulares, pero que los riesgos extraordinarios o previsibles, que pudieron ser evitados mediante una diligencia razonable por parte de la Administración, deben generar responsabilidad indemnizatoria. Este matiz es especialmente relevante para los entes locales, cuya cercanía con la ciudadanía multiplica los escenarios de reclamación.

En este punto, cobran relevancia los llamados estándares de rendimiento en la conservación de la vía pública. La jurisprudencia y la doctrina han consolidado ciertos parámetros de actuación mínima: revisiones periódicas del estado de las aceras y calzadas, reparación diligente de desperfectos, señalización adecuada de los riesgos detectados, entre otros. Estos estándares constituyen una medida para determinar la antijuridicidad del daño y deberían evolucionar en un marco normativo que permita dotar de seguridad jurídica tanto a la ciudadanía como a las Administraciones públicas.

Asimismo, debe subrayarse que las circunstancias específicas del accidente influyen decisivamente en la atribución de responsabilidad. Factores como la visibilidad del desperfecto, la anchura de la acera, la presencia de señalización preventiva o las características personales de la víctima (edad, discapacidad, movilidad reducida) determinan si el daño resulta soportable o, por el contrario, antijurídico. La jurisprudencia ha incorporado estos elementos con una lógica flexible, lo que pone de relieve que la responsabilidad patrimonial en la vía pública es un terreno eminentemente casuístico, donde los principios generales deben adaptarse a la singularidad de cada caso.

[97] Destaca TORRENT I RIBERT P. J. (1995: 7) que la Administración pública promotora de una obra es responsable directa, no subsidiaria, de todos los daños y perjuicios que ocasione el contratista adjudicatario de dicha obra.

Es de destacar que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas no es una simple técnica indemnizatoria; se trata de un instrumento de control democrático del poder, que refuerza la idea de que la Administración no está por encima del derecho, sino sujeta a él, en beneficio de las personas. En este sentido, se convierte en una manifestación tangible de la buena administración, vinculada a la legalidad, la justicia material y el respeto a los derechos de las personas. Su correcta aplicación promueve el deber de conservación del espacio urbano y mejora la calidad de los servicios públicos.

Adicionalmente, la responsabilidad patrimonial también cumple un papel preventivo. Las condenas a indemnizar no solo reparan a la víctima, sino que constituyen un incentivo para que los municipios mejoren sus sistemas de mantenimiento, inspección y conservación de la vía pública. La amenaza de tener que afrontar indemnizaciones económicas impulsa a los entes locales a invertir en políticas de seguridad urbana, en campañas de revisión periódica y en programas de accesibilidad universal. Así, la responsabilidad patrimonial deja de ser una carga financiera y se convierte en un motor de mejora de la calidad de los servicios públicos.

Finalmente, debe destacarse que los retos de futuro obligan a repensar el régimen de responsabilidad por daños en la vía pública. La creciente complejidad urbana, el envejecimiento de la población, la incidencia de fenómenos meteorológicos extremos vinculados al cambio climático y la introducción de tecnologías como la inteligencia artificial en la gestión urbana plantean nuevos escenarios de riesgo. Ello exigirá reforzar los mecanismos de supervisión, definir estándares más claros de conservación y accesibilidad, e incluso replantear los criterios de imputación de responsabilidad. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones locales por daños en la vía pública, en consecuencia, no es solo un mecanismo de reparación *ex post*, sino una herramienta de garantía *ex ante*, destinada a construir ciudades más seguras, resilientes y acordes con los principios de buena administración.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALCOLEA AZCÁRRAGA, C. (2022). La responsabilidad patrimonial de la Administración y el uso de algoritmos. *Revista General de Derecho Administrativo*, (59), 1–20.

BAUZÁ MARTORELL, F. J. (2016). Presunción de culpa. La deducción de negligencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración. *Revista de Administración Pública*, (201), 373–411. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.201.15

BELADÍEZ ROJO, M. (1997). *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos: con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Tecnos.

BELTRÁN CASTELLANOS, J. M. (2019). El principio de responsabilidad como mecanismo de resarcimiento en materia de transparencia y administración electrónica. *CEFLegal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, (216), 61–94.

BERNING PRIETO, A. (2023). El uso de sistemas basados en inteligencia artificial por las Administraciones públicas: estado actual de la cuestión y algunas propuestas *ad futurum* para un uso responsable. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (20), 165–185. https://doi.org/10.24965/reala.11247

BUSTILLO BOLADO, R. (2013). Responsabilidad patrimonial de la administración por daños sufridos a causa de deficiencias en calles y vías. En T. QUINTANA LÓPEZ (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, estudio general y ámbitos sectoriales* (pp. 1781–1806). Tirant lo Blanch.

CARAZA CRISTÍN, M. M. (2016). *La responsabilidad patrimonial de la administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*. Instituto Nacional de la Administración Pública.

CASADO CASADO, L. (2026). La responsabilitat patrimonial de l'administració per caigudes a la via pública: la doctrina de la Comissió Jurídica Assessora. Estudis sobre la Funció Consultiva, (4), 1-62. Comissió Jurídica Assessora, Generalitat de Catalunya.

CERASELA PANA, A. (2021). *La seguridad cibernética y los derechos humanos: los límites de la restricción de derechos humanos para la protección del espacio cibernético* (Tesis de doctorado). Universidad Carlos III de Madrid.

DÍAZ RUIZ, S. (2005). La ciudad como espacio social de convivencia. *Acciones e Investigaciones Sociales*, (21), 77–107.

DOMÉNECH PASCUAL, G. & MEDINA ALCOZ, L. (2024). La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En F. VELASCO CABALLE-

RO & M. M. DARNACULLETA I GARDELLA (Dirs.), *Manual de derecho administrativo* (2.ª ed., pp. 796–827). Marcial Pons.

EMBID IRUJO, A. (2018). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como consecuencia de las inundaciones*. Civitas-Thomson Reuters.

ESTEVE PARDO, J. (1999). *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Ariel.

EXPÓSITO GÁZQUEZ, A. (2021). Ciberataque al SEPE: ¿Posible responsabilidad patrimonial? *Revista General de Derecho Administrativo*, (58), 1–26.

FERNÁNDEZ MOLTAVO, R. (2009). Responsabilidad de las Administraciones Públicas: criterios jurisprudenciales. En J. ORTIZ BLASCO & P. MAHÍLLO GARCÍA (Coords.), *La responsabilidad de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI* (pp. 245–352). Fundación Democracia y Gobierno Local.

FERNÁNDEZ RODERA, J. A. (2016). El procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas conforme a las leyes 39/2015 y 40/2015. *Revista de Derecho Local*, (40), 1–10.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2019). El derecho a una buena administración en la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019. *Revista de Administración Pública*, (209), 247–257. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.07

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2021). Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración. *Revista de Administración Pública*, (216), 169–186. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.06

FUENTES I GASÓ, J. R. (2020). El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tras la entrada en vigor de las leyes 39/2015 y 40/2015, en particular por daños en la vía pública. *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2019*, (11), 291–368.

FUENTES I GASÓ, J. R. (2025). Régimen jurídico y organizativo de la participación de los entes locales en la conformación de comunidades energéticas. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (33), 45–75.

FUENTES I GASÓ, J. R. y VIVAS ROSO, J. (2024). Transformación digital de las administraciones públicas, brecha digital y envejecimiento activo. En J. GIFREU I FONT (dir.), *El envejecimiento activo como nuevo reto para los gobiernos locales: La construcción jurídica de servicios públicos y espacios amigables para las personas mayores* (pp. 475–495). Editorial Aranzadi.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la

responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, (159), 173–208.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2003). El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (67), 15–48.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2003). Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional. *Revista de Administración Pública*, (166), 99–147.

GARCÍA FORTUNA, D. (2024). Ruptura del nexo y otras causas de desestimación de peticiones indemnizatorias derivadas del deficiente estado de conservación y mantenimiento de la vía pública. Especial estudio de la nimia importancia del defecto. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (92), 11–46.

GARCÍA HERRERO, F. J. (2025). ¿Se debe indemnizar por las caídas provocadas por la existencia de placas de hielo en la vía pública? *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, (1), 1–2.

GUERRA POSADAS, R. (2016). Novedades en el régimen de la responsabilidad patrimonial en las leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre. *Revista de Estudios Locales. Cunal*, (196), 22–37.

IBERLEY, DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN. (2025). *La responsabilidad patrimonial de la Administración por caídas en la vía pública. Paso a paso. Guía jurídico-práctica sobre la reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración por caídas en la vía pública*. Colex.

JORDANO FRAGA, J. (1999). La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas. *Revista de Administración Pública*, (149), 321–336.

JORDANO FRAGA, J. (2023). Responsabilidad patrimonial por los daños derivados de las medidas adoptadas (o de las no adoptadas) en casos de crisis y emergencias causadas por catástrofes naturales. En T. PRIETO ÁLVAREZ y F. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (dirs.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Presente y retos: XV Coloquio Luso-Español de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 155–170). Iustel.

LEGUINA VILLA, J. (1980). La responsabilidad del Estado y de las Entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos. *Revista de Administración Pública*, (92), 7–44.

LEONARDO ZORRILLA, L. A. (2018). La responsabilidad patrimonial de la administración como resultado de la anulación de un acto administrativo (a propósito de la STS, Sala 3.ª, de 17 de febrero de 2015, Rec. 2335/2012). *Revista General de Derecho Administrativo*, (47), 1–17.

LITAGO LLEDÓ, R. (2021). Eficacia práctica del «principio» de buena administración formulado por el Tribunal Supremo. *Revista Técnica Tributaria*, (133), 127–154. https://doi.org/10.48297/rtt.v2i133.760

MAGÁN PERALES, J. M. (2010). La responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Administración local. En J. M. CARBONERO GALLARDO (coord.), *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales* (pp. 895–974). La Ley.

MARTÍN REBOLLO, L. (2000). Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (4), 273–316.

MARTÍN REBOLLO, L. (2003). La responsabilidad patrimonial de la Administración local. En S. MUÑOZ MACHADO (coord.), *Tratado de derecho municipal* (Vol. 1, pp. 773–872). Civitas.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2023). Responsabilidad administrativa por el uso de la inteligencia artificial. En E. GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios* (pp. 227–253). Tirant lo Blanch.

MEDINA SÁNCHEZ, R. (2025). ¿Los estándares de rendimiento exigibles al servicio de mantenimiento de las vías públicas pueden modular la responsabilidad patrimonial de las Administraciones? *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, (1), 1–3.

MENDILIBAR NAVARRO, P. (2024). *Determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración en la toma de decisiones basadas en inteligencia artificial*. Tirant lo Blanch.

MERCADER UGUINA, J. (2024). Sistema de responsabilidades por el uso de la inteligencia artificial. Un enfoque integral. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(1), 211–227.

MIR PUIGPELAT, O. (2008). Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria). *Revista Española de Derecho Administrativo*, (140), 629–652.

MORATE MARTÍN, L. (2023). Responsabilidad patrimonial del municipio: criterios de exoneración administrativa en las caídas en la vía pública. En E. ORTEGA BURGOS y F. PASTOR RUIZ (dir.), *Derecho administrativo, 2023* (pp. 721–734). Tirant lo Blanch.

MORENO FONTARROSA, A. (2022). Ciberseguridad en las Administraciones Públicas: visión práctica. *Actualidad Administrativa*, (9), 1–17.

MUÑOZ MACHADO, S. (1992). *La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas*. Civitas.

PANTALEÓN PRIETO, F. (2022). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: ¿una responsabilidad objetiva?* Comisión Jurídica Asesora, Generalidad de Cataluña. https://cja.gencat.cat/web/.content/continguts/ambits_actuacio/Publicacions/estudis/Responsabilidad-patrimonial-responsabilidad-objetiva-Pantaleon-2022-ES.pdf

PARICIO RALLO, E. (2006). Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños sufridos en la vía pública. *Cuadernos de Derecho Local*, (12), 90–99.

PARICIO RALLO, E. (2009). Responsabilidad patrimonial. Jurisprudencia seleccionada. En J. ORTIZ BLASCO y P. MAHÍLLO GARCÍA (coords.), *La responsabilidad de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI* (pp. 355–446). Fundación Democracia y Gobierno Local.

PÉREZ VICENT, Y. (2025). ¿Cabe concurrencia de culpas si un peatón se cae en «un paso de cebra»? *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, (1), 1–2.

POTEL ALVARELLOS, C. y DURÁN GARCÍA, F. J. (2024). ¿Es determinante la titularidad de la vía o de la alcantarilla para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial? *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, (2), 1–3.

PRESICCE, L. (2019). Las competencias municipales propias, tras la reforma local de 2013 y la jurisprudencia constitucional. En E. CARBONELL PORRAS y G. PIPERATA (dirs.), *La reforma del gobierno local en España e Italia* (pp. 151–188). Editoriale Scientifica.

RANDO BURGOS, E. (2024). La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y las controversias generadas en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (31), 61–92. https://doi.org/10.18601/21452946.n31.04

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2013). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6(6), 23–56.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (2013). Responsabilidad de la administración por daños morales. En T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales* (pp. 763–810). Tirant lo Blanch.

TORRENT I RIBERT, P. J. (1995). *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas: el seguro de la responsabilidad civil de los entes públicos*. Fundación MAPFRE.

VALERO TORRIJOS, J. (2019). Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración. *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), 82–96. https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3307

El contexto actual de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística

The current framework of liability in urban planning

Salvador M.ª Martín Valdivia

Catedrático (acreditado) de Derecho Administrativo

Universidad de Jaén

https://orcid.org/0000-0002-5394-8044

RESUMEN**:** La exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones en el ámbito urbanístico presenta enormes dificultades prácticas. Aunque el artículo 106 de la Constitución reconoce el derecho a ser indemnizado, en la realidad el ejercicio de estas acciones se percibe como un proceso arriesgado, con tasas de éxito muy bajas. De la experiencia cotidiana y de la doctrina jurisprudencial se desprende que el núcleo del debate radica en la búsqueda de la antijuridicidad del daño. No basta con la existencia de un perjuicio causado por la Administración: los tribunales valoran si la actuación fue razonada y razonable, incluso aunque luego resulte anulada. En tal caso, se entiende que el particular debe soportar el daño sin derecho a indemnización. Este criterio se ha consolidado como la clave hermenéutica del sistema y explica la mayoría de las resoluciones desestimatorias. El artículo 48 del Texto Refundido de la Ley del Suelo contempla cinco supuestos de responsabilidad urbanística. La dicción literal del precepto pudiera hacer pensar en una exigencia casi automática de responsabilidad en esos supuestos tasados. En todos ellos, la jurisprudencia ha interpretado de manera restrictiva su inferencia, negando la compensación en la mayoría de los casos y reforzando la idea de que el tenor literal del precepto resulta más nominal que efectivo. En todos ellos aparece como mecanismo de cierre la llamada doctrina del margen de tolerancia. La conclusión del trabajo es clara y poco optimista. La exigencia de responsabilidad patrimonial en materia urbanística, litigar contra la Administración en busca de una indemnización, se convierte en una lucha desigual, en la que la balanza se inclina sistemáticamente a favor de lo público y donde las expectativas de éxito son escasas.

Recibido: 24-09-2025

Aceptado: 31-10-2025

ABSTRACT: Enforcing liability of public authorities in urban planning poses enormous practical difficulties. Although Article 106 of the Constitution recognizes the right to compensation, in reality, pursuing these actions is perceived as a risky process, with very low success rates. Daily experience and case law suggest that the core of the debate lies in determining the unlawfulness of the damage. The existence of harm caused by the administration is not enough: the courts assess whether the action was reasoned and reasonable, even if it is later annulled. In such a case, it is understood that the individual must bear the damage without the right to compensation. This criterion has been consolidated as the hermeneutical key of the system and explains the majority of dismissals. Article 48 of the Land Law contemplates five cases of urban planning liability. The literal wording of the provision could suggest an almost automatic requirement of liability in these specific cases. In all of them, the courts have adopted a restrictive interpretation of its inference, denying compensation in most cases and reinforcing the idea that the literal meaning of the provision is more nominal than effective. In all of them, the so-called margin of tolerance doctrine appears as a closing mechanism. The conclusion of this paper is clear and not very optimistic. Demanding liability in urban planning, litigating against the Administration in search of compensation, becomes an unequal battle, in which the balance systematically tips in favor of the public sector, and where the prospects for success are slim.

PALABRAS CLAVE**:** responsabilidad patrimonial, urbanismo, interpretación restrictiva, causas exculpatorias.

KEY WORDS**:** liability, urban planning, restrictive interpretation, exculpatory causes.

SUMARIO: I. EL ANATEMA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, EN GENERAL, Y DE LA URBANÍSTICA, EN PARTICULAR. II. ALGÚN ANTECEDENTE, A MODO DE INTROITO. III. LO QUE SE EXTRAE DE ESA DOCTRINA. IV. LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO. V. BREVE REFLEXIÓN FINAL. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL ANATEMA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, EN GENERAL, Y DE LA URBANÍSTICA, EN PARTICULAR

Con motivo de mi participación en la «IV Jornada de la Revista Andaluza de Administración Pública sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», coorganizada por la Facultad de Derecho de Sevilla, el Instituto Andaluz de Administración Pública y el Instituto Clavero Arévalo, se me invita a reflexionar,

en el recortado ámbito temporal que ofrece una mesa redonda, acerca de la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir las Administraciones municipales en el ámbito urbanístico. Tal fue el tema que de consuno entre organización e invitado se eligió para abordar el régimen jurídico de la responsabilidad «en la práctica». Tuve el honor de compartir mesa con los insignes profesores Josep Ramón Fuentes Gasó (responsabilidad por daños en la vía pública), Elisa Pérez de los Cobos (responsabilidad por acoso escolar) y Jesús Jordano Fraga (responsabilidad en catástrofes naturales).

Se trataba de resumir en esa breve intervención cuestiones que, aunque arrastran una dilatada producción jurisprudencial y doctrinal, sobre el papel eran sencillas de abordar y facilitaban mi intervención. El motivo que justificó la elección temática fue doble: en primer lugar, ese tema me permitiría glosar analíticamente un solo artículo del TRLS (el 48), que engloba casi todos los supuestos legalmente tipificados en los que la administración urbanística responde. Además, aventuraba que mi intervención (que se me solicitaba desde una perspectiva eminentemente práctica) se podría concretar en una sugerencia a la concurrencia, sencilla y conclusiva: la exigencia de responsabilidad a la Administración en nuestro derecho es hoy, en más ocasiones de las deseadas, una quimera. Ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial se perfila como una arriesgada hazaña procesal. Y no es exagerado aconsejar prudencia antes de accionar, salvo que el concernido lo vea estrictamente necesario y el éxito de la acción estuviese prácticamente garantizado. Y es que, anticipemos siendo sinópticos y transparentes, el tratamiento de la responsabilidad patrimonial de la administración en España no es tan sencillo como pudiera imaginar quien está fuera de los círculos forenses y se haya apostado a confiar en el contenido del art. 106 CE como aserto inconcuso. Y por supuesto es muy distinto del que dispensa el derecho anglosajón al llamado derecho de daños, que tan natural parece a ojos del ciudadano de a pie (la cinematografía —explicaba— arrastra mucha culpa de esa imagen), pero del que estamos tan alejados. Poco hay aquí de eso que se conoce como «*compensatory or punitive damages*».

Aprovechando ese rebufo fílmico y el escenario que a los ponentes se nos ofrecía, recordaba en ese foro cómo a mis alumnos, al introducirles en el tema de la responsabilidad patrimonial, siempre principio refiriéndoles aquella película (americana, por supuesto) donde un abogado de poco éxito se afanaba a las puertas de un hospital en reclutar pacientes descontentos con el sistema hospitalario para representarles en eventuales pleitos de responsabilidad sanitaria. Esa película es *Philadelphia*, protagonizada por Tom Hanks y Denzel Washington, el abogado solícito. Con esos alumnos, a los que presupongo ilusionados con el derecho —pero a los que seguro les llaman más aquellas tramas que el derecho administrativo—, debo serles franco

desde el principio: la responsabilidad patrimonial de la administración en España, más que una realidad, es un anatema.

Para ilustrarles, les sigo refiriendo cómo son en realidad las cosas en el ruedo patrio con ejemplos extraídos de algún interesante trabajo doctrinal[1]: un rumano acusado de explotación sexual entra en prisión provisional durante 1058 días. No encuentran pruebas y lo excarcelan tras el juicio. Exige responsabilidad a la Administración de Justicia. Exhorto a los oyentes (ahora, al amable lector) a que reflexionen sobre ello, sobre el precio que cada cual pone a la privación de su libertad durante esos 1058 días en una cárcel, sin ser culpables de cargo alguno; ¿esos tres años y medio les valen 500.000 €? Es lo que pedía el incauto. La Audiencia Nacional debe sentenciar si esa privación de libertad merece alguna indemnización. O no. Finalmente, en efecto, recae condena. Lo llamativo (¿trágico?) es el quantum de valoración. La indemnización al rumano privado de libertad durante 1058 días asciende a 5.000 € (les ahorro el cálculo: 4,72 euros por día). Por cerrar el círculo de cotejos escénicos a los alumnos, les propongo como término de comparación aquella otra indemnización que se manejaba en la película, también americana, *A civil action* (8 millones de dólares obtuvo el abogado encarnado por John Travolta) por un tema de vertidos, y es entonces cuando tomamos consciencia de la diferencia del tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial del derecho de daños entre anglosajones y nacionales. Es conveniente tomar tierra y aclarar cómo son las cosas en España. Estos ejemplos me sirven para referir a mis cándidos alumnos (y ahora así lo propongo al lector) cuáles son las expectativas de la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro entorno y, entre sus derivaciones, las responsabilidades urbanísticas. Se estudian sus bases, exigencias, presupuestos, procedimientos y, al fin, las dificultades que anticipan las escasas tasas de éxito. Sólo entonces se empieza a tomar contacto con nuestra realidad.

Entenderá el lector (como intuyo que lo hiciera el oyente en mi intervención en aquella Jornada) que esto que relato de manera un poco exagerada no es en absoluto ficticio. Antes al contrario, se acomoda y está extraído de mi experiencia profesional. No sólo es teoría, también es práctica. Hoy es fácil acudir a los repertorios jurisprudenciales y estadísticas del Poder Judicial para advertir que del 30 % de estimaciones en recursos contenciosos, la proporción se reduce en procedimientos de responsabilidad patrimonial, donde las tasas de éxito no superan el 10-15 % de los casos, resultando extremos los datos de 2017 (30,7 % de estimaciones) y 2019 (7,3 %) de la serie histórica de 10 años (las estadísticas de éxito en pleitos de responsabilidad patrimonial ante la Audiencia Nacional son paradójicas)[2]. La práctica profesional me lleva

[1] Ejemplo que extraigo del magnífico estudio de DE LORA, Pablo, *Los derechos en broma*. Ed. Deusto, septiembre, 2023.

[2] DATOS DE JUSTICIA, en Boletín de Información Estadística, CGPJ, nº 97, diciembre 2022, pág. 7.

a la conclusión de que en los órganos jurisdiccionales de lo contencioso la exigencia del derecho de daños, de los irrogados por la Administración, es más que un desafío profesional; se torna en auténtica batalla contra molinos de viento. Y aún más ardua acontece la lucha si lo que se pretende es exigir responsabilidad a la administración por los daños ocasionados con motivo de las actuaciones (cuando eventualmente «no actuaciones», inactividades) urbanísticas.

Con ello, como proposición inicial podríamos anticipar que el ámbito de la responsabilidad patrimonial se mueve en escenarios de estrechez. Las interpretaciones específicas con las que los tribunales administrativos aplican los requisitos y exigencias determinan directamente la tasa de éxito de las reclamaciones. Una acción contenciosa puede fracasar no porque el daño no haya ocurrido (en ocasiones es clamoroso), sino por muchas otras azarosas razones: que el nexo causal no se demostró suficientemente; que el daño, aunque real, se consideró «jurídicamente soportable» bajo los estándares legales y jurisprudenciales vigentes; que la razonabilidad de la actuación administrativa excluye la antijuridicidad de la opción elegida; o que la acción ejercitada por el reclamante no le haya parecido la más oportuna o acertada al tribunal de turno. Estas excepciones se traducen en que el sólo hecho cierto de haber sufrido un daño cuantificable relacionado con la mala prestación de un servicio público, a menudo no es suficiente para una acción exitosa. El reclamante debe construir un caso legal robusto, abordando y probando meticulosamente cada elemento legal. Esto frecuentemente requiere la presentación de pruebas sólidas, incluyendo informes periciales (que son aleatoriamente manejados por el ponente en uso y abuso del *onus probandi*), y una comprensión sofisticada del panorama legal y jurisprudencial en constante evolución. Esta complejidad inherente contribuye significativamente a los desafíos que enfrentan los reclamantes y, en consecuencia, puede conducir a una tasa de éxito general más baja en comparación con un sistema de responsabilidad puramente objetivo sin tales interpretaciones matizadas.

II. ALGÚN ANTECEDENTE, A MODO DE INTROITO

Permítaseme una breve digresión respecto de la que debiera ser la línea argumental principal del trabajo (enfocado inicialmente a la responsabilidad patrimonial del municipio), para referirme a un sonado, aunque todavía de resultado eventual, supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, íntimamente relacionado con el asunto urbanístico municipal, pero que se derivaba también a la actuación, siquiera fuera instrumental, de otras Administraciones en un asunto tan mediático como el de la construcción del hotel El Algarrobico, en Carboneras:

- Nos situamos a final de la década de los 90 del pasado siglo, en un escenario de ebullición desbocada en el mundo inmobiliario. Allí y entonces todos los actores

apuestan decididamente por la construcción de un hotel en una zona degradada, especialmente necesitada de impulsos dinamizadores. Agentes sociales, políticos, económicos; Ayuntamiento, Junta de Andalucía, Estado…, con el único y confesado objetivo de procurar la ejecución del proyecto turístico.

- En ese contexto, se aprueban planes generales, planes de desarrollo, proyectos de compensación (incluso por subrogación de la Junta de Andalucía, tal era la prisa en aprobar) y de urbanización, se emiten informes favorables, se otorgan licencias, …

- Y todo ello con impulsos, aprobaciones y participación activa de las tres Administraciones implicadas, pues el Ayuntamiento aprueba inicial y provisionalmente los planes y proyectos, la Junta informa favorablemente cuando le cumple y aprueba definitivamente cuando le compete, y el Estado (Demarcación de Costas) informa a favor de los proyectos hasta en 4 ocasiones en los distintos estadios procedimentales que le atañen. Y claro, con esos mimbres, el Ayuntamiento de Carboneras aprueba los proyectos de ejecución y otorga la licencia, lo que habilita jurídicamente la construcción del complejo.

- Cuando el hotel está construido casi al 80 %, un juez de Almería paraliza la obra a instancias de una asociación ecologista (2006): se denunciaba que las obras se desarrollan afectando parcialmente a un espacio protegido (los límites del PORN fueron alterados fulleramente por la Junta de Andalucía con una corrección de errores materiales para que el proyecto cupiese en el ámbito territorial elegido) y al dominio público marítimo-terrestre, porque la edificación se encontraba dentro de la línea de edificación que marcaba la Ley de Costas de 1988 a la que debió ajustarse el planeamiento aprobado por aquella época. El manejo de las excepciones al derecho transitorio de aquella ley lo dejaremos aparte de este trabajo, pues excede con mucho su ámbito académico, pero merecería un repaso[3]. De cualquier modo, parece obvio que la construcción se levanta en parte en terrenos no aptos para la transformación urbanística, empleando términos genéricos, pero perfectamente comprensibles al lector. Lo lógico es, después del preceptivo proceso anulatorio, la demolición.

- Es difícil sustraerse al primer impulso que a cualquier práctico del derecho asalta en ese momento del proceso: ¿este desatino quién lo paga? ¿hay saldos negativos por la ruina sobrevenida del negocio, aparte naturalmente de los del promotor? ¿quién responde? Una promotora que pide y obtiene todas las autorizaciones, informes, permisos y licencias para invertir más de 100M € en un hotel en una zona deprimida de la costa almeriense, se lanza a la aventura inmobiliaria con todas las autorizaciones administrativas que le son exigibles. Un juez suspende la ejecución de

[3] Para más información sobre este particular, pero también sobre el problema en su conjunto, me permito remitir al lector a mi obra *El Algarrobico. Historia de un fracaso institucional*, THOMSON REUTER, Cizur Menor, Navarra 2022, 300 págs, ISBN: 978-84-1391-835-8

las obras y al promotor se le empiezan a volver lanzas las cañas. Después de más de 50 sentencias de juzgados, del TSJA y del TS sobre el asunto, y veinte años después de la orden de paralización, ¿no hay adeudos? La quiebra de la confianza legítima en el sistema de autorizaciones administrativas parece abrumadora. Es, en realidad, la quiebra del Estado de derecho. Ese práctico del derecho, aún confiado en esa idea de justicia material, intuye que de este dislate alguien rendirá cuentas. Tal vez, el Ayuntamiento de Carboneras; pudiera serlo la Junta de Andalucía; o incluso el Estado, que todo lo dieron y ahora se ponen de perfil, cuando no abiertamente en contra, del proyecto que impulsaron, aprobaron y auspiciaron. La necesidad de satisfacción que anuncia nuestro 106 CE anima a reparar e indemnizar este daño. Y, en efecto, la promotora acude a la justicia, en un primer intento de manera solidaria contra las tres Administraciones. Lo pide a la Audiencia Nacional.

Pues bien, dos recursos en los que se reclaman indemnizaciones de 70 y 80 M€ concluyen con dos sentencias demoledoras (de 29 de diciembre de 2020 y 7 de abril de 2021) que declinan cualquiera de las responsabilidades en que pudieran haber incurrido las Administraciones públicas. Animo al lector a que las estudie. Entre los argumentos exculpatorios, algunos notablemente significativos:

* La promotora conoce que esos negocios inmobiliarios arrostran estos peligros. Si juega al oficio, sabe que puede perder. Interesante título de desimputación.

* Una excusa absolutoria sacada de la nada: como la licencia es ilegal, pues no concurre la antijuridicidad necesaria para la responsabilidad patrimonial, y no cabe indemnizar (no se sabe de dónde se concluye en tal afirmación apodíctica, pero nótese que ya lo anticipaba la Audiencia Nacional pese a que todavía no ha sido declarada como tal; de hecho, el TS ya tuvo ocasión de refrendar la perfecta validez de la licencia en sentencia posterior, de 19 diciembre de 2022)

* Y la más extraña, aunque ciertamente interesante, por las posibilidades exculpatorias que abre: la Demarcación de Costas informa favorablemente, sí, en reiteradas ocasiones. Pero cuando el Estado actúa en ese trámite concreto del proceso urbanístico, lo hace de manera instrumental, no ejercita competencias propias, sólo se limita a informar porque el procedimiento administrativo lo exige. La responsabilidad —parece querer indicar— lo sería solo de quien tiene la competencia objetiva para tramitar y resolver el expediente concreto. Por tanto, y a su particular criterio, esos informes favorables no provocan daños. Olvida, por supuesto, que sin ellos no habría aprobación de planes ni proyectos, no habría licencia ni lesión al bien jurídico protegido, el medio ambiente. Olvida también, en definitiva, que la actuación de la Demarcación es esencial, pues son informes vinculantes; si no se hubiera informado favorablemente, nada de esto habría sucedido. La explicación da noticia del trabajo exculpatorio que los tribunales indagan antes de sentenciar, y nos explica que, como

quiera que esos informes se emiten por exigencia del procedimiento y no en asuntos que sean de su estricta competencia, las responsabilidades por su desliz (la evidencia del error es insobornable) no pueden acarrearles consecuencias negativas. En otras palabras: que sí, que el Estado yerra, pero yerra poco.

El resultado del litigio es desconcertante, pues se desestiman ambos recursos con imposición en costas sin limitación al reclamante, que acude a la justicia pidiendo amparo y unas indemnizaciones de 150 millones y escapan del envite con la obligación de pagar unas costas millonarias, calculo *grosso modo*.

Tras esa digresión, que no ha resultado tan breve como pretendía, se nos ofrece este preocupante panorama, y entenderá el lector que, si lo que se pretende es acudir a la justicia para reparar secuelas de las disfunciones administrativas, no se pueda ser muy optimista. Aceptamos, sin duda, el aserto del art. 142.4 LRJPAC (hoy 32 y 34 de la Ley 40/2015), en materia de responsabilidad patrimonial por causa de la anulación de actos administrativos: «*La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización* (…)»[4]. Y es de ahí de donde deriva la esencia del problema, desentrañar si el daño irrogado se puede entender como antijurídico, lo que hará que el damnificado tenga el deber jurídico de soportarlo. Pero, dicho lo cual, es llamativo el ímpetu de los tribunales para buscar causas exculpatorias para la administración. Visto este entusiasmo liberatorio —próximo al frenesí—, se explican por sí solos los porcentajes de éxito en procedimientos de esta naturaleza.

III. LO QUE SE EXTRAE DE ESA DOCTRINA

En el ejemplo que acabo de proponer para ilustrar esta cuestión, el debate nuclear se sitúa en determinar si los agentes públicos intervinientes deben responder –y en qué medida– por la restitución de la realidad urbanística a la ambiental, o si, por el contrario, toda la responsabilidad recae en los promotores por una política de hechos consumados. Estas dos posiciones de máximos podrían servirnos para enmarcar el problema de la responsabilidad patrimonial.

No cabe una concepción panobjetivista ingenua de la responsabilidad administrativa. El artículo 106.2 CE reconoce el derecho a ser indemnizado «en los términos establecidos por la ley», y la jurisprudencia ha ido precisando el alcance de la

[4] La interpretación de ese precepto es la que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a enfatizar que «… no basta con la mera anulación del acto para tener derecho a la indemnización, sino que deberán concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por la ley: daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo» (ss. TS de 8 abril y 30 junio 2014, Rep. J. nº 1956 y 3995, respectivamente).

antijuridicidad del daño como presupuesto inexcusable del resarcimiento. Reitero, la mera anulación de actos administrativos no presupone, por sí sola, el derecho a indemnización (de nuevo, art. 142.4 LRJPAC; hoy, art. 32.1 y 34.1 Ley 40/2015)[5].

La evolución jurisprudencial muestra un péndulo: de postulados más objetivistas —vinculados a la sola existencia del daño y la causalidad— hacia un control reforzado de la antijuridicidad, que incorpora criterios de razonabilidad de la actuación administrativa. Así, el Tribunal Supremo ha entendido que no hay daño antijurídico cuando la Administración actúa dentro de márgenes de apreciación «no solo razonables, sino razonados», incluso si el acto termina anulado.

No obstante, recordemos que la doctrina constitucional pretendió en un momento concreto establecer un punto de inflexión que se pretendía inexorable. La STC 112/2018, de 17 de octubre, pareció haber reconducido el debate. Reafirmaba el carácter objetivo del sistema (excluida la culpa como requisito), pero exige siempre relación de causalidad e imputación del daño a la actividad administrativa, así como la constatación de una lesión efectiva y antijurídica. De este modo, la antijuridicidad se erige en clave hermenéutica del sistema.

Desde esa clave, conviene distinguir dos rutas resarcitorias en el supuesto que nos sirve de guía: a´) daños derivados del deslinde y de la ampliación de la servidumbre de protección costera; y b´) daños derivados de la anulación/revocación de licencias y títulos habilitantes.

a´) En la primera, la jurisprudencia ha negado, con carácter general, la responsabilidad del Estado cuando el deslinde es conforme a derecho, descartando la antijuridicidad. Queda, no obstante, el examen de supuestos de sacrificio especial y de riesgos legalmente previstos (v.gr., regímenes transitorios de la Ley de Costas y su Reglamento), cuya aplicación práctica ha sido extremadamente restrictiva.

b´) En la segunda, la anulación de licencias abre, en abstracto, la vía del art. 48 TRLSRU –especialmente letras c) y d)– y la doctrina de la «*responsabilidad por acto administrativo*». Sin embargo, la jurisprudencia reciente ha reforzado el filtro de antijuridicidad mediante el denominado «*margen de tolerancia*» sobre el que volvere-

[5] Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 21 de marzo (rec. 2200/2008) y 18 julio 2012, (rec. 985/2009) ya aclararon, sin lugar a debate, que el pleno acomodo a derecho de un deslinde enervaba los discursos favorables a la Administración estatal de responsabilidad por los perjuicios irrogados por la ampliación de la zona de servidumbre. La negación a radice de la responsabilidad objetiva. Digamos, pues, que el funcionamiento anormal de los servicios públicos estatales (que necesariamente exige un juicio valorativo sobre los estándares de funcionamiento de los distintos servicios públicos en cada momento) queda descartado en este supuesto como título de imputación que pudiera reprocharse a esta actividad potencialmente productora de daños. Esa declaración sustenta con carácter principal la jurisprudencia contraria a la indemnización. La ausencia de antijuridicidad así entendida desbarata cualquier pretensión.

mos: si la decisión administrativa, aun anulada, fue razonable y razonada según el marco normativo y técnico disponible, se entiende que el particular tenía un deber jurídico de soportar el daño. Frente a ello, una corriente doctrinal relevante sostiene que la anulación de actos reglados que producen daño y guardan nexo causal debe conllevar la indemnización, so pena de vaciar de contenido el principio de confianza legítima y el art. 48 TRLSRU.

En suma: (i) la responsabilidad por el deslinde se ha rechazado sobre la base de su juridicidad y de la ausencia de sacrificio especial indemnizable; (ii) la responsabilidad por anulación de licencias dependerá de la calificación de la antijuridicidad del daño a la luz del estándar de razonabilidad y de la configuración legal del caso (art. 32 y 34 LRJSP; art. 48 TRLSRU).

Todo ello explica la severa tendencia exculpatoria en los pronunciamientos sobre El Algarrobico (Audiencia Nacional 2020 y 2021), pese a reconocer descoordinación administrativa y defectos graves de tramitación. La clave está —y estará— en el juicio de antijuridicidad y en la delimitación de qué daños el particular no tiene el deber jurídico de soportar.

Y es que aun a pesar de que el contenido del art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público mantenga la idea de que los particulares tienen derecho a ser indemnizados de toda lesión que «*sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*», en la doctrina actual no es difícil encontrar voces decididamente en contra de esa «*objetividad*» en la responsabilidad[6], desnudándola de otras connotaciones, en especial, del análisis del cómo ha actuado la Administración[7].

---

[6] Aun cuando, como acabo de referir aquí el propio Tribunal Constitucional quien no ha dudado en reafirmar esa «objetividad» en la comentada sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018, de 17 de octubre, que en su Fº Jº Quinto («Significación constitucional de la objetividad del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el artículo 106.2 CE»), afirma que «*el tenor del artículo 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia*», *y* que *«así pues, el régimen constitucional de responsabilidad de las Administraciones públicas se rige por criterios objetivos*». Afirmación que, no obstante, es criticada por cierto sector de la doctrina cuando advierte que esa objetividad sólo opera en el plano de lo retórico, que no de lo práctico «*afortunadamente*», a juicio de MIR PUIGPELAT, O. (2020) (en *La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración*. Revista de Administración Pública, 213, 29-47. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.02, pág. 34).

[7] Las posiciones doctrinales están enfrentadas. Por ejemplo, algunos justifican esa negativa doctrinal a equiparar la responsabilidad en los casos en que se advierta una actuación normal de otra anormal en la acción administrativa: *Me parece profundamente erróneo parificar a efectos de responsabilidad de la Administración «funcionamiento normal» y «funcionamiento anormal» de los servicios públicos, en el sentido de que tanto el uno como el otro reclamen con carácter general la indemnización de los daños que ocasionan, salvo que se dé en las referidas expresiones un significado distinto al que generalmente se les asigna al incluir en la responsabilidad «por funcionamiento normal» la llamada responsabilidad por riesgo.* (PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando en *Los*

IV. LOS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO

Vayamos a lo normativo. En la ley sectorial aparecen bien definidos (y recortados) los supuestos de responsabilidad patrimonial en materia urbanística, pero las posibilidades interpretativas no son pocas. Aun así, como fórmula de acercamiento a la práctica, pareciera conveniente la exploración de tesauros en los repertorios jurisprudenciales a nuestro alcance, y es entonces cuando el registro de sentencias del TS o tribunales superiores que ofrecen como precepto principal la búsqueda de ese art. 48 dará cumplida cuenta del pobre resultado que en eficacia procesal representan las reclamaciones de responsabilidad patrimonial. A modo de ejemplo, pude comprobar –precisamente con motivo de la preparación de este trabajo– que de manera invariable las primeras resoluciones que aparecen en la interpretación de cada uno de los cinco apartados de ese precepto del TRLS 2015 son todas desestimatorias. También la frondosidad de argumentos exculpatorios es llamativa.

Sin embargo, permítaseme una reflexión sobre la aparente paradoja entre términos y realidades. Resulta sugestiva la manera de principiar del texto legal, que reza: «*Dan lugar* ***en todo caso*** *a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos…*». La contundencia de los términos con que aborda el texto legal esa enumeración de supuestos pudiera dar lugar a una idea preconcebida, casi automática, de reconocer la responsabilidad en estos casos. Nada más lejos de la realidad. Veamos cuáles son los supuestos indemnizatorios que glosa el artículo 48 TRLS y cuáles las primeras sentencias del TS y del TSJA que aparecen en los repertorios escrutados interpretándolos:

a) *La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración*. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, sentencia de 23 ene. 2020, rec. 347/2017. Es desestimatoria, pese a que la reducción de los aprovechamientos estaba acreditada por ese cambio de planeamiento sobrevenido y el daño era evidente. Pues bien, no procede la indemnización. «*…para que proceda la responsabilidad en los supuestos de anulación deben rechazarse las posturas maximalistas que defienden, tanto la concurrencia en todos los supuestos de anulación, como la que sostiene que no procede dicha responsabilidad en ningún caso. Muy al contrario y como suele acontecer en los*

anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; Documentación Administrativa, ISSN 0012-4494, nº237-238, 1994, pág. 247*).*

supuestos de responsabilidad en general, ha de atenderse a las peculiaridades del caso…»[8]. ¿Me permiten recordar el tenor del 48?: «en todo caso…». El énfasis del precepto es meramente nominal, como resulta notorio.

Ni que decir tiene (como resulta lógico, por otra parte) que las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incursa en dicha situación durante su vida útil.

Un supuesto parecido, pero por la suspensión de los efectos de las licencias y autorizaciones por cambio sobrevenido de planeamiento se reconoce en la normativa andaluza. El Reglamento LISTA (Decreto 550/2022) dispone en su artículo 103.4 que los peticionarios de licencias solicitadas con anterioridad a la publicación de la suspensión tendrán derecho a ser indemnizados por el coste de los proyectos y a la devolución, en su caso, de los tributos municipales satisfechos, a partir de la entrada en vigor del instrumento de ordenación urbanística. Pero ya la propia norma nos espeta la caución de que ese derecho a exigir la indemnización y devolución quedará en suspenso hasta que se demuestre la incompatibilidad del proyecto con sus determinaciones, «*salvo que con anterioridad la persona solicitante desista de su solicitud, en cuyo caso sólo se devolverán los tributos satisfechos*».

b) *Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa*. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Contencioso-administrativo, sentencia 277/2019 de 30 ene. 2019, rec. 161/2016, aborda este asunto con un pronunciamiento de des-

[8] El resto del argumentario se resume fácilmente. A juicio de la Sala, no procede esa exigencia de responsabilidad o, lo que es lo mismo, existe el deber jurídico de soportar el ciudadano afectado el daño ocasionado, cuando la norma que habilita la actuación de la Administración la somete a la consideración de potestades discrecionales, conforme a las cuales puede optar por varias soluciones, porque todas ellas son admisible en derecho, al ser jurídicamente indiferentes, supuestos en los cuales cuando, por circunstancias diversas, pueda verse anulada la decisión adoptada al amparo de dichas potestades, se considera que los ciudadanos afectados están obligados a soportar el daño ocasionado. En otras palabras, que no procede indemnizar por cambios en la ordenación. Y como quiera que en el caso de autos hay, en efecto, una disminución de los aprovechamientos y unas pérdidas por el retraso o imposibilidad de ejecutar unas determinaciones del Planeamiento que devienen imposibles, la indemnización no procede por estar justificada la causa de retraso y de la disminución: «*Por tanto, la demora y el retraso no fue causado por el supuesto cambio de criterio de la Administración autonómica, sino por la procedencia del cambio de clasificación del suelo que debía de realizarse necesariamente mediante la innovación del planeamiento y que por mor del Plan de Protección del Corredor Litoral se vio afectada por la suspensión exigida por el art. 2.2 del Decreto Ley 5/2012*». No hay, pues, derecho a indemnización «en todo caso».

estimación por prescripción de la acción en tema de limitaciones singulares por protección del PHA[9].

c) *La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística*[10]. Esta causa indemnizatoria tiene un cierto reflejo en la normativa urbanística destinada a regular los supuestos en que el promotor interesado da inicio a un proceso de consultas para la reclasificación de un suelo rústico de régimen común, e inicia los trámites para el cambio conforme a la consulta evacuada y al informe recibido. En ese supuesto, si se cambia el criterio de manera anticipada, se reconoce de manera genérica el derecho a la indemnización por los gastos asumidos. Así lo recoge el TRLS´15, art. 13.2. a), cuando regula ese derecho de consulta a las Administraciones competentes para los procesos de transformación del suelo rural, sobre las obras y proyectos que habrán de realizar para desarrollar el suelo y asegurar la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios y, en su caso, las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación : «*La alteración de los criterios y las previsiones facilitados en la contestación, dentro del plazo en el que ésta surta efectos, podrá dar derecho a la indemnización de los gastos en que se haya incurrido por la elaboración de proyectos necesarios que resulten inútiles, en los términos del régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*».

También en estos supuestos genéricos las primeras consultas a los repertorios jurisprudenciales arrojan resultados poco halagüeños para el recurrente. El Tribu-

[9] En esta sentencia, la Sala desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por varias razones que analiza y que denotan el esfuerzo liberatorio del tribunal exonerando la responsabilidad administrativa: En cuanto a la prescripción de la acción, la reclamación se presentó fuera del plazo de un año que establece la Ley 30/1992. El cómputo debía iniciarse desde la incoación del expediente de delimitación del entorno protegido de los Dólmenes (enero de 2008) o, como máximo, desde la aprobación del Decreto de delimitación (febrero de 2009). Sin embargo, la solicitud no se formuló hasta agosto de 2014, cuando la acción ya estaba prescrita. Niega la existencia de un daño efectivo e indemnizable. El tribunal rechaza que exista un perjuicio patrimonial real. La propiedad estaba incluida en el entorno del BIC, pero no se habían patrimonializado los aprovechamientos urbanísticos. Según la legislación y jurisprudencia, las expectativas de edificabilidad previstas en el planeamiento general no generan por sí mismas un derecho de indemnización. La base es la ausencia de aprovechamientos que se hubieran patrimonializado. El planeamiento general no atribuye directamente derechos indemnizables. Para ello, se requiere ordenación pormenorizada y aprobación de los instrumentos de equidistribución. Al no haberse alcanzado esa fase, lo que existía era una mera expectativa, no un derecho consolidado. Además, incide en el carácter no definitivo del daño. El tribunal señala que la adaptación del planeamiento podría permitir compensaciones alternativas, por lo que no existe un daño irreversible. Hasta que no se apruebe el planeamiento adaptado al BIC, no puede hablarse de una lesión definitiva e indemnizable.

En conclusión, la petición se desestima porque fue interpuesta fuera de plazo, no se probó la existencia de un daño cierto y patrimonializable, y lo alegado se basa en expectativas urbanísticas no protegidas jurídicamente.

[10] En el derecho andaluz, recogido en el Reglamento General de la LISTA (decreto 550/2022, en adelante RLISTA), art. 306.

nal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, sentencia 1895/2024 de 27 nov. 2024, rec. 9/2024 dicta una reciente sentencia desestimatoria[11].

d) La más común en la práctica, *la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente*. Ya nos advierte desde el inicio el mismo precepto: «*En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».* El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, en su sentencia 135/2020 de 5 feb. 2020, rec. 1315/2019, aborda la interpretación que merece la norma. La resolución es también desestimatoria[12]

[11] El Tribunal Supremo desestima la petición de responsabilidad patrimonial presentada por los recurrentes debido a que no se acredita la existencia de un error judicial en la sentencia impugnada. La decisión se fundamenta en que las parcelas menores de 2.000 metros cuadrados no cumplían con los requisitos para obtener licencia de edificación, ya que el plan territorial de Ibiza de 2005 y las normas subsidiarias de 2011 establecían dicha superficie mínima para la edificabilidad. Por lo tanto, el perjuicio alegado no proviene de la normativa de 2017, sino de disposiciones anteriores.

Además, el Tribunal considera que la sentencia recurrida aplica de manera razonable el artículo 48 c) del Real Decreto Legislativo 7/2015, reconociendo indemnización únicamente a los titulares de parcelas que ya contaban con licencia o que, por sus características, podrían haberla obtenido. En cambio, las parcelas menores de 2.000 metros cuadrados no patrimonializaron derechos urbanísticos, lo que excluye la posibilidad de indemnización.

El Tribunal también señala que las hipótesis planteadas por los recurrentes sobre posibles aprovechamientos urbanísticos no tienen cabida en el marco de la responsabilidad patrimonial. Finalmente, concluye que no se trata de un error judicial, sino de una discrepancia con la interpretación de la sentencia.

[12] En este proceso la parte recurrente alegaba que se ha producido un funcionamiento anormal de los servicios públicos, en relación con el proceso de aprobación de dos instrumentos derivados del planeamiento, que le ha generado un daño antijurídico que no tiene el deber de aportar. Así se ha producido una revocación implícita o indirecta de las aprobaciones iniciales, toda vez que, con la actuación posterior del Ayuntamiento, con su pasividad y falta de actuación, ha dejado sin efecto las mismas. Y ello como consecuencia del acuerdo de suspensión de licencias y de planes derivados que se adoptó por acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Llívia de fecha 12 de julio de 2012. En consecuencia, interesa que se le indemnice el daño emergente y el lucro cesante. La Administración se opone a que la propia actora se ha colocado en una situación de abandono en la tramitación, por cuanto no había exigido requerimiento y solicitud de subrogación en la tramitación del plan especial y del plan parcial ante la comisión de urbanismo. Además, niega la existencia de prueba de daño efectivo y, asimismo, alega la existencia de prescripción.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y precisa que el título invocado no es el del artículo 48.d) TRLSRU —demora o anulación de licencias—, sino la tramitación del planeamiento, ámbito distinto. Aclara que la noción de «dolo, culpa o negligencia graves del perjudicado» no se fija en abstracto por el no uso de opciones legales, sino según las circunstancias y el procedimiento concreto. Aplicando esa doctrina, confirma la desestimación del recurso que ya sentenciara el TSJC: la suspensión se publicó en 2012 y expiró el 30 de julio de 2013; la promotora no la impugnó, mantuvo inactividad y, pese a poder instar la subrogación autonómica del artículo 90.2 TRLUC para continuar la tramitación, no lo hizo. En 2015 reclamó indemnización sin acreditar que la inviabilidad de los planes derivase del Ayuntamiento. En consecuencia, se desestima el recurso. En definitiva, argumenta que no había «licencias o títulos habilitantes» del art. 48.d TRLSRU, sino un procedimiento de planeamiento. Se da la situación de acto consentido e inactividad del recurrente, dado que la suspensión de 2012 no se impugnó y, tras expirar (30-07-2013), la promotora guardó pasividad. Pudo pedir la subrogación autonómica (art. 90.2 TRLUC) para reactivar la

e) *La ocupación de terrenos destinados por la ordenación territorial y urbanística a dotaciones públicas, por el período de tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se le adjudiquen al propietario otros de valor equivalente. El derecho a la indemnización se fijará en los términos establecidos en el artículo 112 de la Ley de Expropiación Forzosa. ocupación temporal y anticipada de dotaciones públicas*. El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, en sentencia 138/2020 de 5 feb. 2020, rec. 6004/2018 analiza la indemnización por esa ocupación temporal y el resultado es, en el caso abordado, también desestimatorio. Escruta el Alto Tribunal en los supuestos indemnizables en casos de limitaciones a las posibilidades de desplegar las facultades urbanísticas de los predios por decisiones administrativas limitativas y lo hace de manera ciertamente restrictiva[13].

tramitación y no lo hizo. No se acreditó que la inviabilidad de los planes fuera imputable al Ayuntamiento y, en fin, ambos tribunales apreciaron prescripción en la instancia.

La exigencia de responsabilidad, se confirma, es una tarea sumamente ardua y complicada.

[13] En el supuesto de autos, la empresa recurrente era propietaria de dos parcelas en el SU-25 del PGOU de Ourense, parte de las cuales fueron ocupadas en 1996 por el Ayuntamiento, mediante convenio, para construir una residencia universitaria. El acuerdo reconocía a la propietaria el derecho a integrarse en la unidad de ejecución y a recibir el aprovechamiento urbanístico correspondiente en el futuro proyecto de compensación. Este se aprobó en 2013, reconociéndole edificabilidad en parcelas de resultado. La empresa reclamó indemnización por los perjuicios sufridos durante los 17 años de espera, cuantificándolos en más de un millón de euros en base al aprovechamiento urbanístico no materializado. Recuerda la reclamación el famoso caso Sporrong y Lönnroth c. Suecia (TEDH, 23-09-1982) sobre indemnizaciones por limitaciones indebidas del derecho de propiedad, pero obviamente con resultado contrario. Aquí, el ayuntamiento y el jurado de expropiación, aplicando los arts. 112 y 115 de la Ley de Expropiación Forzosa, fijaron la compensación en cantidades muy inferiores, tomando como referencia rendimientos agrarios. El TSJ de Galicia elevó la indemnización a 164.152,19 €, asumiendo el informe pericial judicial. La empresa recurrió en casación alegando que debía indemnizarse la imposibilidad temporal de materializar el aprovechamiento urbanístico. El Tribunal Supremo, sin embargo, confirmó la interpretación del TSJ y desestimó el recurso. El Tribunal Supremo entiende que el art. 35.e) TRLS 2008 remite expresamente al art. 112 LEF y, en consecuencia, al art. 115 LEF, que establece que las indemnizaciones por ocupación temporal se calculan únicamente en función de los rendimientos dejados de percibir, nunca sobre el valor del aprovechamiento urbanístico futuro. Dado que el aprovechamiento no se perdió, sino que quedó diferido hasta la reparcelación, no procede valorar la edificabilidad reconocida ni la rentabilidad hipotética. Por ello, la petición de responsabilidad patrimonial fue rechazada.

Como arriba he referido, esta doctrina es claramente contraria a la tesis de la responsabilidad objetiva por las limitaciones evidentes del derecho de propiedad, pero en realidad se compadece con la doctrina del TEDH. En ese asunto Sporrong y Lönnroth c. Suecia (TEDH, 23-09-1982), se ponía el foco en un asunto de fondo parecido al aquí abordado, la indemnización por limitaciones del derecho de propiedad. A los inmuebles de los demandantes en Estocolmo se les impusieron permisos de expropiación durante periodos muy largos, 23 años (Sporrong) y 8 años (Lönnroth). Y prohibiciones de construir: 25 años y 12 años, respectivamente. Pues bien, el tribunal distinguió que la combinación y duración de ambas medidas quebró el «justo equilibrio» (*fair balance*), imponiendo a los propietarios una carga individual y excesiva con violación del art. 1 Protocolo 1, con violación del art. 6.1 CEDH por falta de acceso a un tribunal capaz de revisar plenamente las medidas. Y a pesar de que el TEDH no dijo que toda limitación urbanística prolongada genere automáticamente un derecho a indemnización, sí confirmaba que la existencia o ausencia de compensación es uno de los factores para valorar la proporcionalidad y el justo equilibrio, junto con la

Al margen de estas cinco ventanas de oportunidad del art. 48 TRLS, aparecen algunas otras –pocas— situaciones indemnizables, no necesariamente por responsabilidad patrimonial, pero sí por limitaciones a la propiedad y otros derechos reales, normalmente en procesos de gestión urbanística, que también regulan las expectativas resarcitorias a la baja del titular de los derechos afectados, y sobre las que es muy complicado encontrar jurisprudencia reciente; en concreto y sin ánimo de exhaustividad:

- La que procede respecto terceros adquirentes de bienes o actividades sometidas a actuaciones de inspección y cese de eficacia de declaraciones responsables pasados los primeros 6 meses de su presentación[14]

- El art. 25.5 TRLS, que permite exigir indemnización por los gastos en proyectos no aprobados en plazo por la administración, salvo que debieran entenderse aprobados por silencio.

- Existe, naturalmente, la posibilidad de instar una indemnización del valor de aquellos bienes y derechos que, con motivo de actividades reparcelatorias, deban ser eliminados o demolidos. Esa pretensión ha de enmarcarse procedimentalmente en ese trámite de equidistribución, de gestión urbanística. Sin embargo, es interesante advertir cómo el legislador andaluz, como ya lo hiciera también el legislador estatal (art. 35.3 TRLS´15), sólo es partidario de legalizar la edificación, instalación o plantación legalmente existente[15].

- Las indemnizaciones por realojo (art. 190.d RLISTA), como trasunto del derecho reconocido en la legislación estatal. El TRLS 15. En su art. 19.6 refleja «*El reconocimiento del derecho de realojamiento es independiente del derecho a percibir la indemnización que corresponda, cuando se extingan derechos preexistentes, salvo lo dispuesto en la letra a) del apartado 1*» [de ese mismo precepto].

duración de la limitación, el grado de incertidumbre creado, la posibilidad de uso/venta del bien durante la medida y la existencia de salvaguardas procesales. El TEDH en este caso no indemnizó conforme a lo pedido por los afectados. El TEDH no aceptó las elevadas pretensiones por daño patrimonial (pérdida de valor/ganancias hipotéticas) y se limitó a reconocer daño moral por la incertidumbre y duración de las medidas.

[14] Art. 369 RLISTA: «6. *En el caso de declaraciones responsables que habiliten la ocupación o utilización de edificaciones o instalaciones que incumplan los requisitos necesarios para el uso previsto, la Administración deberá adoptar las medidas necesarias para el cese de la ocupación o utilización declarada. Si no adopta dichas medidas en el plazo de seis meses desde la fecha en que la declaración haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración competente, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas. La Administración podrá repercutir en el sujeto obligado a la presentación de la declaración responsable el importe de tales perjuicios*».

[15] Art 145 RLISTA: «*h) Será indemnizable el valor de las plantaciones, instalaciones, construcciones y* ***usos legalmente existentes*** *en los terrenos originarios que tengan que desaparecer necesariamente para poder llevar a cabo la ejecución del instrumento de ordenación*».

- O la más recurrente, por lo habitual de su planteamiento: la responsabilidad derivada del incumplimiento recurrente de los convenios urbanísticos. Era un escenario habitual en la España del urbanismo desaforado previa a la crisis de 2008, el de la suscripción con entrega anticipada de parte del aprovechamiento urbanístico susceptible de cesión oportunamente monetizado. A cambio, promesas de recalificación en futuros planeamientos que nunca se ejecutaron. Un impulso procesal adecuado parecía ser el de la responsabilidad patrimonial por el defectuoso funcionamiento de la administración. Pues como ya sabrán, desde hace un tiempo viene asentándose la doctrina de que no es ésta de la responsabilidad patrimonial la vía adecuada a ojos del TS. Lo procedente es instar la declaración de nulidad/anulabilidad o incumplimiento del convenio, seguido de la exigencia de indemnización de los daños y perjuicios de ahí derivados, a modo de aplicación al ámbito del derecho público del 1124 CC. Lo acaba de refrendar una muy reciente STS nº 903/2021, de 23 de junio, en la que se basa otra posterior del TSJA Granada de 20 de julio de 2023.

V. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Llegamos, pues, al momento de las conclusiones. El balance que arrojan las búsquedas en los repertorios jurisprudenciales no podría resultar más desalentador. La inclinación casi instintiva de nuestros tribunales parece orientarse hacia la localización de causas absolutorias. Es cierto, huelga negarlo, que existen sentencias estimatorias y no son en absoluto escasas. A este respecto, baste remitirnos al minucioso estudio de MUÑOZ GUIJOSA en la *RAP* nº 207 (2018) [16]. Sin embargo, ello no impide advertir la constante que subyace, a mi entender, en esta materia: la sensación de hallarse ante una empresa destinada a la derrota, como si de combatir imposibles se tratase.

Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la vista de las referencias halladas contra las Administraciones, parecen empeñados en una incesante pesquisa de motivos exoneradores. Y cuando todo indicaría que se han agotado las posibilidades, emerge el último resorte: la proclamación de la ausencia de antijuridicidad en la actuación administrativa. Prolongación natural de esta pauta es, en definitiva, la causa absolutoria por antonomasia ya mencionada: cuando la Administración se halla prácticamente acorralada en un litigio de esta naturaleza, comparece el remedio terminal, el verdadero «comodín del público»: la **doctrina del margen**

[16] MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. La indemnización por anulación de título habilitante en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: algunas reflexiones sobre su naturaleza, nacimiento y cuantificación. *Revista de Administración Pública*, ISSN 0034-7639, n.º 207, 2018, págs. 209-249.

de tolerancia. Conforme a ella, solo serían indemnizables aquellos supuestos de flagrante desatención normativa, esto es, aquellos en que la Administración actúa con un desprecio palmario hacia la ley, revelando una negligencia absoluta y rotunda en la aplicación de las normas. Entra así en escena lo que la doctrina ha denominado la razonabilidad de la decisión administrativa, de las autorizaciones concedidas, noción que atenúa sustancialmente las consecuencias jurídicas de su ulterior anulación, pese al carácter reglado de las licencias y al tenor inequívoco de los preceptos que disciplinan la indemnización derivada de la anulación de licencias y de las consiguientes demoliciones.

Como ya señalé en otra ocasión[17], se me antoja arduo sostener que, en el escenario en que una licencia es anulada judicialmente pese a haber sido otorgada con todos los pronunciamientos favorables y se ordena su demolición, la responsabilidad pueda simplemente desvanecerse. La interpretación contraria tiene su origen en la línea jurisprudencial de la Sala Tercera en torno a la razonabilidad de los actos discrecionales posteriormente anulados. Resta por determinar si dicha doctrina puede trasladarse, con igual legitimidad, a la invalidación de actos reglados, como los que conceden licencias de obras. Esta senda ha sido explorada por COBREROS MENDAZONA[18], quien matiza el derecho a indemnización cuando los actos anulados se dictan en ejercicio de potestades discrecionales, siempre que la decisión administrativa se haya mantenido dentro de márgenes de apreciación «no solo razonados, sino también razonables». En tales casos –aunque el acto acabe siendo anulado jurisdiccionalmente– no habría daño antijurídico y, por consiguiente, no nacería deber de indemnizar. Idéntico tratamiento recibe en la jurisprudencia la anulación de actos sustentados en conceptos jurídicos indeterminados, añadiéndose aquí a los requisitos de racionalidad y razonabilidad el de actuar conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia.

Queda, no obstante, abordar el panorama de la anulación de actos reglados, aun cuando, incluso en esos supuestos, la jurisprudencia no se haya mostrado siempre

[17] MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: *El Algarrobico. Historia de un fracaso institucional*, Aranzadi, 2022. ISBN 9788413918372

[18] COBREROS MENDAZONA, E. (2020). Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado. *Revista de Administración Pública*, 213, 93-108. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.05, págs. 103 y ss.

renuente a reconocer acción de resarcimiento[19] [20]. En tales escenarios, el argumento central para negar la antijuridicidad reside en entender que la decisión administrativa «refleja una interpretación razonable de las normas aplicadas, dirigida a satisfacer los fines para los cuales le fue atribuida la potestad ejercida». Así lo evidencian, por ejemplo, la STS de 16 de febrero de 2009 (rec. 1887/2007) y la STS de 21 de diciembre de 2017 (rec. 3840/2015), donde se acepta expresamente la doctrina del margen de tolerancia. Parece evidente, pues, que si se pretende sostener una postura contraria a la indemnización, el núcleo argumental debe asentarse en esa teoría: el particular habrá de soportar el perjuicio ocasionado por un acto ilegal siempre que la interpretación adoptada por la Administración en el momento de dictarlo hubiera sido razonada y razonable, aun cuando el acto termine siendo anulado por sentencia firme[21]. En tales casos, la ilegalidad deviene «tolerable».

En suma, la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración en España se ha convertido, en el ámbito urbanístico, en un reducto prácticamente residual, una doctrina en retirada que ha sido delimitada con firmeza por la jurisprudencia y la doctrina científica. Resulta hasta cierto punto comprensible que el ciudadano que promueve una acción de responsabilidad contra la Administración –por actuaciones, regulares o irregulares, que repercuten en su patrimonio– se vea intimidado por la idea de que el juez de su pretensión es, en definitiva, un órgano que forma parte del mismo entramado institucional al que interpela. Todo ello, pese a las garantías de independencia del poder judicial, que únicamente depende funcionalmente del poder ejecutivo, cuya actuación controla. Sin embargo, a la vista de la constante evolución jurisprudencial y doctrinal, cada vez más inclinada a proteger lo

---

[19] MUÑOZ GUIJOSA, Mª Astrid (*Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 168, enero-marzo de 2015, Estudios: *Sobre el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo*), explica que la enervación de la responsabilidad en estos casos ha devenido posible a la luz de cierta jurisprudencia, «*Un ejemplo muy ilustrativo de lo que se acaba de decir lo constituye la ya citada sentencia de 16 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1238), sobre responsabilidad por perjuicios irrogados como consecuencia de la apertura de sendos expedientes sancionadores que culminan con la imposición de sendas sanciones posteriormente anuladas*».

[20] Aunque como indica MEDINA ALCOZ, L. (2020). *El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (*Revista de Administración Pública*, 213, 69-91. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.04), pág. 86: «*El Tribunal Supremo empezó a aplicar con frecuencia esta doctrina, unas veces para negar el resarcimiento sobre la base de que el ejercicio de la discrecionalidad, aunque incorrecto a efectos anulatorios, era razonable desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial; otras, para afirmar la responsabilidad por actos ilegales de carácter reglado* [se refería a las SSTS de 11 de marzo de 1999, RJ 3035, y 13 de enero de 2000, RJ 659, relativas a sanciones ilegales por las que se imponían arrestos domiciliarios]. *No obstante, la STS de 10 de febrero de 2010 (RJ 5677) la dio por superada*».

[21] *Culpa vs. ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo*, DIEZ SASTRE, Silvia, REDA 153, 2012, pág. 69. Si bien esa autora circunscribe su aplicación solo a los supuestos de anulación de actos discrecionales o derivados de conceptos jurídicos indeterminados donde la decisión viene referida a supuestos resueltos en un contexto normativo o fáctico especialmente complejo (p. ej. STS 5 de junio de 2007, R. J. 4991).

público e imponer requisitos cada vez más estrictos al recurrente, sus recelos acerca del éxito de la acción resultan plenamente justificados.

Quizá se me reproche una visión excesivamente sombría del panorama que se ofrece hoy al reclamante y, en contrapartida, tan favorable a las Administraciones que incurren en negligencia en el desempeño de sus cometidos esenciales. Con todo, lo cierto e incontestable es que instar en la vía contenciosa una reclamación patrimonial frente a cualquier Administración pública se ha convertido, en nuestros días, en una empresa abiertamente arriesgada.

VI. BIBLIOGRAFÍA

COBREROS MENDAZONA, E. (2020). Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado. *Revista de Administración Pública*, (213), 93–108.

DE LORA DELTORO, P. (2023). *Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales*. Deusto.

DIEZ SASTRE, S. (2012). Culpa vs. ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (153).

MARTÍN VALDIVIA, S. M.ª (2022). *El Algarrobico. Historia de un fracaso institucional*. Thomson Reuters.

MEDINA ALCOZ, L. (2020). El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*, (213).

MIR PUIGPELAT, O. (2020). La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración. *Revista de Administración Pública*, (213).

MUÑOZ GUIJOSA, M. A. (2015). Sobre el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (168).

MUÑOZ GUIJOSA, M. A. (2018). La indemnización por anulación de título habilitante en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: algunas reflexiones sobre su naturaleza, nacimiento y cuantificación. *Revista de Administración Pública*, (207).

La responsabilidad patrimonial de la Administración educativa por los daños derivados de acoso escolar

The liability of the educational administration for damages resulting from school bullying

Elisa Pérez de los Cobos Hernández[1]

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Murcia

https://orcid.org/ 0000-0003-0203-0521

RESUMEN: El presente trabajo analiza la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa por los daños derivados de acoso escolar, destacando las singularidades jurídicas que presenta este supuesto respecto al régimen general. Entre éstas, una patente subjetivación de la responsabilidad, resultado del empleo de la pasividad del centro escolar como criterio para su determinación; la evidente limitación de los títulos de imputación, reducidos aquí al funcionamiento anormal por culpa *in vigilando*; o la existencia de un daño que siempre será antijurídico. Para llegar a ello, se analiza, con carácter previo, la doble condición de la educación como derecho fundamental y como servicio público, y se profundiza en el diferente régimen de responsabilidad extracontractual según la naturaleza pública o privada de los centros. Asimismo, se ofrece una necesaria delimitación jurídica del *bullying* a fin de diferenciar éste de otras figuras afines en las que, si bien concurre violencia, no cabe hablar de acoso escolar.

ABSTRACT: This study examines the liability of educational administration for damages resulting from school bullying, emphasizing the legal specifics that distinguish this scenario from the general liability framework. Notably, it addresses the pronounced subjectivization of liability, arising from reliance on the school's inaction as a determinative factor; the clear restriction of attribution grounds, limited here to abnormal functioning due to negligence in supervision (*culpa in vigilando*); and the ex-

[1] Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Revisión del derecho de la responsabilidad ambiental en España: veinte años de la DRMA», PID2023-150626NA-I00, financiado por MICIU/AEI /10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

Recibido: 12-05-2025

Aceptado: 31-10-2025

istence of harm that is invariably deemed unlawful. The analysis begins by exploring the dual nature of education as both a fundamental right and a public service, and proceeds to examine the differing standards of non-contractual liability depending on whether the educational institution is public or private. Additionally, it provides a necessary legal definition of bullying, intending to distinguish it from related phenomena that, while involving violence, do not constitute school bullying in the strict legal sense.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial; Acoso escolar; Diligencia debida

KEYWORDS: Liability; School bullying; Due diligence.

SUMARIO: I. EL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO: LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS CENTROS ESCOLARES Y SU INCIDENCIA EN LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA. 1. El servicio público educativo y el reconocimiento constitucional de una doble red de centros escolares. 2. El diferente régimen de responsabilidad extracontractual según el tipo de centro escolar. II. DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL ACOSO ESCOLAR. 1. Concepto, requisitos y características diferenciadoras del acoso escolar respecto a figuras afines. A. Aproximación al concepto jurídico de acoso escolar o *bullying*. B. Características del acoso escolar y su diferenciación de figuras afines. 2. El respeto a la dignidad y el derecho a la integridad física y moral de los menores como bien jurídico protegido en el acoso escolar: planteamiento general y estudio de su marco normativo. III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE ACOSO ESCOLAR. 1. La obligada matización del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en los casos de daños derivados de acoso escolar. A. La doctrina jurisprudencial general de la responsabilidad patrimonial y su aplicación al específico ámbito escolar. B. La pasividad del centro educativo como premisa básica de la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de acoso escolar. 2. La necesaria delimitación del ámbito escolar. 3. La importancia de la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de situaciones de acoso escolar. 4. El deber de vigilar y corregir el acoso escolar: revisión del título de imputación de responsabilidad patrimonial. A. El funcionamiento anormal del servicio público educativo por culpa *in vigilando* como único título de imputación en el acoso escolar. B. La diligencia debida en el cumplimiento del deber de vigilancia y corrección del acoso escolar. *a) Estándar de conducta*

mínimo obligatorio: la suficiencia de las medidas adoptadas. b) Criterios moduladores de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación de vigilar y corregir el acoso escolar. C. Especial referencia a la responsabilidad de la Administración por el incumplimiento de su deber de vigilancia e inspección. 5. Breve referencia al nexo causal y a su alteración o ruptura en los casos de acoso escolar. A. De la teoría de la exclusión a la teoría de la causalidad adecuada o causalidad suficiente. B. La relación de causalidad entre los daños y perjuicios derivados del acoso escolar y el funcionamiento anormal del servicio público. Posibles causas de alteración o ruptura. *a) Intervención de un tercero. b) Diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones de la Administración.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO: LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS CENTROS ESCOLARES Y SU INCIDENCIA EN LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA

1. El servicio público educativo y el reconocimiento constitucional de una doble red de centros escolares.

Nuestro texto constitucional reconoce en su art. 27.1 el derecho a la educación en libertad[2]. Se trata de un precepto poliédrico en el que se identifican dos grandes ejes: el derecho a la educación y el derecho a la libertad de enseñanza. El primero de estos, tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2 CE); y se garantiza con el reconocimiento de la obligatoriedad y gratuidad de la educación básica (art. 27.4 CE), con el deber de los poderes públicos de asegurar la programación general de la enseñanza y la creación de centros docentes (27.5 CE), y con la potestad de los poderes públicos de inspección y homologación del sistema educativo (27.8 CE). Por su parte, el derecho a la libertad de enseñanza[3] implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6 CE); de otra, el derecho de quienes llevan a cabo la función de enseñar a desarrollar esta con liber-

[2] El art. 27 CE sitúa en un mismo nivel el principio de igualdad – el derecho de todos a la educación– y el reconocimiento de la libertad de enseñanza —libertad—, de ahí que parte de la doctrina hable del derecho a la educación en libertad. En este sentido, DE LOS MOZOS, I., «Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias», *Persona y Derecho*, n.º 50, 2004, pág. 281. En el mismo sentido, *GÓMEZ MONTORO, A.,* «Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional», *Revista Española de Pedagogía año LXI*, n.º 226, septiembre-diciembre 2003, pág. 400.

[3] Entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones, que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales como los arts. 16.1 y 20.1, a) CE. En este sentido, STC n.º 5/1981, de 13 de febrero, motivo primero, apartado 7.

tad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1, c), y, por último, el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3), que, con matices, integra el derecho a elegir centro docente[4].

El derecho de todos a la educación incorpora así, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional cuya efectividad han de procurar los poderes públicos[5]. Y para ello, el art. 27 CE encierra dos postulados determinantes: de un lado, un mandato inequívoco a los poderes públicos para que ofrezcan y garanticen unas prestaciones educativas básicas de las que se advierte claramente la noción de servicio público; y de otro, la imposibilidad de que se trate de un servicio de exclusiva titularidad pública, puesto que esta reserva legal a favor de la Administración entraría en contradicción directa con el reconocimiento constitucional del derecho a crear instituciones educativas (públicas y privadas)[6]. Y partiendo de esta configuración, la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), considera que el servicio público educativo puede prestarse por los poderes públicos y por la iniciativa social como garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la libertad de enseñanza[7].

[4] A pesar de que la libre elección del tipo o modelo de educación no está reconocida expresamente en la CE, una parte muy amplia de la doctrina reconoce esta libertad como parte integrante de la libertad de enseñanza. En este sentido, DE LOS MOZOS, I., *Educación en libertad y concierto educativo*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1995, pág. 50; FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Edt. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 93; Por su parte, el TC en su sentencia n.º 5/1981, de 13 de febrero, diferencia el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE) del derecho a elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque reconoce que es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral. Del mismo modo, el TS reconoce la existencia del derecho a elegir centro educativo señalando que forma parte del núcleo esencial del derecho a la educación (STS de 24 de enero de 1985) o que se integra en la libertad de enseñanza (STS de 13 de mayo de 1996, rec. n.º 7528/1993).

[5] En estos términos, STC n.º 86/1985 de 10 de julio, FJ 3 y STS de 23 de junio de 2008 (rec. n.º 575/2005), FJ 5. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la doctrina más consolidada pudiendo citar, entre otros, autores como GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*. 3ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pág. 632; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J., «La Educación en la Constitución Española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)», *Persona y Derecho*, n.º 6, 1979, pág. 234.

[6] En términos similares, ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 8.ª ed., Madrid, 2018, pág. 458.

[7] *Vid.,* Exposición de motivos de la LOE. Este encuadre de la educación como servicio público llegó por primera vez en el plano normativo de la mano de la Ley 14/1970, General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa (LGE), dando pie a un debate doctrinal complejo y extenso que llega hasta nuestros días. En este sentido, LÓPEZ GARCÍA, M. «La educación como derecho fundamental y como servicio público en España», en GONZÁLEZ RÍOS, I. (dir.), *Servicios de interés general y protección de los usuarios: (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 109-129; DÍAZ MADRERA, B., *La responsabilidad patrimonial de la Administración …,* cit. págs. 55-86. En realidad, el debate no está en si la educación es o no un servicio público —puesto que, como señalaba Villar Ezcurra, esto resulta incontrovertible —, sino en el concepto mismo de servicio público,

De este modo, en la comprensión incuestionable de que la educación es un servicio público y presente que la CE ampara una doble red de centros de titularidad pública y privada, parece conveniente aclarar cuándo un centro educativo se integra o no en el servicio público, al menos de cara a poder determinar su régimen de responsabilidad. El criterio a seguir aquí puede ser el de la financiación. De acuerdo con este, se catalogan los centros educativos en centros sostenidos con fondos públicos –en los que quedarían comprendidos tanto los de titularidad pública como los privados pero concertados– y los centros educativos sostenidos con fondos privados que responden a una titularidad privada y una financiación con fondos propios. Aclarado esto, solo los centros sostenidos con fondos públicos formarían parte del servicio público educativo[8].

Y es que, a esa doble red de centros escolares que reconoce la CE, las distintas leyes de educación –primero la LODE, después la LOCE y actualmente LOE[9]– incorporan, además, un sistema de conciertos con el fin de garantizar la prestación efectiva de un servicio público educativo gratuito, igualitario y en el marco de la programación general de la enseñanza[10]. Así, a través de la suscripción del concierto, los titulares de los centros privados reciben financiación de la Administración a cambio de prestar el servicio en régimen de gratuidad[11], asumiendo una pluralidad

abarcando tanto su definición como su alcance. De ahí que puedan diferenciarse entre quienes defienden un concepto subjetivo del servicio público educativo entendiendo que existe una *publicatio* mediante la reserva al sector público de la potestad de homologación de títulos. (VILLAR EZCURRA, J. L., «El derecho a la educación como servicio público», *Revista de Administración Pública*, n.º 88, 1979, págs. 159-166. DÍAZ MADRERA, B., *La responsabilidad patrimonial …, cit.* pág. 81); quienes defienden un servicio público objetivo que, independiente de la titularidad del centro, sitúa esta condición en las potestades de reglamentación y control de la Administración y que vía autorización incorporaría a los centros privados (GÓMEZ FERRER MORANT, R. «El régimen general de los centros privados en enseñanza», *Revista de Administración Pública*, n.º 70, 1973, pág. 26); o aquellos que entienden que se trata de un servicio público impropio, pero que solo comprendería a los centros públicos y concertados y no a los privados justificándolo en su condición de actividad de interés general (DÍAZ MADRERA, B., *La responsabilidad patrimonial de*…, cit., pág. 85).

[8] Y así lo reconoce expresamente el art. 108.4 de la LOE.

[9] La figura del concierto educativo, que ya se recogía en el art. 96 de la LGE (aunque sin llegar a implantarse dada su falta de desarrollo), se ha consolidado en nuestro sistema educativo a través primero del art. 47.1 LODE, del art. 75 LOCE después, y actualmente en el art. 116 LOE.

[10] Exposición de motivos y art. 116 de la LOE.

[11] El papel de los centros concertados en la prestación del servicio público educativo ha sido analizado profusamente por la jurisprudencia, la doctrina y los órganos consultivos. Así, la conexión entre ayuda financiera pública y libertad de enseñanza ha sido establecida por nuestros Altos Tribunales citando por todas la STC n.º 77/1985, de 27 de junio, o la STS de 12 de mayo de 1994, en las que se reconoce que a través de los conciertos educativos la ley garantiza financieramente la creación o el funcionamiento de los centros privados de enseñanza, pero es el centro privado el que, cuando reúna los requisitos establecidos para ello, decide —en ejercicio del derecho reconocido constitucionalmente (art. 27.9)— recibir ayuda pública y acogerse al régimen de concierto, incorporándose, así como un *tertius genus* (junto con los centros públicos y privados) al sistema educativo. En una línea similar, se pronuncian los órganos consultivos pudiendo citar entre otros el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (CJRM) n.º 84/2019, de 4 de marzo,

de obligaciones de naturaleza jurídico-pública que aproxima en mucho el estatus jurídico de los centros públicos y privados[12]. Sin embargo, esta proximidad no implica su asimilación[13]. En realidad, los centros concertados mantienen, pese al concierto, su naturaleza privada, lo cual se traduce en importantes diferencias jurídicas[14]. En concreto, por lo que aquí importa, una de las principales será la que concierne al régimen de responsabilidad frente a los daños sufridos por los alumnos según se trate de un centro público o privado, sea concertado o no.

2. El diferente régimen de responsabilidad extracontractual según el tipo de centro escolar

Mientras que los centros públicos quedan incuestionablemente sujetos al régimen de responsabilidad patrimonial ex art. 106 CE y art. 32 y ss. de la LRJSP y LPACAP, la libre opción a favor de un centro de titularidad privada, aunque esté concertado, lleva implícita la aceptación del régimen jurídico específico de estos centros, que, en lo que a responsabilidad se refiere, viene constituido por el art. 1.903 CC[15]. El elemento diferencial entre un supuesto y otro vendría dado por la mayor o menor intervención de la Administración pública, y, por ende, por la posibilidad o no de imputarle la responsabilidad en la producción del daño. Se parte de la comprensión de que mientras que en los centros públicos la Administración educativa decide sobre la creación y supresión de centros escolares, sostiene como titular sus elementos

en el que, con cita a otros muchos anteriores, se analiza la naturaleza jurídica de la actividad educativa, así como el papel de los centros concertados en la prestación de aquel servicio concluyendo en su CJ 3 que, «el concierto educativo se presenta como un medio para hacer efectivo el derecho a la libertad de enseñanza que, en los términos que hemos visto anteriormente, implica el derecho a elección de un centro educativo fuera de la red pública de centros». Y, asimismo, la doctrina, en la que autores como GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, se refieren al concierto como un «mecanismo que asegura el igual ejercicio de la libertad de enseñanza de los padres —en concreto, a elegir el centro que mejor se adapte a sus necesidades— sin que los motivos económicos se erijan en un obstáculo, GONZALEZ VARAS-IBÁÑEZ, A., *Derechos educativos, calidad de la enseñanza y proyección jurídica de los valores en las aulas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 210.

[12] Entre estas obligaciones puede señalarse la de someterse a la normativa de admisión de alumnos o asumir una determinada organización: director, consejo escolar y claustro. Sobre la proximidad en el estatus de ambos tipos de centros se pronuncia expresamente el TS en su sentencia de 24 de marzo de 1997 (rec. n.º 1268/1989), FJ 2.

[13] En este sentido se ha pronunciado el CJRM, entre otros, en su dictamen n.º 139/2020, de 10 de junio, y n.º 84/2019, de 4 de marzo.

[14] Como se señala en la Memoria del Consejo de Estado de 1994, «salvo que en el concierto esté prevista otra cosa, la regla general debe ser la de su exclusión del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues, aunque sostenidos con fondos públicos, no dejan de ser centros privados».

[15] Así, en su dictamen n.º 299/2020, 31 de agosto de 2020, el Consejo Consultivo de Castilla y León advierte, respecto de un supuesto de acoso escolar en un centro concertado, que, en estos casos, la responsabilidad es de naturaleza civil, por lo que debería exigirse a dicho centro de acuerdo con lo establecido en el art. 1.903 CC, dado que la titularidad de las instalaciones, profesorado y personal es privada.

materiales y humanos[16] y es responsable, además, de la selección, formación y protección del profesorado[17], en los centros privados no concertados dicho rol lo desempeña el titular privado que, respetando los derechos constitucionalmente reconocidos a profesores y alumnos, será quien determine el régimen interno de disciplina y convivencia, la selección del profesorado y la regulación de la participación de la comunidad educativa, entre otras cuestiones[18] en estos casos, la Administración solo intervendría a través de la autorización[19]. Por lo tanto, parece lógico que, dado que la Administración no interviene en la toma de decisiones de dirección y de gestión, no quepa imputarle a esta la responsabilidad por los daños que puedan derivar de las mismas.

Ahora bien, más complejo se presenta el supuesto de los colegios concertados puesto que, como se ha visto, pese a tratarse de centros privados, los mismos integran el servicio público educativo. Esto hace que la posible interposición de una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración educativa, por los daños acaecidos en un centro concertado, no resulte extravagante. Si bien para determinar aquí cómo iniciar una posible reclamación habrá que aclarar, en primer lugar, qué finalidad tiene la financiación del concierto. Y es que, con carácter general, ésta se destina a abonar los salarios del personal docente y de administración y de servicios, así como los gastos de mantenimiento, conservación y funcionamiento del centro. Es decir, el concierto no impide que el colegio concertado siga teniendo autonomía en la dirección y gestión, no dependiendo orgánicamente de la Administración educativa[20]. De ahí que los deberes de vigilancia, seguridad y protección de los alumnos, en el ámbito interno de este tipo de centro, escapen al control y supervisión de la Administración educativa, no teniendo sentido imputar a esta responsabilidad alguna por este motivo[21]. Si bien, como en todo, siempre puede haber importantes excepciones, debiendo analizarse el caso concreto[22].

16 Art. 108.2 y 112 LOE y art. 17 LODE.

17 Art. 105 LODE.

18 Arts. 25, 26, 54 a 58 y 62 LODE.

19 Arts. 14 y 23 LODE.

20 En este sentido, STSJ de Andalucía (Gra), de 27 de octubre de 2014, y STSJ de Madrid, de 10 de diciembre de 2009.

21 Dictamen del Consejo de Estado n.º 1103/2002, de 23 de mayo. También la jurisprudencia lo reconoce así, por todas, STSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2009.

22 Es necesario hacer aquí una matización a la luz del criterio de la mayor o menor intervención de la Administración. Así, será posible imputar responsabilidad a la Administración educativa en aquellos casos, por ejemplo, en los que la escolarización del menor en el centro concertado se hubiese producido como consecuencia de una decisión unilateral de esta, o que el daño fuese consecuencia directa de un mandato o instrucción de la Administración. En estos casos podría hablarse de una actuación de un poder público en el uso de sus potestades públicas, puesto que la decisión de la elección del centro no es de los padres, sino que viene directa de la Administración autonómica. Esto demuestra que los conciertos educativos y los conciertos sanitarios no son equivalentes. Pese a que un sector de la doctrina defiende la necesidad de la ex-

Por tanto, aun cuando el servicio público de educación se presta de forma conjunta por los centros públicos y concertados, esto no implica una equiparación de sus regímenes de responsabilidad, puesto que mientras que los centros públicos quedan sujetos a la responsabilidad patrimonial, los concertados, por los motivos expuestos y salvo los casos señalados, se regirán en este caso por el CCv.

II. DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL ACOSO ESCOLAR

1. Concepto, requisitos y características diferenciadoras del acoso escolar respecto a figuras afines

A. Aproximación al concepto jurídico de acoso escolar o *bullying*.

El acoso escolar no es un fenómeno nuevo, ni como problema social, ni como objeto de estudio. Las primeras investigaciones datan de la década de los años 70, momento en el que OLWEUS acuña el término de *bullying* para referirse a la acción de acosar a otro sujeto, afirmando que «un estudiante es acosado o victimizado cuando está expuesto de manera repetitiva a acciones negativas por parte de uno o más estudiantes»[23]. Pese a la importancia del tema y los más de cincuenta años transcurridos desde que se identificó como problema a resolver, nuestro ordenamiento jurídico sigue sin ofrecer una definición legal de acoso escolar. Sí lo hacen, sin embargo, la doctrina, la jurisprudencia y los órganos consultivos que, en una línea muy similar,

tensión de la responsabilidad patrimonial al concierto educativo, es posible encontrar alguna diferencia que dificulta esta propuesta. En primer lugar, existe un derecho a la libertad de enseñanza que implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas, y de otra, el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos, que, con matices, integra el derecho a elegir centro docente. Por tanto, el concierto educativo, en realidad, va dirigido a garantizar un derecho constitucional, mientras que el concierto sanitario —dicho aquí de una forma muy superficial— está orientado a permitir que la Administración pública pueda prestar adecuadamente un servicio público frente a la falta de recursos. Además, salvo que sea la Administración educativa la que decida escolarizar a un menor en un centro determinado (en cuyo caso, podría generar responsabilidad), la elección entre público o concertado depende de los padres, elección que no cabe en el ámbito sanitario. Pero fundamentalmente ha sido el legislador quien ha dado lugar a que esto sea así, puesto que del mismo modo que incluyó en 1999 la responsabilidad de los centros sanitarios concertados podría haber previsto la de los centros educativos (Disposición adicional duodécima de la ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, RJAP-PAC). Sobre la necesidad de la extensión de la responsabilidad patrimonial al concierto educativo *vid*., DÍAZ MADRERA, B. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*…cit., págs. 224-228. GÓMEZ DÍAZ-ROMO, A., *Responsabilidad patrimonial derivada …,* cit., págs.199-203.

[23] DAN OLWEUS, Catedrático de Psicología en la Universidad de Bergen, desarrolló durante la década de 1970 el que se considera el estudio pionero sobre el acoso entre niños, publicando sus resultados en Escandinavia en 1973 y en Estados Unidos en 1978. Con una repercusión científica mundial, actualmente sigue siendo obra de referencia en la materia. OLWEUS, D. *Mobbning – vad vi vet och vad vi kan göra*. Ed.Liber, Stockholm, 1986. Del mismo autor, *Bullying at school: What we know and what we can do*. Malden, MA: Blackwell Publishing, 1993, 140 pp.

han ido identificando qué conductas, en qué contexto y en qué tiempos pueden ser constitutivas de *bullying*[24].

En este sentido, ocupa un lugar referente la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, de la Fiscalía General sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil en la que se señala que, como regla general, el acoso escolar consiste en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima que se sostienen en el tiempo[25]. Modalidades de hostigamiento que tienen como resultado la degeneración de la igualdad que debe estructurar la relación entre estudiantes, que se ve sustituida por una relación jerárquica de dominación-sumisión entre acosador/es y acosado/s. Este desequilibrio de poder se ve reforzado, además, por la actuación en grupo, por la mayor fortaleza física o edad, o por el aprovechamiento de la discapacidad de la víctima, entre otras cuestiones. Por último, la fiscalía subraya la que, se verá, es una característica determinante en los casos de *bullying*: la existencia en el acosador de un deseo consciente de herir, amenazar o asustar a otro. A partir de esta caracterización, la jurisprudencia y la doctrina consultiva también han ido perfilando un concepto jurídico de acoso escolar desde distintas perspectivas[26]. Así, puede diferenciarse el posicionamiento de quienes ponen su atención en el ánimo del acosador de herir, amenazar o asustar[27], de aquellos otros que ponen el foco en la experiencia degradante vivida por el menor

[24] Sobre la definición de acoso escolar se dejan referidos, entre otros, los trabajos de GUILABERT VIDAL, M.R., *Acoso escolar y ciberbullying, tutela civil y penal*, Dykinson, Madrid, 2019. COLÁS ESCANDÓN, A.M., *Acoso y ciberacoso escolar: La doble responsabilidad civil y penal*, Bosch, Barcelona, 2016. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Acoso escolar: del mal llamado bullying hasta el acoso al profesorado. Especial análisis de la reparación del daño*, Atelier, Barcelona, 2006.

[25] Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil. Referencia: FIS-I-2005-00010.

[26] En su dictamen n.º 1055/2019, de 19 de marzo de 2020, Apartado II, el Consejo de Estado se refiere al acoso escolar como «una forma repetitiva e intencionada de agresión que produce un desequilibrio de poder en el entorno escolar», o como «un abuso de poder intencionado y no provocado, llevado a cabo por uno o más niños, con el fin de infligir dolor o malestar en otro niño en repetidas ocasiones». En la misma línea, el dictamen n.º 271/2021, de 10 de noviembre, el CJRM afirma que «se puede definir el acoso escolar como aquella conducta que se desarrolla en los centros escolares y que supone la vulneración de la dignidad de la persona o la de los derechos humanos y fundamentales que se han mencionado con anterioridad».

[27] En este sentido, el TSJ de Madrid, en su sentencia n.º 9138/2023, de 10 de julio, lo define como «una serie de actos constitutivos de agresión física o psíquica, de carácter intencional y continuados en el tiempo, que se llevan a cabo por alumnos menores de edad para quebrantar la resistencia física o moral de otros compañeros, cuando agresores y agredidos se encuentran bajo la vigilancia y guarda de un centro educativo». En la misma línea, la STSJ de Cataluña, de 3 de diciembre de 2009, FJ 4, habla de «un conjunto de actitudes agresivas, intencionadas y repetidas, que ocurren sin motivación evidente, adoptadas por uno o más estudiantes contra otro u otros». Destacando el tribunal que, el que ejerce el acoso «lo hace para imponer su poder sobre el otro, a través de constantes amenazas, insultos, agresiones, vejaciones, etc., y así tenerlo bajo su completo dominio a lo largo de meses e incluso años». En un sentido similar, SAP de Cantabria n.º 291/2012, de 25 de mayo.

acosado y que trasladan a este ámbito la doctrina penal relativa a la caracterización del trato degradante, aplicándola al acoso escolar como una especie del mismo[28]. Estas definiciones permiten identificar una serie de elementos esenciales cuya concurrencia facilita calificar una determinada situación como acoso escolar y diferenciarla de situaciones afines con la fundamental trascendencia práctica que esto tiene de cara al ejercicio de acciones de responsabilidad.

B. Características del acoso escolar y su diferenciación de figuras afines.

Como se ha visto, aun cuando no se dispone de un concepto legal unívoco de acoso escolar, doctrina, jurisprudencia y órganos consultivos coinciden a la hora de identificar cuáles son los elementos esenciales que deben concurrir en una determinada situación para que ésta pueda ser considerada como *bullying*[29]. En este sentido, se distinguen, en primer lugar, una serie de requisitos objetivos como la minoría de edad del agresor y la víctima; el acaecimiento del daño cuando la guardia y control de los menores vienen atribuidas al centro docente (o, dicho de otra manera, se dé la condición de alumnos de los jóvenes implicados); o, la sistematicidad, la reiteración y la persistencia en el tiempo de estas conductas[30]. Y, en segundo término, el requisito subjetivo —que, en el caso del acoso escolar, es sin duda su característica más acusada— y que exige que se dé en el acosador un ánimo de hostigar, atemorizar, amedrentar, humillar, arrinconar, someter, dominar o doblegar a otro u otros compañeros del centro escolar[31].

Ahora bien, es importante tener en cuenta que mientras que todas las modalidades de acoso son actos agresivos en sentido amplio—ya físicos, verbales o psicológicos— no toda agresión da siempre lugar a situaciones de acoso[32]. Y esto es lo que ocurre con el *bullying*. Resulta por ello fundamental diferenciarlo de otros supuestos afines en los que, si bien concurre violencia, no cabe hablar de acoso escolar[33]. Es

[28] El TSJ de Galicia, en su sentencia n.º 322/2021 de 26 de mayo rec. n.º 82/2021, se remite a la jurisprudencia del TS, entre otras, a la STS n.º 1122/1998, de 29 de septiembre, FJ 4. Así, señala que «el *bullying* o acoso escolar comprende un catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos sobre otro, susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, angustia e inferioridad, idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral». Y concluye que, «se trata, por tanto, de una persecución al menor que puede ser física o psicológica, con la intención de causar un mal al sujeto pasivo que sufre el acoso, situándolo en una posición de inferioridad respecto del agresor/es, debiendo ser esta actuación repetida o reiterada durante algún tiempo».

[29] En este sentido, dictamen del CJRM n.º 271/2021, de 10 de noviembre, CJ 4.

[30] Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid n.º 127/09, de 25 de febrero. En el mismo sentido, dictamen del CJRM n.º 187/2021, de 15 de septiembre.

[31] Estos términos son los empleados por la SAP de Orense n.º 147/2017, 21 de abril, FJ 2.

[32] En este sentido, dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid n.º 538/19, de 12 de diciembre.

[33] Dictamen del CJRM n.º 271/2021, de 10 de noviembre.

el caso de los denominados conflictos bidireccionales o entre iguales, entre los que figuran las peleas entre estudiantes. En estos, no cabe hablar de sometimiento de uno sobre otro[34]. Distinguir una figura de otra es clave a efectos prácticos, siendo abundantes los supuestos de desestimación de acciones como consecuencia de entender que la situación no responde a las características definitorias del acoso escolar.

2. El respeto a la dignidad y el derecho a la integridad física y moral de los menores como bien jurídico protegido en el acoso escolar: planteamiento general y estudio de su marco normativo

Determinar cuál es el marco normativo del acoso escolar y, en general, de cualquier tipo de agresión entre alumnos es una cuestión compleja y extensa que abarca desde el ámbito internacional al derecho local. Como es lógico, razones de espacio no permiten aquí un análisis pormenorizado de esta cuestión, si bien sí resulta de interés práctico concretar dónde se encuentran reguladas las obligaciones que sobre esta cuestión tiene la Administración educativa a fin de poder analizar sus posibles incumplimientos.

Para ello, el punto de partida puede situarse en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)[35], con arreglo a la cual España debe fomentar las medidas necesarias para garantizar el derecho de los menores a desarrollarse libres de cualquier forma de violencia[36]. A nivel de la Unión Europea, sin perjuicio del Tratado de Lisboa y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE[37], ha sido con la Estrategia de la UE 2021-2024 sobre los derechos de la infancia y la Recomendación (UE) 2024/1238 de la Comisión, de 23 de abril de 2024, sobre el desarrollo y el refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia cuando se ha visto fortalecido de forma expresa el impulso de medidas para prevenir el *bullying* y proteger a la

[34] Dictamen n.º 127/09 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, de 25 de febrero, en el que se descarta la existencia de acoso tras comprobar «que la conflictividad no es unidireccional, sino que tenía su origen en dos partes». En un sentido similar, la STSJ de Madrid n.º 701/2017, de 28 de noviembre (rec. n.º 57/2016), en la que se afirma que «si se produjo alguna situación conflictiva, ello fue bidireccional, lo que excluye o dificulta la posibilidad de encuadrarlo en la figura del acoso escolar», FJ 4.

[35] Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de la ONU, resolución n.º 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

[36] El art. 20.1 CDN se refiere al fomento de distintas medidas para garantizar el derecho de los menores a desarrollarse libres de cualquier forma de violencia. Asimismo, el art. 3.3. CDN se refiere a la necesidad de asegurar que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas especialmente en materia de seguridad.

[37] En el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE se establece que los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Esta protección no solo debe brindarse dentro de la Unión, sino también por medio de las relaciones con el resto del mundo de conformidad con el art. 3.5 del TUE.

infancia contra el acoso escolar y el ciberacoso[38]. Aterrizando la cuestión en nuestro derecho interno, el marco constitucional no deja lugar a dudas sobre la importancia de esta cuestión. Así, no solo el art. 10.1 CE incluye la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad entre los fundamentos del orden político y la paz social, sino que el art. 39 CE reconoce la protección de las personas menores de edad como una obligación prioritaria de los poderes públicos. Y, sobre todo, debe tenerse en cuenta aquí que en el epicentro mismo del concepto de acoso escolar se encuentran determinados derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, como el derecho a la integridad física y moral, al honor y a la educación, respectivamente (arts. 15, 18 y 27 CE).

Estos derechos subjetivos cuentan también con reconocimiento y protección específica en la legislación educativa donde, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico, se han incorporado importantes avances en la protección de los menores frente a cualquier tipo de violencia. Así, a nivel de legislación básica, la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), reconoce el respeto a la identidad, integridad y dignidad personales de los alumnos entre sus derechos básicos, así como su protección contra toda intimidación, discriminación y situación de violencia o acoso escolar[39]. En línea con esto, la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), prevé un sistema educativo en el que la acción frente al acoso escolar y al ciberacoso resulta una prioridad. De ahí que, en su art. 124, se introduzca el deber de las Administraciones educativas de regular los protocolos de actuación frente a indicios de acoso escolar y ciberacoso[40]; se fije la obligación de los centros escolares de elaborar planes y normas de convivencia y conducta; y se reconozca a los directores de los centros competencias para garantizar la mediación en la resolución de los conflictos e imponer las medidas disciplinarias que correspondan a los alumnos[41]. Por último, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIIA), cuyo fin último es la garantía de los derechos fundamentales de los menores, viene a completar el marco que establece el art.124 de la LOE. Para ello introduce importantes medidas como la obligatoria aplicación de los protocolos de actuación frente a cualquier indicio de acoso escolar y ciberacoso con independencia de la titularidad del centro; y crea una nueva figura igualmente obligatoria para todos los centros como es la del coordinador/a de bien-

[38] Recomendación (UE) 2024/1238 de la Comisión, de 23 de abril, sobre el desarrollo y el refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia que redunden en el interés superior del niño, consid. 17. («DOUE» núm. 1238, de 14 de mayo de 2024).

[39] Art. 6.3, apartados b) y g) de la LODE.

[40] Art. 124 de la LOE.

[41] Art. 132, f) de la LOE.

estar y protección a la que la norma le atribuye una serie de funciones dirigidas a garantizar la eficacia de los protocolos preceptivos de actuación[42].

Ahora bien, será a nivel autonómico donde la regulación del acoso escolar presenta un mayor peso específico, dado que corresponde a las CCAA el desarrollo legislativo y la ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades[43]. Es decir, será cada Administración educativa (autonómica) la que determine con arreglo a su propia normativa qué concreto desarrollo y puesta en marcha tienen esos deberes de protección de los menores que se apuntan desde la legislación básica[44]. De ahí que, pese a que sin duda se trata de la cuestión que más interesa conocer a cualquier afectado –esto es, tener claro qué concreta actuación debió llevar a cabo el centro escolar conforme a la normativa– esto exigiría atender el caso concreto, cuestión que excede las limitaciones de este trabajo. Por último, debe recordarse que, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, los municipios pueden promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal[45]. Y sin duda, entre éstas obra la de la convivencia pacífica. Por ello, teniendo asignada como competencia obligatoria compartida en materia educativa la de «participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria», los ayuntamientos vienen ejerciéndola con carácter general a través de la participación municipal en las

[42] *Vid*., capítulo IV de la LOPIIA en el que se regulan diversas medidas de prevención y detección precoz de la violencia en los centros educativos.

[43] Aun cuando no se trata de una cuestión del todo pacífica, debe recordarse que las competencias en materia de Educación se distribuyen de forma compartida entre el Estado y las CCAA. La CE en su art. 149.1.30ª atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE, correspondiendo, por tanto, a las CCAA el desarrollo legislativo y la ejecución de esa legislación básica. Estas competencias en educación han sido asumidas por todas las CCAA a través de fórmulas diferentes. Sirva de ejemplo el art. 16 de la LO 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

[44] A modo de ejemplo, en la Región de Murcia se encuentra actualmente vigente el Decreto 16/2016, de 9 de marzo, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la CARM, que se desarrolla mediante la Resolución de 13 de noviembre de 2017, de la Dirección general de atención a la diversidad y calidad educativa, por la que se dictan instrucciones para la mejora de la convivencia escolar en los centros educativos no universitarios sostenidos con fondos públicos de la CARM. La importancia práctica de esta resolución es fundamental, puesto que será donde se establezcan las medidas que deben contemplar los Planes de Convivencia de los centros escolares; el diseño fase por fase del Protocolo a seguir ante una posible situación de acoso escolar; las medidas de promoción de actuaciones que permitan detectar y prevenir acciones de discriminación o acoso y evitar la impartición de contenidos discriminatorios hacia las personas LGBTI; estableciendo además los Protocolo de actuación en casos de riesgo de autolisis y los Protocolos de actuación ante situaciones de violencia de género y maltrato infantil en el ámbito educativo.

[45] Art. 25 de la LRBRL en la redacción que da al mismo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

comisiones de escolarización y en los programas de prevención y atención del acoso escolar[46].

Se cierra este apartado con una breve referencia a las políticas públicas en el ámbito del acoso escolar donde, a nivel nacional, ocupa un lugar destacado el Plan Estratégico de Convivencia Escolar de 2017 con el que se pretendió dar respuesta a la necesidad de disponer de una medida educativa capaz de unificar y coordinar los esfuerzos realizados para conseguir una convivencia pacífica en los centros educativos. Esta iniciativa ha tenido también sus frutos a nivel autonómico, donde se han elaborado, a lo largo de los años, distintas estrategias con el fin de procurar respuestas a la preocupación social existente en torno al acoso escolar[47].

III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE ACOSO ESCOLAR

1. La obligada matización del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en los casos de daños derivados de acoso escolar

A. La doctrina jurisprudencial general de la responsabilidad patrimonial y su aplicación al específico ámbito escolar.

Aun cuando la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ha sido abordada en profundidad por la mejor doctrina[48], corresponde recordar

[46] Dejamos referido aquí el VII Catálogo de Buenas Prácticas Municipales en la Prevención del Abandono Escolar y la Prevención y Atención del Acoso Escolar, Federación Española de Municipios y Provincias en colaboración con el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2023.

[47] En este sentido, el Plan Regional para la Mejora de la Convivencia Escolar elaborado por la CARM para el periodo 2017-2020, o la más actual Estrategia gallega de convivencia escolar 2025, en la que se incluye un plan integral contra el acoso y el ciberacoso.

[48] Por citar algunas monografías y obras colectivas, GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, S., *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, Aranzadi, Navarra, 2022; QUINTANA LÓPEZ, T. (dir), CASARES MARCOS, A. (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012; MARTÍN REBOLLO, L. (dir.) *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977. Y artículos especializados, DOMÉNECH PASCUAL, G., «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», Indret, 2022, págs. 168-228. Del mismo autor, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales: A favor de la doctrina del margen de tolerancia», *RAP*, 2022, págs. 59-105; COBREROS MENDAZONA, E. «Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado», R*evista de Administración Pública,* n.º 213, 2020, págs. 93-108; FUENTES

aquí, aunque de manera sucinta, cuál es el posicionamiento actual de nuestros Altos Tribunales. Esto permite entender con mayor claridad los cuestionamientos que a lo largo de este trabajo se realizan, por ejemplo, al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de acoso escolar. Para ello, el punto de partida no puede ser otro que identificar el anclaje de la responsabilidad patrimonial en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, como ha reiterado el TS en incontables pronunciamientos, la base de la responsabilidad patrimonial se encuentra no solo en el principio genérico de la tutela efectiva, que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la CE, sino también, de modo específico, en su art. 106.2 al disponer que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos[49]. Se trata este de un derecho de los llamados de configuración legal, exigible, no en los términos abstractos establecidos en la CE, sino en los términos concretos de los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como por la Ley 39/2015 en cuanto a sus especialidades procedimentales, arts. 65, 67, 81, 91 y 92; y en los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa[50].

De la citada regulación constitucional y legal se desprende que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es de carácter objetivo y directo, descansando su fundamento en la asunción por parte de la Administración de los riesgos y consecuencias dañosas derivados de su actuación en el ejercicio de sus potestades[51]. Consiguientemente, esta responsabilidad tiene lugar al margen y con independencia de la condición de quien ejerce dichas potestades y de su intencionalidad o culpa, pudiendo apreciarse, incluso, cuando la acción originaria del daño es ejercida legalmente[52]. Esta configuración impone que no sólo no sea necesario demostrar,

I GASÓ, J. R., «El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tras la entrada en vigor de las leyes 39/2015 y 40/2015, en particular por daños en la vía pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2019*, 11, 2020, págs. 291-368. JORDANO FRAGA, J., «La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas», *Revista de Administración Pública*, 149 (mayo-agosto, 1999).

[49] Al respecto existe una sólida doctrina jurisprudencial, se citan por todas las STS de 1 de enero de 2008 (rec. n.º 2033/2003); STS 5 de febrero de 1996 (rec. n.º 2034/93), en el mismo sentido, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de diciembre de 2009 (rec. n.º 9/2002).

[50] Sobre el derecho a la indemnización en supuestos de la responsabilidad patrimonial como un derecho de configuración legal *vid*., STS 5 de febrero de 1996 (rec. n.º 2034/93), FJ 1.

[51] Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial resultan de fundamental interés las sentencias del TC n.º 79/2019, de 5 de junio (rec. n.º 6904/2018), FJ 7, y n.º 112/2018, de 17 de octubre (rec. n.º 95/2018), FJ 5.

[52] Entre otros muchos pronunciamientos, SAN, de 1 de febrero de 2013 (rec. n.º 331/2012) en la que se citan, entre otras, las STS n.º 14001/1989 y n.º 3330/1989, ambas de 5 de junio de 1989, y STS de 5 de febrero de 1996 (rec. n.º 2034/93).

para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera lo sea probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues el régimen jurídico aplicable extiende la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos[53]. Por tanto, se produce aquí un desplazamiento de la responsabilidad por culpa, focalizando la atención en la antijuridicidad del daño y en la necesaria concurrencia de nexo causal[54]. Ahora bien, esto, que en principio parece integrado en el ADN de la responsabilidad patrimonial, repitiéndose como un mantra en nuestra jurisprudencia, debe ser objeto de matización. Y es que, en realidad, la práctica demuestra que existen supuestos —como es el caso concreto del acoso escolar— en los que la jurisprudencia se resiste a abandonar el dolo o la negligencia culpable como elemento indispensable para que la actuación de la Administración pueda estimarse contraria a derecho, forzando una subjetivación de facto de la responsabilidad patrimonial[55]. Cuestión esta que a efectos de plantear correctamente una reclamación de responsabilidad resulta esencial conocer.

En cualquier caso, debe recordarse que la configuración objetiva del sistema de responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal que deba responder automáticamente de cualquier daño que se produzca como resultado de la utilización de bienes, instalaciones o servicios públicos, con independencia de cuál ha sido el actuar administrativo[56]. En realidad, para que la Administración responda, será necesario que el daño sea consecuencia del servicio público y no que simplemente se haya dado con ocasión de este[57]. Lo contrario, como advierte el TS, transformaría el régimen de responsabilidad patrimonial en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico[58]. Por esta razón, pese a ser calificada de objetiva, la responsabilidad patrimonial exige para prosperar la debida concurrencia de una serie de presupuestos básicos y esenciales que, perfilados por una pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial, pueden sintetizarse de la siguiente forma: en primer lugar, es necesario que se trate de una lesión resarcible para lo cual, además de un daño antijurídico, será necesario que este sea

[53] Entre otras, SAN, de 21 de febrero de 2025 (rec. n.º 948/2022).

[54] Por todas STS, de 1 de febrero de 2008 (rec. n.º 2033/2003) FJ 3; STS de 18 de abril de 2007 (rec. n.º 1152/2003), FJ 4; STS de 24 de mayo de 1999 (rec. n.º 1311/95), FJ 3.

[55] GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial de* …cit., pág. 548. En el mismo sentido, debe citarse aquí a DOMÉNECH PASCUAL, G., que a lo largo de reiterados trabajos ha defendido esta postura.

[56] Por todas, STS, 13 de noviembre de 1997 (rec. n.º 4451/93). En el mismo sentido, dictamen del CJRM n.º 134/04, de 5 de abril.

[57] En conversaciones con la profesora Soro Mateo, B., Catedrática de Derecho Administrativo y consejera del CJRM.

[58] En este sentido se citan por todas las STS de 5 de junio de 1998 (rec. n.º 1662/1994) y de 13 de septiembre de 2002 (rec. n.º 3192/2001).

real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. El daño precisa, también, para ser reparable, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, debiendo existir una relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño que se reclama y que este no obedezca a una causa de fuerza mayor. Y, en cuanto a la reparación del daño, será el perjudicado quien esté obligado a acreditar fehacientemente la existencia de los daños y a demostrar con datos exactos la cuantía en que los cifra[59].

Lo dicho hasta ahora tiene una traslación directa a los daños derivados del servicio público educativo. Y así lo han reconocido expresamente tanto la doctrina consultiva como la jurisprudencia, al advertir que la Administración no tiene el deber sin más de responder de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en los centros públicos, siendo necesario para que proceda la responsabilidad patrimonial que concurran todos los requisitos esenciales que la caracterizan[60]. Tanto es así que el Consejo de Estado reconoce, en relación con los que se podrían calificar como accidentes típicos producidos en el ámbito escolar (caídas accidentales en el patio, accidentes en el ejercicio de la actividad de educación física, etc) que, «el punto de partida es el de que la Administración no responde de los daños sufridos en los centros escolares de titularidad pública, salvo que de las especiales circunstancias del caso pueda deducirse un criterio de imputabilidad para fundar responsabilidad»[61]. Y advierte expresamente que, «la regla general es la no responsabilidad y la excepción, por la concurrencia de circunstancias adicionales, es la imputación del daño a la Administración educativa»[62]. Si bien, como se verá a la hora de analizar el nexo causal, la postura del Consejo de Estado cambia radicalmente cuando se trata de daños derivados de agresiones entre alumnos, donde reconoce sin ambages la posibilidad de imputar a la Administración tales daños, en la comprensión de que el deber

[59] STS de 24 de marzo de 2021 (rec. n.º 1292/20). En el mismo sentido, dictamen del CJRM n.º 317/2023, de 9 de noviembre.

[60] Entre otros, en el dictamen del Consejo de Estado n.º 229/2001, de 1 de marzo, y en la Memoria del Consejo de Estado de 1994. En el mismo sentido, SAN, de 1 de febrero (rec. n.º 331/2012).

[61] *Vid*., por todos, dictamen del Consejo de Estado n.º 1716/94, de 21 de septiembre. En la Memoria de 1994 se afirma como postulado que, «la Administración no responde de todos los daños que sufran los alumnos en los centros docentes, y entiende que el servicio de la Administración pública presta en sus centros docentes no es el de una guardería, de modo que los daños que no sean consecuencia directa del servicio público que allí se presta no son imputables a la Administración, sin que quepa alegar en ningún caso la culpa in vigilando, elemento completamente extraño a la responsabilidad objetiva, págs. 139-140.

[62] El Consejo de Estado ha rechazado que la Administración deba asumir el riesgo de los daños sufridos por los escolares en los recintos educativos y ha considerado que los mismos no le son imputables por no ser consecuencia del funcionamiento del servicio educativo, aunque se hayan producido con ocasión de su realización. Niega que el servicio público pueda concebirse como el centro de imputación automática de cualesquiera hechos que acaecen en el área. Memoria del Consejo de Estado de 1998 págs. 125-129.

de custodia necesario para evitar estas conductas forma parte del normal funcionamiento del servicio[63].

Ahora bien, aclarado que la doctrina general de la responsabilidad patrimonial resulta plenamente aplicable al ámbito escolar, debe hacerse una precisión específica respecto de los supuestos de responsabilidad derivada de actos constitutivos de acoso escolar. Y es que la práctica permite identificar en estos casos un criterio de imputación de responsabilidad propio y diferenciado. Se trata del criterio de la pasividad del centro escolar que actuaría aquí, salvando determinadas diferencias, como el criterio de vulneración de la *lex artis ad hoc* en la responsabilidad patrimonial sanitaria.

B. La pasividad del centro educativo como premisa básica de la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de acoso escolar.

Como se ha avanzado *supra*, un detenido examen jurisprudencial de los supuestos de responsabilidad patrimonial derivada de los supuestos de acoso escolar permite afirmar que los tribunales han optado aquí por incorporar la regla de la responsabilidad por culpa «como criterio de decisión más o menos camuflado»[64]. A esta afirmación se llega a través de dos vías distintas que conducen, sin embargo, a una misma conclusión. La primera de ellas, aparentemente más acorde con el sistema de responsabilidad objetiva y constante en nuestra jurisprudencia, parte de un teórico desplazamiento de la culpa como elemento fundamental de la responsabilidad, focalizando la atención en el nexo causal[65]. Si bien, en estos casos, tratándose la

[63] el Consejo de Estado también reconoce que, cuando se refiere específicamente a las agresiones en centros educativos, su posición es bien distinta a la examinada en la nota anterior, y, en este sentido, puntualiza lo siguiente: «El Consejo de Estado ha llegado a la conclusión de que los daños producidos por peleas y agresiones son imputables a la Administración por formar parte del funcionamiento normal de la Administración educativa el deber de custodia necesario para evitar las peleas y agresiones intencionadas (dictámenes 1007/96, de 9 de marzo de 1996, 1049/96, de 18 de abril de 1996 y 1314/96, de 9 de mayo, de 1996, entre otros muchos). Aquí, el problema delicado es el deslinde entre lo que es una agresión voluntaria, para la que se exige una debida vigilancia y se justifica una imputación por omisión o irregularidad de dicha vigilancia, y lo que es meramente un hecho fortuito (dictamen 51.599, de 11 de febrero de 1978). No se consideran indemnizables daños derivados de zancadillas (dictamen 1082/96, de 11 de abril de 1996), empujones sin mala intención o jugando (dictámenes 1061/96, de 11 de abril de 1996, 1064/96, de 28 de marzo de 1996 y 1333/96, de 30 de abril de 1996), el lanzamiento de un palo (dictamen 27/96, de 14 de marzo de 1996), o el impacto de una piedra (dictamen 45/96, de 12 de diciembre de 1996). Sin embargo, se han considerado indemnizables como agresión un empujón formando filas (dictamen 1077/96, de 18 de abril de 1996), o la pérdida de visión causada con una piedra lanzada con tirachinas (dictamen 1121/96, de 16 de mayo de 1996).» Memoria del Consejo de Estado de 1998.

[64] Refiriéndose a la culpa como criterio de decisión camuflado de la responsabilidad patrimonial en general *vid.*, JIMÉNEZ BLANCO, A., «Responsabilidad administrativa por *culpa in vigilando* o *in omitiendo*», *Poder Judicial,* n.º 20, 1990, pág. 49; COBO OLIVERA, T., *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento Administrativo Común*, La Ley - El consultor, Madrid, 2008, pág. 822.

[65] En estos casos no se atiende la antijuridicidad del daño, puesto que no cabe entender el acoso escolar como un riesgo inherente al servicio público educativo, lo que imposibilita que se den casos en los

de vigilar y corregir el acoso escolar de una obligación de medios, resulta suficiente para romper la relación de causalidad que el centro escolar pruebe su diligencia. Y no existiendo nexo, la responsabilidad no podrá prosperar. Por tanto, en los casos de acoso escolar, la responsabilidad patrimonial ni es tan objetiva ni tan independiente del hacer del que causa daño como se afirma. En realidad, se trata, como señalan DOMÉNECH PASCUAL y MEDINA ALCOZ, de un artificio argumental consistente en ocultar la culpa bajo la máscara del nexo causal[66]. Y prueba de ello es la limitación que se plantea de los títulos de imputación, puesto que, aunque se trate de una responsabilidad objetiva porque no se habla de culpa y sí de causalidad, en realidad no se da cabida a los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos, limitándose a los casos de responsabilidad por funcionamiento anormal por *culpa in vigilando*[67].

La segunda opción pasa por reconocer directamente que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por daños derivados de acoso escolar, se aprecian matizaciones específicas cuyo origen se halla en la naturaleza de la obligación que asume la Administración educativa. Y entre éstas destaca la identificación de un criterio específico de determinación de la responsabilidad: la pasividad del centro escolar. De este modo, cabría afirmar, y así ha comenzado a hacerlo la jurisprudencia más reciente, que para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos de acoso escolar perpetrados en los centros educativos de su titularidad, no basta con que se haya dado una situación de *bullying* mientras que los menores se

que se deba considerar que el menor tiene el deber jurídico de soportar el daño si la Administración prueba su diligencia. Se advierte aquí una diferencia fundamental respecto a lo que ocurre en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, donde solo si hay infracción de la *lex artis* habría derecho a la indemnización; en caso contrario, el daño no es antijurídico y el perjudicado debe soportarlo. Sin embargo, en materia de acoso escolar, la diligencia debida no convierte el daño en jurídicamente soportable, sino que lo que ocurre es que rompe el nexo causal.

66 En este sentido, DOMÉNECH PASCUAL y MEDINA ALCOZ señalan que «es frecuente que los tribunales, tras afirmar que la RPA tiene siempre y en todo caso carácter objetivo, apliquen una regla de responsabilidad por negligencia, pero sin decirlo explícitamente, sirviéndose al efecto de varios artificios. Uno de ellos consiste en ocultar la culpa bajo la "máscara" del nexo causal. Si la Administración adoptó las debidas medidas de precaución, se declara que el daño no fue causado por el funcionamiento de los servicios públicos». DOMÉNECH PASCUAL, G. / MEDINA ALCOZ, L., «Lección 32: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en *Manual de Derecho administrativo cit.,* 801-832.

67 En este sentido se pronuncia el TSJ de Aragón que, en su sentencia n.º 235/2022, de 9 de mayo, FJ 3, desestima la pretensión indemnizatoria en un caso de responsabilidad patrimonial por acoso escolar al considerar que, «ajustándose la actuación administrativa al protocolo existente, tratándose de una obligación de medios y no de resultados, no existe título de imputación de responsabilidad, en cuanto que la obligación se ha prestado de acuerdo a los estándares exigibles a la Administración que ha llevado a cabo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con la prestación del servicio». El TSJ afirma, por tanto, que, no habiéndose acreditado la falta de diligencia del centro escolar, no existe título de imputación; por tanto, rechaza abiertamente la posibilidad de atender casos de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal de la Administración educativa.

hallen en el colegio y bajo su cuidado, ni tampoco con que esa situación le haya causado directamente a uno o varios alumnos un daño antijurídico real, individualizado y evaluable económicamente. Se precisa, además, la concurrencia de otro requisito básico e imprescindible: la pasividad del centro escolar[68]. La introducción de este criterio como una premisa básica de la responsabilidad patrimonial se traduce en una clara subjetivación de ésta, puesto que demostrar la pasividad es tanto como demostrar la culpa. Esto conduce, además, a la segunda gran matización, la ya advertida limitación del título de imputación que, en los supuestos de acoso escolar, al exigir pasividad del centro, se limita al funcionamiento anormal por culpa *in vigilando*. La tercera precisión, como se verá más adelante, viene de la mano de la antijuridicidad del daño. Y es que el *bullying* y los daños que de este derivan nunca podrán ser considerados daños que el menor tenga el deber jurídico de soportar. Todo lo contrario, siempre será un daño antijurídico, por ello, en estos casos el foco se proyecta sobre la existencia o no de nexo causal y no en la antijuridicidad de la conducta.

En todo caso, como se dijo, se opte por enfocarlo de una manera u otra, el resultado es el mismo. En los supuestos de acoso escolar se advierte una asunción práctica de la regla de responsabilidad por culpa, similar a la que se reconoce en otros ámbitos de la responsabilidad patrimonial como es el sanitario, y este debe ser el eje vertebral del correcto ejercicio de acciones de responsabilidad.

2. La necesaria delimitación del ámbito escolar

Otra cuestión esencial que debe quedar clara de cara al correcto planteamiento de una posible reclamación de responsabilidad patrimonial es la precisa delimitación del ámbito escolar. Y es que, para que la Administración educativa responda de los daños, es necesario que estos hayan tenido lugar durante el desarrollo de las actividades propias del servicio público educativo[69]. Lo contrario excluiría de raíz la posible responsabilidad administrativa, al entenderse que el incidente se produce fuera del ámbito escolar. Se trata esta de una cuestión distinta al hecho de que el evento dañoso se haya producido o no en el recinto del centro educativo y dentro o no del horario lectivo[70]. Así, como han aclarado la doctrina consultiva y la jurisprudencia,

[68] En esta línea se pronuncian la STSJ de Madrid, n.º 1/2025 de 16 de enero (rec. n.º 928/20239), FJ 3; STSJ de Madrid, n.º 611/2023 (rec. n.º 413/2020), FJ 2; STSJ de Madrid, n.º 701/2017, de 28 de noviembre (rec. n.º 57/2016), FJ 3.

[69] Se habla aquí de daños en general, puesto que la delimitación del ámbito académico es perfectamente válida para todos los daños acaecidos en centros escolares y no solo para los supuestos de *bullying*.

[70] Tal y como señala el CJRM en su dictamen n.º 187/2021, de 15 de septiembre, CJ 2, «a la hora de proceder al análisis de cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial de esta naturaleza se debe verificar, en primera instancia, si el hecho generador del daño alegado se produjo durante el desarrollo de las actividades propias del servicio público más que si el acto dañoso se ha producido en el propio recinto del centro educativo, ya que no cabe sostener la imputación por posibles daños que encuentren su causa en actuaciones diferentes de las que sean objeto de prestación pública. Por lo tanto, más que prestar atención

«ni la producción de cualquier evento lesivo dentro del centro y en horario escolar es suficiente para atribuir sus consecuencias a la Administración titular del servicio, como tampoco el hecho de que su acaecimiento se haya producido *ad extra* o fuera del horario lectivo son, por sí solos, elementos exonerantes de responsabilidad»[71]. En realidad, la imputabilidad de estos daños a la Administración vendrá dada por la posibilidad de atribuir el evento lesivo al funcionamiento del servicio público educativo, y para ello, siendo aquí donde se halla el hecho diferencial, será necesario que el daño pueda vincularse como propio o inherente a alguno de los factores que lo componen. Es decir, será necesario que el daño se vincule a la función o actividad docente, a las instalaciones o elementos materiales o a la vigilancia o custodia de los menores; y, por tanto, que no pueda atribuirse a otros factores concurrentes ajenos al servicio y propios del afectado[72].

Lo anterior pone de manifiesto la importancia de concretar, por ejemplo, qué es lo que comprende exactamente la actividad docente, la variedad de actividades que se organizan en los centros escolares. El objetivo aquí es evidente: se pretende aclarar si los supuestos de acoso escolar vividos durante las actividades extraescolares, o durante una excursión, o incluso en recreos y descansos, entrarían o no dentro de ese servicio público educativo. Para ello, es necesario diferenciar entre las actividades puramente lectivas, las actividades complementarias y las extraescolares. Las primeras serán aquellas que se desarrollan en el centro escolar durante el horario lectivo y dentro del calendario que fijan anualmente las Administraciones educativas[73]. Estas comprenden los descansos y los recreos, de forma que no es posible entender, o al menos no debería serlo, que el acoso sufrido durante estos periodos fuera de clase, pero dentro de las actividades lectivas, es ajeno a la responsabilidad de la Administración[74]. Aun así, el hecho de que los incidentes tuvieran lugar fuera del horario de clase ha sido utilizado en ocasiones para moderar la responsabilidad del

al espacio físico donde pudo producirse el perjuicio, hay que atender a su conexión con las prestaciones propias del servicio educativo».

71 Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía n.º 936/2022, de 20 de diciembre, CJ 4.

72 En este sentido, *vid.*, SsAN de 26 de septiembre de 2002 (rec. n.º 246/2001), de 2 de julio de 2022 (rec. n.º 957/2000); y de 16 de marzo de 2000 (rec. n.º 843/1999), entre otras. En el mismo sentido, el dictamen del CJRM n.º 117/2008, de 23 de junio.

73 El TS ha aclarado en reiteradas ocasiones que, «tratándose de una responsabilidad por culpa *in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se trasfieren a los profesores o cuidadores del centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos, hasta su salida de él finalizada la jornada escolar». En este sentido, *vid.*, STS, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de junio de 1999 (rec. n.º 2957/1994), con cita de otras de la misma sala de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 15 de diciembre de 1994 y 10 de diciembre de 1996.

74 Al respecto la Audiencia Nacional, en su sentencia de 8 de noviembre 2001 (rec. n.º 259/200) aclara que «las lesiones padecidas por la perjudicada se produjeron dentro del ámbito del servicio público, como era el patio del instituto, durante la hora correspondiente al recreo y en relación con una de las instalaciones del centro como era la canasta de baloncesto, lo que conforma una actividad escolar, persistiendo

centro, llegando en alguna ocasión a entenderse causa de exoneración[75]. Por su parte, las actividades escolares complementarias[76] —como las excursiones, competiciones deportivas, conferencias— y las extraescolares[77] —como inglés o natación— también se integran dentro del servicio público educativo, puesto que es el centro escolar el que asume el deber de organización de la actividad y corresponde a los profesores

los riesgos y consiguientes obligaciones de vigilancia, control y seguridad de las instalaciones, que en este caso no se produjeron en la medida necesaria para evitar los hechos y sus consecuencias lesivas».

[75] En este sentido, resulta llamativa la STSJ del País Vasco, n.º 93/2011, de 8 de febrero de 2011 (rec. n.º 557/2007), FJ 6, en la que se considera por la Sala que, «a efectos de valorar las conductas susceptibles de determinar responsabilidades por negligencia, es decir, «*culpa in vigilando*, *in eligendo* o *in organizando*», por parte del ÍES Talaia BHI (Equipo Directivo, Profesores de 4º de la ESO y Profesores de Guardia), hemos de partir, en base a los hechos recogidos anteriormente derivados de decisiones de la jurisdicción penal, de que cuando Ernesto fue agredido en el interior del Instituto, las mismas tuvieron lugar fundamentalmente en los intervalos de clase, es decir, con ausencia de profesores en el aula, no siendo testigo de ello ningún profesor ni de forma directa ni indirecta, sin que nadie lo revelara». Motivo por el cual la Sala considera que la actuación de los responsables del centro fue absolutamente diligente. En realidad, debe entenderse aquí que el TSJ del País Vasco lo que viene a destacar no es que los hechos se produzcan en los intervalos de clase, sino que no existe un conocimiento del acoso, es decir, no existen indicios –como requisito material–que motiven la actuación del centro, independientemente de dónde y cuándo estos ocurran. Aunque esto debe ser puesto en relación evidentemente con el resto de los hechos de la sentencia. En este sentido, *Vid.,* URIARTE RICOTE, M., «La responsabilidad patrimonial de la Administración educativa en el acoso escolar (sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de febrero de 2011)», en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E./ ALONSO GARCÍA, R. (coords), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 2012, págs. 407-436.

Se destaca también la SAP de Málaga, Sección 8ª, n.º 227/2022, de 26 de mayo (rec. n.º 71/2022) que, pese a pronunciarse sobre la responsabilidad civil de un centro escolar, se entiende extrapolable a este trabajo. Así, la AP pese a reconocer expresamente que «no puede confundirse el nivel de control y vigilancia exigible a la Administración, frente al acaecimiento de un hipotético daño accidental de naturaleza preventiva, con el más elevado, de carácter protector, que debería desplegarse en la salvaguarda de la integridad física y psíquica de los alumnos», entiende que al tratarse de hechos que «según los testigos ocurren dentro del colegio, pero fuera de hora de clase, en los intercambios, en los que no había ningún profesor», considera que no eran hechos previsibles para el centro y que por tanto procede la moderación de la responsabilidad civil. Y de acuerdo con este razonamiento señala que, «por lo tanto, se tratan de hechos no previsibles para el centro escolar. Estamos en un centro educativo, no en un centro de internamiento el sistema educativo se basa en una confianza que se otorga a los alumnos sin poder exigir un sistema de vigilancia específico para evitar incidentes durante los intercambios de clase, máxime cuando no había datos de incidentes anteriores de los que tuviera conocimiento el centro, por lo tanto, al tratarse de un hecho no previsible para el centro procede moderar su responsabilidad civil en un 50 %» (FJ 1).

[76] Las actividades escolares complementarias son aquellas que el centro escolar establece dentro del horario de permanencia obligada de los alumnos en el mismo como complemento de la actividad escolar. *Vid*., art. 2.1 del Real Decreto 1694/1995, de 20 de octubre, por el que se regulan las actividades escolares complementarias, las actividades extraescolares y los servicios.

[77] Se entiende por actividades extraescolares aquellas a realizar durante el intervalo de tiempo comprendido entre la sesión de mañana y de tarde del horario de permanencia en el mismo de los alumnos, así como las que se realicen antes o después del citado horario, dirigidas a los alumnos del centro. *vid*., art. 3 del Real Decreto 1694/1995, de 20 de octubre, por el que se regulan las actividades escolares complementarias, las actividades extraescolares y los servicios.

el deber de asegurar la vigilancia y control de los alumnos debiendo hacerlo con la diligencia adecuada[78]. Esto quiere decir que el deber de reparación del daño por parte de la Administración opera por igual, independientemente del tipo de actividad, siempre que se cumplan los requisitos y presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial.

Una última cuestión que resulta de interés práctico aquí es la de aclarar cómo afecta a la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa el hecho de que la efectiva realización o gestión del servicio se lleve a cabo a través, por ejemplo, de un contrato administrativo. Es lo que ocurre normalmente en los comedores escolares[79]. En estos casos, la eventual responsabilidad directa de la Administración no se ve alterada, siendo exigible a los monitores o empleados del contratista el mismo deber de cuidado. Ello se debe a que la responsabilidad de los contratistas responde al mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del art.196 LCSP, que expresamente se refiere a «todos» los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno[80].

En consecuencia, el desarrollo de cualquiera de las actividades y servicios escolares –los relacionados con las actividades puramente docentes o lectivas, pero también las actividades extraescolares o la prestación de los servicios complementarios– puede hacer surgir el deber de la Administración de indemnizar siempre que se haya producido una situación de *bullying* y que ante la misma se pueda hablar de pasividad del centro.

[78] El TS en su sentencia de 26 de febrero de 1998, FJ 3, afirma que «durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias, el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia». En el mismo sentido, dictamen de CJRM, núm. 307/2015, de 26 de octubre. Ahora bien, esta diligencia de un buen padre de familia a la que se refiere el Alto Tribunal, como se verá más adelante, es la propia del deber de vigilancia y custodia general que corresponde a la Administración educativa, debiendo ajustarse aquí a la diligencia debida en el cumplimiento del deber de vigilar y corregir el acoso escolar.

[79] Como reconoce el CJRM en su dictamen n.º 187/2021, de 15 de septiembre, CJ 2, «los daños padecidos por el menor se produzcan invariablemente durante el horario de comedor no altera la eventual responsabilidad directa de la Administración, en la medida en que el comedor se configura como un servicio complementario que organiza y presta aquélla, sin perjuicio de que la efectiva realización o gestión del servicio se lleve a cabo a través de un contrato administrativo».

[80] Dictamen del CJRM n.º 177/2006, de 1 de enero, CJ 2.

3. La importancia de la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de situaciones de acoso escolar

Los especiales intereses en conflicto y la posible alarma social que puede derivar de un caso de acoso escolar inciden de forma determinante en el planteamiento y desarrollo de una posible reclamación de responsabilidad patrimonial. En concreto, se advierte una singular dificultad a la hora de acreditar la existencia de *bullying* y el alcance de los daños derivados del mismo. Por tanto, tratándose de una cuestión capital, sin la cual no podrá determinarse responsabilidad alguna, la carga de la prueba y los medios más adecuados para ello cobran una vital importancia.

En relación con esta primera cuestión, es doctrina reiterada del TS la de que rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general recogido en el art. 217 LEC que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*), a la parte que afirma, no a la que niega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*) y que excluye la necesidad de probar los hechos notorios y los negativos *(notoria non egent probatione*). En realidad, la trascendencia práctica de la doctrina sobre la carga de la prueba se encuentra en la atribución de las consecuencias negativas de su falta a la parte a la que correspondía el *onus probandi*[81]. Junto con esta doctrina, cobran también una especial importancia práctica dos principios esenciales como son el de la mayor facilidad probatoria y el principio de adquisición procesal o comunidad de prueba.

El primero de estos ha permitido a la jurisprudencia precisar, a la luz del art. 217.7 LEC, el alcance concreto de las normas sobre la carga probatoria en materia de responsabilidad patrimonial. De acuerdo con este, compete al recurrente la prueba del daño antijurídico y del nexo causal entre el daño y el acto de la Administración, de forma que, si esto no se prueba, no existirá responsabilidad administrativa[82]. Si trasladamos esto al escenario específico de un supuesto de acoso escolar, el correcto planteamiento de la reclamación exige que el recurrente pruebe dos cuestiones capitales: de un lado, la realidad del acoso escolar y el alcance de sus daños; y, de otro, la existencia de relación de causalidad entre el *bullying* y el servicio público educativo.

[81] La formulación doctrinal sobre la carga de la prueba gravita no tanto sobre a quién corresponde probar, sino sobre quién recae la ausencia de actividad probatoria. Esta regla general debe operar decididamente frente a una postura meramente pasiva de la demandada en cuanto se limite simplemente a negar los hechos de la demanda. Asimismo, la regla general de la carga probatoria (art. 217.2 LEC) puede resultar enervada por la aplicación de lo dispuesto en el punto 6 de la misma norma, en el sentido de que el correcto desarrollo del litigio debe conllevar una postura activa de las partes en orden a la defensa de sus pretensiones/resistencias procesales. STSJ de Madrid n.º 1/2025, de 16 de enero (rec. n.º 928/2023), FJ 5.

[82] STSJ de Madrid, n.º 701/2017, de 28 de noviembre (rec. n.º 57/2016), FJ 2, y las que en ella se citan, STS de 7 de septiembre y 18 de octubre de 2005, de 9 de diciembre de 2008, de 30 de septiembre, 22 de octubre, 24 de noviembre y 18 y 23 de diciembre de 2009, y sentencia de 19 de mayo de 2015.

En realidad, como se verá en el último apartado de este trabajo, la posible relación de causalidad entre los daños derivados de una situación de acoso escolar y el servicio público educativo resulta innegable[83]. Cuestión distinta es si esta se ha roto o no, aspecto fundamental que corresponde probar al centro escolar. De este modo, compete a la Administración educativa acreditar que el colegio no incurrió en dejación del deber *in vigilando* de quienes tienen a su cargo a los menores, debiendo recurrir para ello a parámetros como la diligencia debida en el cumplimiento de dicho deber. O, dicho de otro modo, corresponderá al centro escolar probar que, por parte de los profesores, y en su caso, del equipo directivo del colegio, no se toleraron conductas abusivas de hostigamiento en el ámbito escolar contra un alumno por parte de otro u otros compañeros. Se produce aquí una inversión de la carga de la prueba similar a la que se aprecia en el art. 1903 CC y que ha llevado a parte de la doctrina civilista a apuntar una objetivación de la responsabilidad en este campo. Ahora bien, pese a esto, aún pueden encontrarse sentencias que defienden lo contrario. Es lo que ocurre en el caso de la STSJ de Aragón nº 235/2022, de 9 de mayo, en la que se llega a afirmar que no basta con alegar la incorrección o ineficacia de los protocolos aplicados, la deficiente supervisión o formación de los profesores, o la falta de medidas preventivas, correctoras o disciplinarias, sino que se exige para demostrar la pasividad del centro, acreditar cúal debería haber sido el protocolo, medida, supervisión o formación correcta[84]. No se comparte aquí este criterio, puesto que implica trasladar al recurrente un esfuerzo probatorio por encima de lo posible, obviando la aplicación en estos casos del precitado principio de la mayor facilidad probatoria.

Por lo que se refiere al principio de adquisición procesal o comunidad de prueba, el mismo implica que, «probado un hecho, resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba»[85]. De acuerdo con este, el juzgador está obligado a valorar todas las pruebas practicadas con independencia de qué parte las haya aportado al proceso, «al considerar que los resultados de la actividad probatoria en su conjunto son comunes para todas las partes. Por tanto, a los efectos de acreditar los hechos controvertidos, es irrelevante que los medios probatorios se hayan practicado a instancia de una u otra parte»[86].

La segunda cuestión que se plantea es la relativa al método de prueba más adecuado para acreditar el acoso escolar. La práctica evidencia el predominio casi

[83] Se trata esta de una cuestión de fundamental importancia que exige entender la posible relación de causalidad existente en estos casos y las causas que pueden determinar la ruptura de dicho nexo causal. Entre ellas, la diligencia debida de la Administración. Por ello, se hace una remisión desde aquí al último apartado de este trabajo donde se abordan estas cuestiones de forma detenida.

[84] STSJ de Aragón n.º 235/2022, de 9 de mayo (rec. n.º 294/2020), FJ 3.

[85] Aunque nuestras leyes procesales no lo recogen de forma expresa, este principio tiene un pleno reconocimiento jurisprudencial. *Vid*., por todas, STSJ de Madrid de 10 de julio de 2023 (rec. n.º 413/2020), FJ 3.

[86] STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2023 (rec. n.º 413/2020), FJ 3.

absoluto de las periciales de parte en este ámbito (art. 335.1 LEC). Pese a ello, estas no quedan exentas de cierta problemática en relación con su eficacia probatoria. La jurisprudencia reconoce que «la prueba pericial no acredita extremos que se derivan únicamente de las declaraciones del solicitante del informe pericial»[87]. Es decir, que «los datos a extraer de un informe pericial son aquellos que se deducen de la pericia del que los emite, y no de las manifestaciones efectuadas por la persona que es analizada por el perito»[88]. Lo anterior debe ser necesariamente extrapolado a los informes psicológicos empleados como prueba de la existencia de *bullying* y cuyo sustento fundamental se halla en las declaraciones del menor. Esto ha llevado a que en determinadas ocasiones se entienda que la parte actora no ha logrado probar adecuadamente la existencia de una situación de acoso[89].

Ahora bien, en sentido contrario, son muchas las sentencias que reconocen que «negar relevancia al dictamen por el solo hecho de estar basado en manifestaciones del menor supone negar su objeto propio, que no es otro que el de determinar el impacto psicológico que hayan podido dejar en aquel los hechos controvertidos y no el de pronunciarse sobre estos como si los autores del informe asumieran el papel de órganos fiscalizadores o enjuiciadores»[90]. Es decir, la aportación de un informe psicológico como pericial de parte es una prueba perfectamente válida, siempre que el mismo sea razonado y exhaustivo, y no base exclusivamente sus conclusiones en las meras manifestaciones del perjudicado, sino en pruebas psicodiagnósticas regladas y estandarizadas de personalidad, aptitud, adaptación personal, familiar, escolar y social, y conductas de acoso y violencia escolar con las que se puede medir a través de distintas puntuaciones la intensidad y alcance del hostigamiento sufrido permitiendo tener por acreditado el acoso escolar[91].

---

87 STS de 16 de febrero de 2011 (rec. n.º 593/2008).

88 STSJ de Castilla-La Mancha, de 26 de mayo de 2014 (rec. n.º 663/2011). En el mismo sentido, dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid n.º 538/2019, de 12 de diciembre.

89 En ese sentido, pero centrado en una situación de *mobbing* en el trabajo, se pronuncia el CJRM en su dictamen n.º 187/21, de 15 de septiembre**,** donde afirma que, «en efecto, el informe pericial de parte no es bastante para probarlo, sobre la base de aquella doctrina jurisprudencial que afirma que la prueba pericial no acredita extremos que se derivan únicamente de las declaraciones del solicitante del informe pericial (…) conclusión extrapolable a la afirmación contenida en ese mismo informe médico en orden a diagnosticar la patología del actor como trastorno ansioso depresivo, añadiendo, compatible con *mobbing*, ya que dicho concepto, de naturaleza jurídica, y cuya constatación en un procedimiento judicial debe inferirse del conjunto de pruebas demostrativas del mismo, no puede considerarse como probado en base a un informe pericial médico, extendido por un facultativo, que, sin analizar in situ la situación laboral de un paciente, emite dicha valoración en función de lo manifestado, en exclusiva, por dicho paciente». En un sentido idéntico, STS de 16 de febrero de 2011 (rec. n.º 593/2008), FJ 12.

90 STSJ de Madrid, de 24 de febrero de 2016 (rec. n.º 1300/2012), FJ 3.

91 Entre estas pruebas, sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden citar las siguientes: Sistema de evaluación de niños y adolescentes (SENA), Autotest Cisneros, Cuestionario individual sobre psicoterror, negación, estigmatización y rechazo en organizaciones sociales.

En todo caso, debe hacerse aquí una puntualización final y es que, de acuerdo con el art. 348 LEC, las periciales serán valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que no habilita al juzgador a desechar, sin motivación alguna, las consideraciones técnicas incluidas en los informes periciales, puesto que de hacer esto, sin fundamento en alguna prueba o elemento de juicio que desde la perspectiva de la técnica o la ciencia sobre la que aquellos versan permitan contradecirlas, puede hacer incurrir al instructor en arbitrariedad cuando tales extremos resultan relevantes para la decisión a adoptar[92].

4. El deber de vigilar y corregir el acoso escolar: revisión del título de imputación de responsabilidad patrimonial

A. El funcionamiento anormal del servicio público educativo por culpa *in vigilando* como único título de imputación en el acoso escolar.

Como se ha visto, aunque nuestro sistema de responsabilidad patrimonial es un sistema objetivo en el que la Administración debe responder, en su caso, por los daños que se deriven del funcionamiento normal o anormal del servicio público, en los supuestos de acoso escolar la práctica demuestra otra cosa. Así, fruto de la apuntada subjetivación de la responsabilidad patrimonial en este ámbito, el título de imputación del daño se reduce aquí a los supuestos de funcionamiento anormal del servicio público educativo por culpa *in vigilando*[93]. El fundamento de esta imputación deriva de la infracción del deber general de vigilancia y custodia que recae sobre el personal docente y que viene impuesto por el art. 1903 CC[94]. Un deber que encuentra su razón de ser en la transferencia que los padres hacen a los centros educativos de una suerte de guarda de hecho de la que deriva el deber objetivo de cuidado, control y vigilancia sobre sus alumnos, y en el que se aglutina, también, el deber de cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos[95].

---

92 STSJ de Madrid, de 24 de febrero de 2016 (rec. n.º 1300/2012), FJ 3.

93 Por tanto, queda fuera de este trabajo el funcionamiento normal de los servicios públicos como título de imputación objetiva, en la comprensión de que la existencia de acoso escolar indica por definición un funcionamiento anormal de los servicios públicos educativos por culpa *in vigilando*.

94 Dictamen del CJRM n.º 271/2021, de 10 de noviembre, CJ 4.

95 *Vid*., STS, Sala primera, Civil, n.º. 977/2003, de 16 de octubre, FJ 3. En un sentido similar, la AP de Vizcaya explica que «han sido muy diversas las teorías que se han formulado sobre el fundamento de la responsabilidad en los centros educativos sobre el fundamento objetivo, cuasi objetivo o subjetivo de esa responsabilidad en relación con los alumnos del centro», pero como acuerda la S.A.P. de Palencia de 18 de enero de 2016, son dos los criterios esenciales a tener en cuenta; «El criterio de la culpa *in vigilando*, derivada de que los padres transfieren al centro académico una especie de guarda de hecho que impone al centro un deber objetivo de cuidado, control y vigilancia sobre sus alumnos, y el criterio de la responsabilidad por la deficiente organización de personas o de medios» y que tiene su antecedente en la doctrina alemana de la «culpa de organización o *organizationsverschulden*». SAP de Vizcaya n.º 24/2019, de 25 de enero, FJ 1.

Ahora bien, dentro de este deber general, y a la luz del marco normativo del acoso escolar ya examinado, se identifica una obligación específica y diferenciada de prevenir, vigilar y corregir las situaciones de acoso escolar. El título de imputación de responsabilidad a la Administración educativa en estos casos estaría integrado por la infracción del deber general de vigilancia que corresponde a los docentes, pero centrado en la obligación de vigilar y corregir una posible situación de acoso escolar. Esto es, será el incumplimiento por la Administración de su posición de garante, al no hacer todo lo posible para conocer lo que estaba sucediendo y actuar en consecuencia, lo que se entiende que contribuye a la producción del daño[96]. Por tanto, de cara a estructurar una reclamación de responsabilidad patrimonial, debe atenderse a estos dos componentes del deber de vigilancia y cuidado de los centros: de un lado, el más tradicional, que atiende al bienestar físico de los alumnos mediante una supervisión inmediata y directa; y de otro, el que persigue el mantenimiento de su bienestar emocional, evitando la causación de daños morales o psicológicos como consecuencia de un acoso mantenido en el tiempo[97]. Cada uno de ellos, como se examina a continuación, quedará sujeto a sus propios estándares de diligencia para entenderse debidamente cumplidos.

B. La diligencia debida en el cumplimiento del deber de vigilancia y corrección del acoso escolar.

El análisis de esta cuestión debe comenzar recordando que el deber general de cuidado y vigilancia de los menores que se encuentran bajo la custodia de los centros escolares es un tipo de obligación de medios y no de resultado[98]. Ello determina que su debido cumplimiento venga de que el centro escolar haya desplegado su actividad conforme a la diligencia que le resulte exigible. En concreto, como señala el TS, **«**durante ese tiempo, el profesorado tiene, respecto de los alumnos, el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia a tenor de lo establecido en el art. 1903 CC**»**[99]. Y para poder determinar y calibrar esa diligencia, la doctrina legal civilista viene prestando atención a tres criterios principales: i) al tipo de juego o de actividad desarrollado por el menor, diferenciando si se trata de un juego o actividad brusca o de riesgo o si se trata de una actividad o juego inocuo o sin riesgo; ii) a la edad de los menores, debiendo incrementar la diligencia en la vigilancia en la medida que disminuye la edad; y iii) a la naturaleza de la acción u omisión determinante del daño,

[96] STSJ de Madrid, de 24 de febrero de 2016 (rec. n.º 1300/2012), FJ 6.

[97] Dictamen del CJRM n.º 271/2021, de 10 de noviembre, CJ 7.

[98] Entre otras, STJS de Aragón de 9 de mayo de 2022 (rec. n.º 294/2020); SAP Barcelona n.º 11156/2020, de 28 de octubre.

[99] STS de 26 de febrero de 1998 (rec. n.º 4587/1991).

diferenciando si se trata de una actuación rápida o sorpresiva o si es una actuación que podía preverse[100].

Ahora bien, examinado el cómo y cuándo se entiende cumplido este deber general de custodia de los centros educativos, corresponde ahora hacer lo mismo respecto de la específica obligación de vigilancia y corrección del acoso escolar. Se trata del nudo gordiano del enfoque práctico de los supuestos de responsabilidad patrimonial, puesto que solo así se podrá determinar si concurre o no la pasividad del centro educativo, si cabe hablar de culpa *in vigilando* y si queda acreditada la existencia de nexo causal. El análisis en profundidad de la jurisprudencia y la doctrina consultiva especializada permite identificar aquí dos elementos claves: en primer lugar, un estándar de conducta mínimo y obligatorio que debe de cumplirse por la Administración educativa en todo caso —lo que permite analizar si este se observa o no en el supuesto concreto—; y junto a este, una serie de criterios específicos que permiten modular la diligencia exigible según las circunstancias propias de cada caso concreto.

a) Estándar de conducta mínimo obligatorio: la suficiencia de las medidas adoptadas.

Las especiales características que definen el acoso escolar obligan a recordar que no puede confundirse el nivel de control y vigilancia exigible a la Administración frente al acaecimiento de un hipotético daño accidental —de naturaleza preventiva— con el más elevado —de carácter protector— que debería desplegarse en la salvaguarda de la integridad física y psíquica de los alumnos[101]. En estos casos, la diligencia exigible a un **«**buen padre de familia**»** necesita una matización a la luz de que, desde una perspectiva responsabilizadora y de imposición de límites —fundamentos de cualquier planteamiento educativo— ningún buen padre de familia permitiría que un niño sometiese a otro a hostigamiento alguno[102]. Por tanto, el estándar de cuidado que debe observar la Administración en estos casos ha de situarse por encima del **«**normal**»** o **«**usual**»** de la actividad del centro, dado que en los supuestos de

[100] SAP de Vizcaya, n.º 24/2019, de 25 de enero (rec. n.º 143/2018), FJ 1; SAP de Guipúzcoa n.º 45/2014, de 21 de febrero (rec. n.º 3009/2014), FJ 3; Por ejemplo, entre los moduladores tradicionales de la diligencia debida en el cumplimiento del deber de vigilancia en el ámbito de la educación destaca el de la imprevisibilidad o carácter repentino del daño. Así, el CJRM en su dictamen n.º 317/23, de 9 de noviembre, señala que no se puede considerar que exista relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado cuando los hechos ocurren de manera súbita o repentina, de forma que nada hiciera posible prever la acción lesiva del alumno que agrede a otro o le causa un daño en sus pertenencias. La inmediatez en la producción del daño rompe el nexo causal citado, puesto que el deber de vigilancia de los profesores y maestros no incluye la obligación de impedir la producción de hechos súbitos e imprevisibles, que por su propia definición no se pueden evitar.

[101] En estos términos se pronuncia la SAP de Málaga, n.º 227/2022, de 26 de mayo (rec. n.º 71/2022), FJ 1.

[102] En términos similares, SAP de Álava, n.º 120/2005, de 27 de mayo (rec. n.º 117/2005), FJ 2.

bullying se produce una afectación directa a derechos fundamentales de los alumnos, respecto de los cuales existe un expreso deber legal de protección[103].

Esta especial vigilancia es una cuestión a la que los centros educativos y su personal docente deben prestar especial atención. De acuerdo con la jurisprudencia especializada, el estándar de conducta mínimo y obligatorio de la Administración educativa exige que esta actúe, pero no de cualquier modo, sino haciendo todo lo posible[104], debiendo recurrir para ello a todos los medios personales y materiales a su disposición[105]. Por tanto, para poder entender incumplida esta obligación, siendo viable la imputación de responsabilidad, no es necesario que el centro escolar incurra en una total pasividad, sino que bastará para ello con que quede acreditado que las medidas adoptadas no fueron suficientes para detectar y corregir un supuesto de acoso escolar[106]. Ahora bien, determinar cuándo una medida es suficiente o no, presente que estamos ante una obligación de medios y no de resultado, exige atender al caso concreto, examinado este a la luz de los distintos moduladores de la diligencia debida que puedan resultar de aplicación.

b) Criterios moduladores de la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación de vigilar y corregir el acoso escolar.

Salvo error u omisión de quien escribe, no se dispone todavía de una identificación taxativa y cerrada de cuáles son los parámetros concretos a los que se debe recurrir para ponderar la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación de vigilar y corregir el acoso escolar. De ahí que se propongan a continuación una serie de criterios, extraídos de un análisis jurisprudencial y consultivo, que, ajustados a las características específicas del *bullying*, permitirían cumplir con esa finalidad.

i) El especial deber de cuidado: la edad y las circunstancias especiales (centros especiales, discapacidades físicas o psíquicas).

La edad y las circunstancias especiales del menor obligan con carácter general a reforzar el deber de cuidado de los centros educativos frente a cualquier tipo de daño. Si bien en el caso concreto del acoso escolar, estos juegan un papel aún más determinante, presente que, por definición, se trata de conductas que parten del abuso del más fuerte al más débil. Y es que, de la edad de los estudiantes y del desarrollo

[103] SAP de Málaga n.º 227/2022, de 26 de mayo (rec. n.º 71/2022), FJ 1.

[104] En este sentido, el TSJ de Madrid reconoce expresamente que «el incumplimiento por la Administración de su posición de garante, al no hacer todo lo posible para conocer lo que estaba sucediendo y actuar en consecuencia, ha contribuido a la producción de un daño psicológico al menor». STSJ de Madrid n.º 1000/2016, de 24 de febrero (rec. n.º 1300/2012), FJ 6.

[105] En la STSJ de Galicia n.º 1895/2016, de 6 de abril (rec. n.º 146/2015), FJ 2, se reconoce que «este deber de vigilancia no tiene por qué cumplirse únicamente a través de medios personales, sino que puede complementarse con dispositivos electrónicos».

[106] STSJ de Madrid n.º 100/2016, de 24 de febrero (rec. n.º 1300/2012), FJ 6.

personal a ella aparejada, dependen aspectos bien distintos como la capacidad cognitiva, emocional y de madurez de los alumnos que los hacen más vulnerables frente a situaciones de acoso.

Del análisis de la jurisprudencia y la doctrina consultiva se deduce que, en función de la corta edad de los alumnos (hasta 5 años), cabe hablar de un especial deber de cuidado similar al de una guardería, que irá cediendo paulatinamente conforme aumente la edad de los alumnos[107]. Y lo mismo ocurre en el caso de alumnos con deficiencias físicas o psíquicas o en el supuesto de centros escolares de educación especial donde los profesores asumen **«**un especial deber de cuidado, de mayor extensión que el que se les puede demandar en otros casos, para tratar de evitar accidentes, lesiones o agresiones entre los alumnos**»**[108].

ii) El estado de conocimiento de las ciencias sociales sobre el acoso escolar.

El acoso escolar es un fenómeno que ha existido siempre y sobre el que las investigaciones, la literatura científica y los estudios criminológicos y educativos realizados en el entorno escolar llevan advirtiendo décadas. De ahí que, en la actualidad, ningún centro educativo puede alegar desconocimiento sobre este fenómeno y sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas frente al mismo. Este avanzado conocimiento sobre la materia y la fundamental importancia de los centros escolares en el entramado social en orden a la transmisión de valores y a la socialización de los menores, ha dado lugar a que la jurisprudencia reconozca expresamente la especial

[107] Dictamen del CJRM n.º 317/2023, de 9 de noviembre, CJ 3. En el mismo sentido, el Consejo Consultivo de Andalucía n.º 936/2022, de 20 de diciembre, señala que «parece lógico concluir que no debe ser igual la vigilancia que se observa respecto de los alumnos de Infantil o de Primaria que aquella que se tiene respecto de los de Secundaria o Bachillerato, debiendo exigirse un plus cuando se trata de los más pequeños porque aún están en el primer estadio de su formación (menor fuerza física, mayor inmadurez psicológica, menor consciencia respecto de su propio cuerpo, etc) y que les hace más vulnerables».

[108] Aunque no se refiere expresamente al acoso escolar, el Consejo de Estado señala en su Memoria del año 1998 que, «también se conecta a la negligencia, o a la existencia de un especial deber de cuidado con consecuencias en el examen de la relación de causalidad, el caso de los daños sufridos por los alumnos, ya sea de corta edad, ya con problemas físicos o psíquicos, considerando este Consejo de Estado que en estos casos los accidentes deben tener un tratamiento distinto dada la especial obligación de vigilancia que se impone a la Administración titular de ellos». En relación con los centros escolares, la STSJ de Galicia n.º 1895/2016, de 6 de abril, señala en su FJ 5 que, «este deber se intensifica en casos como el presente, en el que los alumnos están escolarizados en régimen de internamiento en un centro de educación especial». En el mismo sentido, el dictamen del CJRM n.º 4060/96, de 19 de diciembre, y n.º 317/23, de 9 de noviembre, que lo reproduce, sostienen que, «en los centros escolares de educación especial la Administración ha de extremar su celo en la custodia de los alumnos para evitar accidentes, lesiones o agresiones entre ellos, lo que permite establecer un nexo causal entre el servicio público educativo y el daño alegado en el supuesto. La responsabilidad patrimonial cuando un alumno sufre la agresión de un compañero en estos centros de educación especial no plantea así dudas (dictamen n.º 1007/96, de 9 de mayo de 1996), al contrario de los daños sufridos en general por alumnos en centros normales».

obligación de los centros educativos de conocer los estudios que se vayan elaborando en el campo de la educación sobre los problemas emergentes en ese ámbito[109].

Por tanto, no encontrarse al día en la formación del personal del centro escolar en la materia podría incidir de forma determinante en la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

iii) La adecuación de los medios y recursos de vigilancia y seguridad empleados por los centros educativos.

En un ámbito tan sensible como es el del acoso escolar, la obligación de la Administración educativa de actuar haciendo todo lo posible, recurriendo para ello a todos los medios a su disposición, choca de manera frontal con la realidad de las limitaciones presupuestarias. Los recursos de los centros educativos de titularidad pública son limitados, por lo que no pueden ser objeto de exigencias ilimitadas. De ahí que, de cara a determinar si concurre o no responsabilidad a la vista de la adecuación de los medios empleados por el centro, deba estarse a criterios de razonabilidad. En este sentido, y puesto que se trata de una limitación similar a la que se aprecia en el ámbito sanitario, cabría extrapolar aquí alguno de los posicionamientos que al respecto efectúan nuestros tribunales. En particular, la consideración de que **«**solamente podrá exigirse responsabilidad cuando se hubiere acreditado, bien que ha incumplido la ley, no manteniendo en el centro sanitario un servicio exigido por ésta, o bien cuando se acredite por parte de la actora que existe una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario en la prestación del servicio**»**[110]. Si trasladamos esto al ámbito educativo podría afirmarse que solo cabe pedir responsabilidad, en relación con el empleo de medios, cuando exista un incumplimiento de la ley, esto es, que la normativa de aplicación prevea un servicio/herramienta que el centro escolar haya obviado, o bien, cuando se acredite que existe una arbitraria disposición de los recursos económicos y materiales con que cuenta el centro escolar en la prestación del servicio. Aceptar otra cosa supondría que cada centro educativo debería estar dotado de todos los recursos y medios que pudieran exigirse al mejor abastecido de toda la red educativa. Y esto, como reconoce la jurisprudencia, **«**resulta contrario a la razón y, en definitiva, a la limitación de medios disponibles propia de cualquier actividad humana**»**[111].

[109] La jurisprudencia señala aquí la diferencia existente entre los centros escolares respecto de los padres, a los que no les exigible una preparación o capacitación educativa especial que domine todos los aspectos educativos, en particular, la detección de una victimización por acoso escolar de su hijo o hija, aunque probablemente en el futuro será conveniente que en la prevención de esta lacra se aumente la formación de los propios padres. *Vid.,* SAP n.º 120/2005, de 27 de mayo (rec. n.º 117/2005), FJ 2.

[110] STSJ de Castilla y León n.º 1362/2012, de 13 de julio (rec. n.º 2742/2008), FJ 2.

[111] En la STSJ de Castilla y León n.º 1362/2012, de 13 de julio (rec. n.º 2742/2008), FJ 2, se afirma, respecto de los medios materiales en sede de responsabilidad sanitaria que, «aceptar otra cosa supondría que cada centro hospitalario habría de estar dotado de todos los servicios asistenciales que pudieran

Por tanto, aunque la totalidad de los padres desearían que los centros educativos estuvieran equipados con la última tecnología en vigilancia y seguridad, los criterios a seguir en la imputación de responsabilidad deben ser acordes con las limitaciones presupuestarias existentes, debiendo estarse a los medios que razonablemente se encuentren a disposición de los centros escolares.

iv) Indicios de conductas de acoso escolar como requisito material.

Uno de los problemas fundamentales del acoso escolar es la ocultación por parte de la propia víctima, tanto al centro escolar como a sus padres o tutores, de la situación de abuso a la que se encuentra sometida. La falta de todo indicio al respecto impide que el centro educativo pueda adoptar medidas, no de carácter preventivo, que deben estar presentes, pero sí de averiguación y evidentemente de corrección. Por tanto, de acuerdo con el sentir jurisprudencial, resultará difícil imputar una omisión del deber de vigilancia al centro escolar si no existe sospecha alguna de la existencia de *bullying*[112]. O, dicho de otra forma, la correcta imputación de la culpa *in vigilando* al centro escolar exige, como requisito material, que existan indicios de acoso, o comportamientos o situaciones anormales, o prueba del conocimiento de los hechos por alguna persona con competencia para actuar en el asunto o hacer llegar la queja a los órganos competentes para tomar medidas. En caso contrario, será difícil que prospere una reclamación.

v) Los protocolos preceptivos de actuación y planes de convivencia.

Los protocolos preceptivos de actuación, cuya elaboración corresponde a la Administración educativa, deben activarse ante el primer indicio de acoso escolar[113].

exigirse al mejor abastecido de los mismos en toda la red hospitalaria, lo que resulta contrario a la razón y, en definitiva, a la limitación de medios disponibles propia de cualquier actividad humana; otra cosa sería si no existiese un centro de referencia dentro de un área que permita la asistencia en un tiempo razonable».

[112] En la STSJ de Murcia n.º 1477/2018, de 15 de junio (rec. n.º 49/2017), FJ 9, se afirma que, en los supuestos de acoso escolar, «ninguna responsabilidad puede imputarse al centro educativo, pues no consta que ninguna de las personas que allí prestaban funciones conocieran incidente de tipo alguno, o pudieran detectar una situación anómala».

[113] Los protocolos preceptivos de actuación se encuentran regulados tanto en la LOE como en la LOPIIA. Estos cumplen desde el punto de vista de este trabajo dos funciones fundamentales: en primer lugar, dotan a la comunidad educativa de herramientas, pautas y medidas necesarias para que los centros sean entornos seguros, pudiendo actuar en casos concretos de forma homogénea. En segundo término, supone una garantía para la propia Administración, ya que proporciona mayor seguridad en sus actuaciones, posibilitando, a través de su adecuado cumplimiento, su posible exención de responsabilidad. La elaboración de los protocolos de actuación frente a indicios de acoso escolar —así como también ciberacoso, acoso sexual, violencia de género y cualquier otra manifestación de violencia— corresponde a la Administración educativa (autonómica) art. 124.5 LOE y serán de aplicación con independencia de la titularidad del centro (Art. 31 LOPIIA). En relación con estos, queda previsto que sean los directores de los centros quienes se responsabilicen de que la comunidad educativa esté informada de los protocolos de actuación existentes, así como de la ejecución y el seguimiento de las actuaciones que se prevén en ellos (art. 34.3 LOPIIA). En

La existencia reglada de estos instrumentos supone un gran avance para la seguridad jugando un papel decisivo, no solo para fijar las pautas, actuaciones y medidas necesarias prevenir y en su caso abordar el acoso escolar, sino muy especialmente para valorar la conducta de los centros escolares y la adecuación de su personal a la diligencia que les resulta exigibles. Por tanto, implican seguridad técnica y seguridad jurídica. Si bien debe recordarse que por mucho que estos constituyan un elemento probatorio de primer orden, **«**no otorgan una patente de corso**»**[114]. Y es que es perfectamente posible que un centro escolar cumpla con estos y aun así incurra en responsabilidad. Por ejemplo, puede que los protocolos de actuación se apliquen de forma tardía[115]; o que exista un error en el análisis de la situación al entender el centro que no existe *bullying* cuando, en realidad, si hay indicios claros de lo contrario; o incluso, puede que pese a su activación, este no sea suficiente y que continúe el acoso al menor, habiéndose limitado el centro a la mera aplicación mecánica del mismo.

Hay quien ha visto en estos protocolos una positivización de la *lex artis* en este ámbito[116]. Si bien esta afirmación debe ser matizada. El concepto de *lex artis* supera al de los protocolos preceptivos de actuación que, en todo caso, se integrarían como parte de esta. De ahí que la inaplicación de los protocolos siempre será infracción de la *lex artis*, pero no toda infracción de la *lex artis* implica, per se, inaplicación de los protocolos[117]. Ello no resta interés a la posibilidad de traer a los supuestos de responsabilidad por los daños derivados de acoso escolar la vulneración de la *lex artis* como criterio de imputación de responsabilidad. En realidad, es un ejercicio similar a la propuesta que este trabajo efectúa de emplear la pasividad como criterio. En la práctica, esto implica la asunción de la regla de responsabilidad por culpa, tal y como ocurre en la responsabilidad patrimonial sanitaria. Si bien en la comparación entre el ámbito escolar y el sanitario cabe advertir de un elemento diferencial

cuanto a su contenido, los protocolos deberán concretar, entre otros aspectos, las actuaciones a desarrollar, los sistemas de comunicación y la coordinación de los profesionales responsables de cada actuación (art. 34.2 LOPIIA). Dicha coordinación deberá establecerse también con los ámbitos sanitario, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y judicial. Y deberán contemplar actuaciones específicas cuando el acoso tenga como motivación la discapacidad, problemas graves del neurodesarrollo, problemas de salud mental, la edad, prejuicios racistas o por lugar de origen, la orientación sexual, la identidad o expresión de género. De igual modo, dichos protocolos deberán contemplar actuaciones específicas cuando el acoso se lleve a cabo a través de las nuevas tecnologías o dispositivos móviles y se haya menoscabado la intimidad, reputación o el derecho a la protección de datos personales de las personas menores de edad.

[114] GALÁN CORTÉS, J.C./ HINOJAL FONSECA, R., «Valoración jurídica de los protocolos médicos», *Revista General de Derecho,* 1996, pág. 8181.

[115] Sirva de ejemplo aquí la sentencia n.º 1/2014, de 7 de enero, del Juzgado Contencioso-Administrativo de Madrid n.º 6, en la que se aprecia una responsabilidad parcial por aplicación tardía de los protocolos.

[116] Sirva por todos, GÓMEZ DÍAZ ROMO, A., *Responsabilidad patrimonial derivada de…*, cit., pág. 223.

[117] Como se ha visto, cabe hablar de responsabilidad de los centros escolares por aplicación tardía de los protocolos o por error en el diagnóstico de la situación de acoso.

importante. Y es que en el ámbito sanitario se aplica el criterio de la *lex artis* como medio para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud. Si la actuación sanitaria es acorde con el estado de saber y los medios disponibles, se entenderá que el paciente tiene el deber jurídico de soportar el daño, tratándose de una consecuencia inherente del padecimiento de la enfermedad[118]. Ello responde a la imposibilidad de la ciencia médica de superar ciertos umbrales de incertidumbre. Sin embargo, esto no ocurre en el acoso escolar, donde ni las medidas de vigilancia y corrección que debe adoptar la Administración están sujetas a la incertidumbre e imprevisibilidad de la ciencia médica, ni el acoso a un menor puede nunca dejar de considerarse antijurídico. Por ello, en estos casos, pese a que la construcción jurídica es similar, se opta por entender rota la relación de causalidad evitando así la responsabilidad patrimonial.

C. Especial referencia a la responsabilidad de la Administración por el incumplimiento de su deber de vigilancia e inspección.

Cuestión distinta a todo lo examinado hasta ahora es la responsabilidad en la que incurrirá la Administración educativa por incumplimiento de su deber de vigilancia e inspección conforme al art. 27.8 CE y a las previsiones de la LOE[119]. Esta función se desarrollará sobre todos los elementos y aspectos del sistema educativo, motivo por el que la inspección educativa interviene cualquiera que sea el régimen jurídico del centro escolar —público, privado o concertado—. En este sentido, sorprende que, pese a tratarse de un supuesto de responsabilidad común, llamado por tanto a ser el más abundante, sin embargo, el número de pronunciamientos específicos sobre esta cuestión es llamativamente reducido. De hecho, el análisis de este apartado requiere del estudio de la jurisprudencia del TS que se entiende extrapolable y que permite pormenorizar algunas cuestiones de sustancial interés práctico como las siguientes[120]:

i) En primer lugar, debe entenderse que la LOE reconoce a la Administración educativa, en concreto a la Inspección, como la responsable de controlar que el funcionamiento del sistema se ajuste a las previsiones legales y para ello le atribuye distintas facultades en cuyo ejercicio inadecuado u omisión reside la posible imputación de los daños; ii) Ahora bien, tal actividad de control no convierte a la Administración

[118] STSJ de Madrid, n.º 105/2024, de 7 de febrero (rec. n.º 24/2022), FJ 4.

[119] Arts. 148, 151 a 154 y disposición adicional 12.4 de la LOE.

[120] Tras reconocer la inexistencia de pronunciamientos específicos en el ámbito educativo, el TSJ de Madrid, en su sentencia n.º 303/2018, de 7 de mayo, reconoce que son plenamente trasladables a este campo las consideraciones vertidas por el TS a propósito de la actividad de los órganos supervisores y de control en otros ámbitos sectoriales. Por ese motivo, en el análisis que se ofrece aquí se toman como punto de partida las consideraciones efectuadas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de enero de 2009 (rec. n.º 5921/2009, FJ 3).

educativa en el centro escolar, ni traslada a ésta las obligaciones y subsiguientes responsabilidades exigibles a dichos centros; iii) Y, por último, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad de la Administración pública ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades. No cabiendo aquí exigir de la inspección educativa una conducta exorbitante, presente que los medios de inspección de que dispone la Administración son necesariamente limitados[121].

De este modo, tomando como base lo anterior, la jurisprudencia identifica, además, dos requisitos acumulativos, uno formal y otro material, que deberán concurrir necesariamente para que, en los supuestos de acoso escolar, pueda imputarse responsabilidad a la inspección educativa. El requisito formal se refiere a que, más allá de los controles periódicos de la inspección que no pueden detectar estos casos singulares, debe mediar la reclamación de los padres a título de denuncia ante la inspección; y será, frente a su pasividad, que aquéllos tendrán que ejercer los recursos administrativos y jurisdiccionales pertinentes[122]. A lo anterior, debe añadirse la concurrencia del requisito material, consistente en la evidencia o constatación de un escenario objetiva y manifiestamente lesivo que hiciese necesaria una reacción, pronta, resolutiva y eficaz por parte de la inspección educativa, así como de la Administración autonómica en la que se integra. Es decir, deben existir indicios claros de acoso escolar tal y como se examinaba *supra*.

En todo caso, el análisis detenido y pormenorizado de estos requisitos exige un estudio mayor del que por razones de espacio se puede acometer aquí. Si bien la estructura de lo que se pide encaja perfectamente con las exigencias jurisprudenciales examinadas para apreciar la concurrencia o no de responsabilidad patrimonial por daños derivados de acoso escolar a la Administración educativa, motivo por el que se entiende extensible aquí el análisis efectuado a lo largo de este trabajo.

5. Breve referencia al nexo causal y a su alteración o ruptura en los casos de acoso escolar

A. De la teoría de la exclusión a la teoría de la causalidad adecuada o causalidad suficiente.

Ya se ha visto que el principio de responsabilidad patrimonial objetiva no puede generalizarse más allá del principio de causalidad, de forma que, para que exista ésta, es imprescindible que concurra nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo[123]. Dicho esto, entran en juego aquí las diversas teorías

[121] STSJ del Principado de Asturias, de 21 de mayo de 2018 (rec. n.º 376/2017), FJ 5.

[122] *Ibidem*, FJ 5.2.

[123] La relación causal, según reiterada jurisprudencia del TS, no puede definirse de manera apriorística, sino que requiere determinar qué hecho o condición reviste suficiente relevancia para ser considera-

sobre la causalidad, donde, en el caso concreto de los supuestos de acoso escolar, se aprecian todavía algunos desajustes. Así, pese a que debe entenderse plenamente superada, la teoría de la exclusión, que exige la concurrencia de un nexo directo, inmediato y exclusivo, sigue presente en una pluralidad amplia de pronunciamientos[124]. Y debe entenderse superada porque, en supuestos como el que nos ocupa, en los que cabe apreciar concurso de causas, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la relación de causalidad puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes[125], particularmente en los supuestos de funcionamiento anormal del servicio público[126].

La ingente variedad de estos supuestos ha dado pie a que doctrina y jurisprudencia hayan optado por una variedad de «soluciones de justicia del caso concreto, más inspiradas en la intuición y la equidad»[127], propiciándose con ello las múltiples teorías que actualmente se identifican como la teoría de la causalidad adecuada o causalidad eficiente[128], la teoría de la equivalencia de condiciones[129]; u otras, como la teoría de la probabilidad estadística, la pérdida de oportunidad, los cursos causales no verificables o la creación culposa de un riesgo. Estas deberán ser analizadas en

do causa del resultado. Esto implica identificar aquel acto o circunstancia sin el cual el evento final no habría tenido lugar (*conditio sine qua non*), y que, además, sea normalmente adecuado para producir dicho resultado, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Por todas, STS, 28 de marzo de 2000, de 22 de octubre y 20 de diciembre de 2004.

[124] En este sentido se pronuncia, entre otros, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que en su dictamen n.º 520/2011, de 28 de septiembre, se refiere a un «nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso». Asimismo, la STS de 11 de noviembre de 1982 tiene declarado que el daño debe de ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo esta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento, no procediendo la indemnización si ha intervenido otra causa (sentencias de 20 y 17 de octubre de 1980)». Esta teoría comporta, por tanto, la desestimación sistemática de todas las pretensiones indemnizatorias cuando interfiere en la relación causal, de alguna manera, la culpa de la víctima o de un tercero (STS de 9 de noviembre y 20 de diciembre de 2004 y 4 de febrero de 2005).

[125] Entre otras, aunque ajenas al ámbito del acoso escolar, STS de 25 de enero de 1997 (rec. n.º 2471/1994); 14 de octubre de 2004 (rec. n.º 1795/2000).

[126] STS de 18 de julio de 2002 (rec. n.º 1710/1998) y de 14 de octubre de 2004 (rec. n.º 1795/2000).

[127] STSJ de Cataluña, n.º 370/2023, de 7 de febrero (rec. n.º 144/2019), FJ 2.

[128] Esta teoría lleva a seleccionar entre el conjunto o cadena de circunstancias causantes del daño aquella que por sí sola sea idónea y decisiva en el caso concreto, cargando la obligación de soportar las consecuencias del daño a uno sólo de los causantes de este. Entre otras, STS, de 30 de diciembre de 1982, 28 de octubre de 1998.

[129] En este caso, ante la pluralidad de causas y ante la constatación de que la ausencia de cualquiera de ellas hubiera evitado el daño se otorga prioridad a la reparación del daño sobre cualquier otra consideración, sin discriminar la dispar relevancia de las diferentes causas concurrentes en el proceso y estableciendo una suerte de solidaridad tácita entre todos los causantes del daño. Entre otras, STS de 28 de junio de 1983 y de 23 de mayo de 1984.

el caso concreto, siendo la teoría de la causalidad adecuada o causalidad eficiente la que ocupa un lugar protagonista en los supuestos de acoso escolar[130].

B. La relación de causalidad entre los daños y perjuicios derivados del acoso escolar y el funcionamiento anormal del servicio público. Posibles causas de alteración o ruptura.

Aclarado lo anterior, corresponde ahora concretar si es posible o no apreciar relación de causalidad entre los daños derivados de conductas constitutivas de acoso escolar y el funcionamiento del servicio público educativo. En este sentido, la doctrina jurisprudencial y consultiva tiene resuelto de forma pacífica que, del mismo modo que no existe duda sobre la exclusión del nexo causal en accidentes ocurridos en el ámbito educativo, cuando estos derivan de hechos puramente fortuitos en los que no media intención agresiva, ni voluntad de causar daño, tampoco la hay a la hora de reconocer la concurrencia de nexo cuando el daño que sufre el escolar es consecuencia de una agresión física por parte de un compañero de clase[131]. De acuerdo con esto, la posible relación causal entre los daños derivados de una situación de *bullying* y el servicio público educativo resulta innegable. Y es que, del mismo modo que el Consejo de Estado entiende imputables a la Administración los daños derivados de peleas y agresiones intencionadas, en la comprensión de que el normal funcionamiento del servicio educativo implica el deber de vigilancia necesario para evitar éstas[132], también lo serán los daños derivados del acoso escolar, conforme al mismo razonamiento[133]. Además, la relación de causalidad también podría establecerse si se tiene en cuenta que la imputación de los daños a la Administración educativa se hace descansar en el carácter intencionado de las agresiones entre alumnos[134]. Intencionalidad que claramente queda incluida entre las características que definen el *bullying* por las razones ya examinadas.

---

[130] Sobre esta cuestión *vid*., GÓMEZ DÍAZ-ROMO, A., *Responsabilidad patrimonial derivada*…cit., pág. 209.

[131] Dictámenes del Consejo de Estado n.º 934/2004, 27 de mayo y n.º 945/2001, 26 de abril. En el mismo sentido, Dictamen CJRM n.º 187/2021, de 15 de septiembre.

[132] La Memoria del Consejo de Estado de 1998 contiene un detallado estudio sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa. Se dejan aquí referidas las notas 65 y 66 de este trabajo.

[133] Que el normal funcionamiento del servicio público impone el deber de vigilar y corregir una posible situación de *bullying*.

[134] En este sentido, el Consejo Consultivo de Castilla y León, siguiendo la senda marcada por el Consejo de Estado, viene manteniendo, como criterio general, «que la Administración educativa debe responder por los daños sufridos por alumnos de enseñanzas no superiores como consecuencia de agresiones entre ellos (dictámenes n.º1.393/2011, de 10 de noviembre, y n.º 968/2009, de 14 de octubre), mientras que, como regla general, las agresiones entre alumnos de enseñanzas superiores no darán lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que sean imprevistas, inevitables y no hayan existido situaciones anteriores similares o concurrido factores adicionales predisponentes de los que se infiera una falta de vigilancia por parte del centro educativo (dictamen n.º 384/2013, de 20 de junio)».

Ahora bien, una vez establecida la posible relación de causalidad, debe recordarse que la principal causa de desestimación o estimación parcial de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en materia de acoso escolar estriba en entender alterado, inexistente o roto dicho nexo. Por tanto, se analizan a continuación, si bien de forma sucinta, las principales causas de afectación del nexo en estos casos, esto es, la intervención de un tercero y la concurrencia de la diligencia debida en el cumplimiento del deber de la Administración. Se deja por tanto fuera el denominado riesgo general de vida, que, si bien está presente en los daños en el ámbito escolar, se entiende totalmente inaplicable a los supuestos de acoso escolar objeto de estudio[135].

a) Intervención de un tercero.

El reconocimiento expreso de que la relación de causalidad puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes implica reconocer que, en la producción del daño, además de la Administración, puede intervenir la propia víctima[136] o un tercero[137], y que ello no excluirá de facto la responsabilidad patrimonial de la Administración. Como es evidente, en el acoso escolar no tiene sentido analizar la responsabilidad de la propia víctima, pero sí tiene una fundamental importancia la intervención de un tercero. En estos casos, se distinguen dos supuestos básicos, de un lado, aquellos en los que la intervención de un tercero es tan intensa que el daño no se hubiera producido sin ella[138], y de otro, los supuestos en los que la participación directa de un tercero modulará la responsabilidad de la Administración, pero sin que ello implique la ruptura del nexo causal. Los supuestos de *bullying* pueden prestarse a confusión en este punto, al considerarse que, dado que los daños físicos y morales responden directamente a la acción de los acosadores, su intervención es tan intensa que rompe el nexo causal. Sin embargo, no es así. Y no lo es porque, en realidad, en la producción del daño concurren necesariamente tanto la acción de los acosadores como la pasividad del centro escolar. Es esta falta de diligencia en el cumplimiento del deber de la Administración la que determinará que en la práctica se aprecie o no nexo causal. Por tanto, la intervención de terceros en los supuestos de acoso escolar

[135] De acuerdo con este criterio, se rechaza la responsabilidad por aquellos hechos dañosos que el perjudicado tiene el deber natural y social de asumir como una incidencia normal y esperable en el natural acontecer de su existencia. Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León n.º 139/2004, de 18 de marzo, n.º 1.068/2009, de 29 de octubre, o n.º 488/2013, de 18 de julio, entre otros.

[136] Entre otras, STS de 31 de enero de 1984, 18 de noviembre de 1994 y 4 de octubre de 1995.

[137] STS, de 5 de noviembre de 1974 y de 25 de enero de 1992.

[138] En su sentencia de 19 de junio de 2007 (rec. n.º 10231/2003), FJ 2, el TS afirma, con cita de otras muchas resoluciones, que «es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público».

no rompe con carácter general la relación de causalidad, pero sí que produce su alteración.

Las consecuencias de esta afectación del nexo causal se van a apreciar fundamentalmente en las indemnizaciones derivadas del reconocimiento de responsabilidad patrimonial. Es cierto que la mayoría de las sentencias en materia de acoso escolar no se pronuncian expresamente sobre esta cuestión. Si bien pueden extrapolarse aquí las soluciones que la práctica materializa para situaciones asimilables en las que también interviene un tercero. Así, por ejemplo, aun cuando no se identifica un criterio unánime, la mayoría de los supuestos se resuelven con una moderación de la indemnización, como en los casos en los que concurre culpa de la víctima[139]; también cabe aplicar aquí la regla de la solidaridad, como en los casos de responsabilidad concurrente de varias Administraciones públicas[140]; pudiendo recurrirse también, aunque de forma menos frecuente, a «un reparto proporcional equitativo del importe de la indemnización entre los distintos agentes que participaron de forma concurrente en la producción del daño»[141].

b) Diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones de la Administración.

Se cierra este apartado, y con él este trabajo, haciendo una brevísima referencia a la ruptura del nexo causal como resultado de la observancia por el centro educativo de la diligencia debida en el cumplimiento de su deber de vigilancia y corrección del acoso escolar. Y es que se ha de recordar que, en este especial escenario, la pasividad del centro escolar se identifica como el criterio para determinar si la actuación de la Administración educativa ha sido correcta o no, independientemente de si ha existido acoso. Como ya se ha dicho, no es exactamente lo mismo que ocurre en el ámbito sanitario, donde si no existe vulneración de la *lex artis,* el daño no se entiende antijurídico. En este caso, el acoso y sus consecuencias siempre serán un daño que el menor no debe soportar, solo que si el centro acredita que hizo todo lo que pudo, la relación de causalidad entre este daño y la actuación del centro se rompe. La Administración quedará por tanto exenta de responsabilidad si, conforme a los criterios examinados *supra*, se acredita que cumple con el estándar mínimo y obligatorio de diligencia. En todo caso, por motivos evidentes, se hace desde aquí una última remisión a cuanto se ha analizado sobre la diligencia debida en el apartado correspondiente.

[139] STS de 25 de mayo de 2000 (rec. n.º 1495/1996).

[140] STS de 5 de noviembre de 1997 (rec. n.º 2807/1993).

[141] STSJ de Cataluña n.º 1683/2023 de 5 de mayo (rec. n.º 449/2019), FJ 4, con cita de las SsTS de 17 de marzo y 12 de mayo de 1982, 31 de enero y 11 de octubre de 1984, entre otras.

IV. CONCLUSIONES

Primera. El diferente régimen de responsabilidad extracontractual por daños según la naturaleza jurídica de cada centro escolar.

En la comprensión incuestionable de que la educación es un servicio público y presente que la CE ampara una doble red de centros de titularidad pública y privada, resulta esencial aclarar que sólo los centros sostenidos con fondos públicos —aquellos de titularidad pública y los privados pero concertados— forman parte del servicio público educativo. Si bien su diferente naturaleza jurídica afecta a su régimen de responsabilidad extracontractual. Así, mientras que los centros públicos quedan incuestionablemente sujetos al régimen de responsabilidad patrimonial ex art. 106 CE y art. 32 y ssg. de la LRJSP y LPACAP, los centros de titularidad privada, aunque estén concertados, quedan sujetos al régimen previsto en el art. 1.903 CCv. Por tanto, la prestación conjunta del servicio público educativo no implica una equiparación de los regímenes de responsabilidad extracontractual de estos centros.

Segunda. Delimitación jurídica del acoso escolar.

Pese a la importancia del tema y a los más de cincuenta años transcurridos desde que se identificó como problema a resolver, nuestro ordenamiento jurídico sigue sin ofrecer una definición legal de acoso escolar. Sí lo hacen; sin embargo, la doctrina, la jurisprudencia y los órganos consultivos que, en una línea muy similar, han ido identificando qué conductas, en qué contexto y en qué tiempos pueden ser constitutivas de *bullying*. La cuestión no es menor, puesto que, desde un punto de vista práctico, resulta fundamental diferenciar el acoso escolar de otros supuestos afines en los que, si bien concurre violencia, no cabe hablar de acoso escolar.

Tercera. Sobre el marco normativo del *bullying*.

Determinar cuál es el marco normativo del acoso escolar es una cuestión compleja y extensa que abarca desde el ámbito internacional hasta el derecho local. Ahora bien, será a nivel autonómico donde la regulación del acoso escolar tenga un mayor peso específico. Corresponde a las CCAA el desarrollo legislativo y la ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades. Es decir, será cada Administración educativa (autonómica) la que determine, con arreglo a su propia normativa, qué concreto desarrollo y puesta en marcha tienen los deberes de protección de los menores que se apuntan desde la legislación básica.

Cuarta. Necesarias matizaciones a la doctrina general de la responsabilidad patrimonial.

La doctrina general de la responsabilidad patrimonial resulta plenamente aplicable al ámbito escolar, si bien ésta debe ser objeto de matizaciones cuando se trata

de supuestos de responsabilidad por daños derivados de acoso escolar. La primera de ellas se refiere a una patente subjetivación de la responsabilidad patrimonial que deriva del empleo de la pasividad del centro como criterio para la determinación de la responsabilidad. Y es que demostrar la pasividad es tanto como demostrar la culpa. En segundo lugar, cabe hablar de una limitación de los títulos de imputación, reducidos en estos casos al funcionamiento anormal por culpa *in vigilando*. La tercera precisión implica entender que el *bullying* y los daños que del mismo derivan nunca podrán ser considerados daños que el menor tenga el deber jurídico de soportar. Por ello, en estos supuestos el foco se proyecta sobre la existencia o no de nexo causal y no en la antijuridicidad del daño.

Quinta. La necesaria delimitación del ámbito escolar.

Para que la Administración educativa responda de los daños derivados del acoso escolar, será necesario que el daño pueda vincularse a la función o actividad docente, a las instalaciones o elementos materiales o a la vigilancia o custodia de los menores; y, por tanto, que no pueda atribuirse a otros factores concurrentes ajenos al servicio y propios del afectado. De acuerdo con esto, el desarrollo de cualquiera de las actividades y servicios escolares —los relacionados con las actividades puramente docentes o lectivas (incluidos los recreos y los descansos entre clases), pero también las actividades extraescolares o la prestación de los servicios complementarios— puede hacer surgir el deber de la Administración de indemnizar, siempre que se haya producido una situación de *bullying* y que ante la misma se pueda hablar de pasividad del centro.

Sexta. La importancia de la carga de la prueba y de los medios probatorios.

Junto con la doctrina general de la carga de la prueba ex art. 217 LEC, juegan un papel fundamental en este tipo de procedimiento dos principios esenciales como son el de la mayor facilidad probatoria y el principio de adquisición procesal o comunidad de prueba. El primero de estos ha permitido a la jurisprudencia precisar, a la luz del art. 217.7 LEC, el alcance concreto de las normas sobre la carga probatoria en materia de responsabilidad patrimonial. Si se traslada esto al escenario específico de un supuesto de acoso escolar, el correcto planteamiento de la reclamación exige que el recurrente pruebe dos cuestiones capitales: de un lado, la realidad del acoso escolar y el alcance de sus daños; y, de otro, la existencia de relación de causalidad entre el *bullying* y el servicio público educativo. De este modo, compete a la Administración educativa acreditar que el colegio no incurrió en dejación del deber *in vigilando* de quienes tienen a su cargo a los menores, debiendo recurrir para ello a parámetros como la diligencia debida en el cumplimiento de dicho deber. Se produce aquí una inversión de la carga de la prueba similar a la que se aprecia en el art. 1903 CCv y

que ha llevado a parte de la doctrina civilista a apuntar una objetivación de la responsabilidad en este campo

La segunda cuestión que se plantea es la relativa al método de prueba más adecuado para acreditar el acoso escolar. Para estos supuestos, la aportación de un informe psicológico como pericial de parte es una prueba perfectamente válida, siempre que el mismo sea razonado y exhaustivo, y no base exclusivamente sus conclusiones en las meras manifestaciones del perjudicado, sino en pruebas psicodiagnósticas regladas y estandarizadas de personalidad, aptitud, adaptación personal, familiar, escolar y social, y conductas de acoso y violencia escolar con las que se puede medir a través de distintas puntuaciones la intensidad y alcance del hostigamiento sufrido permitiendo tener por acreditado el acoso escolar.

Séptima. El deber de la Administración educativa de vigilar y corregir el acoso escolar.

El título de imputación de responsabilidad a la Administración educativa en estos casos está integrado por la infracción del deber general de vigilancia que corresponde a los docentes, pero centrado en la obligación de vigilar y corregir una posible situación de acoso escolar. Para poder determinar cuándo y cómo se entiende debidamente cumplida esta específica obligación deberán tenerse en cuenta dos elementos claves: en primer lugar, un estándar de conducta mínimo y obligatorio que consiste en hacer todo lo posible, y junto a este, una serie de criterios específicos que permiten modular la diligencia exigible según las circunstancias propias de cada caso concreto, entre estos, la edad y las circunstancias especiales de los menores; el estado de conocimiento de las ciencias sociales sobre el acoso escolar; la adecuación de los medios y recursos de vigilancia y seguridad empleados por los centros educativos; la existencia o no de indicios de *bullying*; y la aplicación de los protocolos preceptivos de actuación y planes de convivencia.

Octava. La alteración o ruptura del nexo causal.

La posibilidad de establecer una relación de causalidad entre los daños derivados del acoso escolar y el servicio público educativo resulta innegable. Del mismo modo que el Consejo de Estado entiende imputables a la Administración los daños derivados de peleas y agresiones intencionadas, en la comprensión de que el normal funcionamiento del servicio educativo implica el deber de vigilancia necesario para evitar éstas, también lo serán los daños derivados del acoso escolar, conforme al mismo razonamiento. Las principales causas de afectación del nexo causal en los supuestos de responsabilidad por daños derivados de acoso escolar serán la intervención de un tercero y la concurrencia de la diligencia debida en el cumplimiento del deber de la Administración educativa. En relación con la primera, los supuestos de *bullying* pueden prestarse a confusión, pudiendo considerarse que la intervención de los aco-

sadores es tan intensa que rompe el nexo causal. Sin embargo, no es así, puesto que en la producción del daño concurren necesariamente tanto la acción de los acosadores como la pasividad del centro escolar. Por lo que se refiere a la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones de la Administración educativa, debe tenerse en cuenta que si el centro escolar acredita que hizo todo lo que pudo, la relación de causalidad entre el daño y la actuación del centro se rompe. La Administración quedará por tanto exenta de responsabilidad si, conforme a los criterios ya examinados, se acredita que cumple con el estándar mínimo y obligatorio de diligencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

COBO OLIVERA, T. (2008). *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común*. La Ley-El Consultor.

COBREROS MENDAZONA, E. (2020). Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado. *Revista de Administración Pública*, (213).

COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2016). *Acoso y ciberacoso escolar: La doble responsabilidad civil y penal*. Bosch.

DE LOS MOZOS, I. (1995). *Educación en libertad y concierto educativo*. Montecorvo.

DE LOS MOZOS, I. (2004). Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias. *Persona y Derecho*, (50).

DÍAZ MADRERA, B. (2007). *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo*. Reus.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2022). De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales: A favor de la doctrina del margen de tolerancia. *Revista de Administración Pública*.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2022). Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho. *Indret*.

DOMÉNECH PASCUAL, G. y MEDINA ALCOZ, L. (2024). Lección 32: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En *Manual de Derecho Administrativo* (3.ª ed., pp. 809-840). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. (Revista de Derecho Público: Teoría y Método).

ESTEVE PARDO, J. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo* (8.ª ed.). Marcial Pons.

FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*. Centro de Estudios Ramón Areces.

FRANCO-GARCÍA, M. A. (2016). Los nuevos criterios atributivos de responsabilidad patrimonial en el acoso escolar entre alumnos. *Actualidad Administrativa*, (4).

FUENTES I GASÓ, J. R. (2020). El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tras la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015, en particular por daños en la vía pública. *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2019*, (11).

GALÁN CORTÉS, J. C. y HINOJAL FONSECA, R. (1996). Valoración jurídica de los protocolos médicos. *Revista General de Derecho.*

GARRIDO FALLA, F. (2001). *Comentarios a la Constitución* (3.ª ed. ampliada). Civitas.

GÓMEZ DÍAZ-ROMO, A. (2018). *Responsabilidad patrimonial derivada de acoso escolar.* Tirant Lo Blanch.

GÓMEZ FERRER MORANT, R. (1973). El régimen general de los centros privados en enseñanza. *Revista de Administración Pública*, (70).

GÓMEZ MONTORO, A. (2003). Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional. *Revista Española de Pedagogía*, 61(226).

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2012). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Civitas, Thomson Reuters.

GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, S. (2022). *Responsabilidad patrimonial de la Administración*. Aranzadi.

GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, A. (2015). *Derechos educativos, calidad de la enseñanza y proyección jurídica de los valores en las aulas*. Tirant Lo Blanch.

GUILABERT VIDAL, M. R. (2019). *Acoso escolar y ciberbullying, tutela civil y penal*. Dykinson.

JIMÉNEZ BLANCO, A. (1990). Responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando* o *in omittendo*. *Poder Judicial*, (20).

JORDANO FRAGA, J. (1999). La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas. *Revista de Administración Pública*, (149).

LÓPEZ GARCÍA, M. (2018). La educación como derecho fundamental y como servicio público en España. En GONZÁLEZ RÍOS, I. (dir.), *Servicios de interés general y protección de los usuarios: (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)*. Dykinson.

MARTÍN REBOLLO, L. (1977). *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*. Civitas.

MARTÍN REBOLLO, L. (1996). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Consejo General del Poder Judicial.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. (1979). La Educación en la Constitución Española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza). *Persona y Derecho*, (6).

QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.) (2013). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Tirant Lo Blanch.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. (2006). *Acoso escolar: del mal llamado bullying hasta el acoso al profesorado. Especial análisis de la reparación del daño*. Atelier.

URIARTE RICOTE, M. (2012). La responsabilidad patrimonial de la Administración Educativa en el acoso escolar (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de febrero de 2011). En GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (vol. 1). Civitas.

VILLAR EZCURRA, J. L. (1979). El derecho a la educación como servicio público. *Revista de Administración Pública*, (88).

Jurisprudencia consolidada y vigente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria

Consolidated and current jurisprudence of the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court on matters of healthcare liability

César Tolosa Tribiño

Magistrado del Tribunal Constitucional

http://orcid.org/0000-0002-9363-3661

RESUMEN: Al afrontar la cuestión referente a la responsabilidad sanitaria, se ha partido tradicionalmente de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. Esta diferencia fundamental en el criterio de imputación provoca la existencia de peculiaridades importantes de la responsabilidad sanitaria. El estudio analiza la peculiaridad de los criterios de imputación de la responsabilidad sanitaria. Entre los criterios de imputación de la responsabilidad, se analizan la culpa anónima (déficit asistencial), la teoría del daño desproporcionado (culpa virtual), la teoría de la probabilidad estadística (*more probable than not*) y la teoría de la pérdida de oportunidad. En el presente trabajo se trata de analizar dichas peculiaridades, con fundamento en la doctrina que de forma reiterada ha ido sentando el Tribunal Supremo en sucesivas resoluciones.

ABSTRACT: When addressing the issue of healthcare liability, the distinction between obligations of means and of results has traditionally been the starting point. This fundamental difference in the attribution criterion gives rise to important peculiarities in healthcare liability. This study analyzes the peculiarities of the attribution criteria for healthcare liability. Among the criteria for attributing liability, the following are analyzed: anonymous fault (care deficit); the theory of disproportionate damage (presumed fault); the theory of statistical probability (more probable than not); and the theory of loss of chance. This paper attempts to analyze these peculiarities, based on the doctrine repeatedly established by the Supreme Court in successive rulings.

Recibido: 16-07-2025

Aceptado: 31-10-2025

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad sanitaria pública, culpa anónima (falta de atención), teoría del daño desproporcionado (culpa virtual), teoría de la probabilidad estadística (más probable que no), teoría de la oportunidad perdida.

KEY WORDS: healthcare liability, anonymous fault (care deficit), theory of disproportionate damage (presumed fault), theory of statistical probability (more probable than not), theory of loss of chance.

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. II. NOTAS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. III. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL. IV. LA PECULIARIDAD DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA. V. LA SUPERACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN ENTRE MEDICINA MEDICANA CURATIVA Y SATISFACTIVA. VI. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y ESTABLECIMIENTO DE CRITERIOS SINGULARES EN MATERIA PROBATORIA. **1. Culpa anónima (déficit asistencial). 2. Teoría de la facilidad probatoria (cargas probatorias dinámicas e historia clínica). 3. Teoría del daño desproporcionado (culpa virtual). 4. Teoría de la probabilidad estadística (*more probable than not*). 5. Teoría de la pérdida de oportunidad.** VII. LA PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. VIII. LA DIFICULTAD EN LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO RESPONSABLE. **1. Los supuestos de asistencia prestada por mutuas patronales de accidentes de trabajo. 2. Los supuestos de prestación sanitaria en centros concertados. 3. La posición de las compañías aseguradoras.** IX. LA FIJACIÓN DE LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA. X. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR FUERZA MAYOR Y LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO. XI. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD. XII. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD. **1. La responsabilidad dimanante de los defectos del consentimiento informado. 2. La responsabilidad por medicamentos defectuosos. 3. La responsabilidad derivada de los efectos adversos de las vacunas.**

Una de las facetas de la actividad administrativa que genera una mayor litigiosidad en materia de responsabilidad patrimonial es el campo sanitario.

Frente a la tradicional consideración de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, como una responsabilidad de naturaleza objetiva, en materia sanitaria podemos encontrar una cierta convergencia en la exigencia de los criterios de imputación de la responsabilidad entre la jurisdicción contenciosa y la civil, por cuanto la objetivación de la responsabilidad alcanza una menor aceptación. En efecto, al afrontar la cuestión referente a la responsabilidad sanitaria, se ha partido tradicionalmente de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. Se afirma que, aunque el fin perseguido por la actuación del médico es la curación del paciente, tal fin permanece fuera de la obligación del facultativo, por no poder garantizarlo, siendo el objeto de la obligación del médico una actividad diligente y acomodada a la *lex artis*.

Esta diferencia fundamental en el criterio de imputación provoca la existencia de peculiaridades importantes de la responsabilidad sanitaria, respecto de otros ámbitos de la actividad administrativa, generando un tratamiento específico con relación a los elementos esenciales que han de concurrir para la exigencia de la responsabilidad.

Uno de los elementos más directamente afectados es el relativo a la relación de causalidad, lo que ha determinado que existan criterios propios para establecer su concurrencia, al tiempo que se hacen necesarios mecanismos que permitan facilitar la actividad probatoria en el proceso.

En el presente trabajo se trata de analizar dichas peculiaridades, con fundamento en la doctrina que de forma reiterada ha ido sentando el Tribunal Supremo en sucesivas resoluciones.

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El art. 106.2 de la CE señala que: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

En la actualidad la regulación se encuentra contenida en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, recogiendo que **«**Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley**»**.

II. NOTAS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Las características fundamentales de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial son las siguientes:

1) Es un sistema unitario, por cuanto rige para todas las Administraciones públicas.

2) Constituye un régimen general, pues se aplica a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico, fáctico, por acción o por omisión.

3) Se trata de un sistema de responsabilidad directa, por cuanto la Administración cubre de forma distinta la actividad dañosa de sus autoridad y funcionarios, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia grave.

4) Es un régimen de carácter objetivo, por cuanto se prescinde de la idea de culpa para fundamentar la indemnización.

5) Trata de lograr una reparación integral.

III. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Durante mucho tiempo, la responsabilidad por asistencia sanitaria pública ha venido siendo exigida indistintamente ante diversos órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso, social), siempre con dudas acerca de cuál era el más pertinente.

Actualmente, de la lectura del artículo 9.4 de la LOPJ, así como del artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se concluye que atribuyen la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los siguientes casos:

1. Cuando el daño haya sido causado por centros sanitarios públicos y el personal a su servicio.

2. Cuando concurran sujetos privados a la producción del daño.

3. Cuando se accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

4. Cuando las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.

IV. LA PECULIARIDAD DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

La responsabilidad patrimonial de la Administración forma parte del sistema de garantía patrimonial de los particulares permitiendo que estos sean indemnizados conforme a lo previsto en el art. 106.2 CE.

Si bien respecto de la naturaleza de este tipo de responsabilidad se han mantenido opiniones dispares, la jurisprudencia se ha ido posicionando con claridad en torno a la idea de que se trata de una responsabilidad de carácter directo y objetivo como contraposición a la responsabilidad subjetiva propia del derecho civil (STS 6 de noviembre de 1998 y STS de 28 de noviembre de 1998, entre otras).

No obstante, ha de reconocerse que el amplísimo margen interpretativo que la regulación legal deja a la jurisprudencia ha determinado, ciertamente, que, en la práctica, el sistema de responsabilidad objetiva global sólo esporádicamente llega a ser realmente efectivo. La realidad es que el hecho de que el daño traiga causa de un funcionamiento normal o, por el contrario, de un funcionamiento anormal, aunque debiera ser indiferente, no lo es en la práctica. El análisis detallado de la jurisprudencia deja claro que, en la mayoría de los casos, esa objetividad no se tiene en cuenta y que, por tanto, los jueces y tribunales casi siempre tratan de identificar un funcionamiento anormal que justifique el nacimiento de responsabilidad.

El campo de aplicación del funcionamiento normal es más bien escaso y la regla es que en la mayoría de los supuestos en los que la Administración viene obligada a indemnizar es porque se aprecia que el daño antijurídico ha sido causado por un funcionamiento anormal de los servicios públicos, negando, en otro caso, que exista relación de causalidad o, sencillamente, negando que el daño sea antijurídico.

En materia sanitaria, siguiendo las reflexiones anteriores, es donde probablemente podamos encontrar una más clara convergencia en la exigencia de los criterios de imputación de la responsabilidad entre la jurisdicción contenciosa y la civil y donde la objetivación de la responsabilidad alcanza una menor aceptación. En efecto, al afrontar la cuestión referente a la responsabilidad sanitaria, se ha partido tradicionalmente de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. Se afirma que, aunque el fin perseguido por la actuación del médico es la curación del paciente, tal fin permanece fuera de la obligación del facultativo, por no poder garantizarlo, siendo el objeto de la obligación del médico una actividad diligente y acomodada a la *lex artis*.

La *lex artis* puede definirse como el «conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio», según el diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española. En

este sentido, y dando una definición más completa, el Tribunal Supremo ha fijado la definición de *lex artis* en reiteradas ocasiones, si bien una de las más completas fue la establecida por la Sala de lo Civil el 11 de marzo de 1991 (**RJ** 1991\2209).

En definitiva, como dice la STS de 16 de febrero de 1995, los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar (...) no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible.

Partiendo de esta doctrina general, en materia de responsabilidad sanitaria puede concluirse la concurrencia de dos principios básicos:

- En la valoración de la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda suerte de responsabilidad, más o menos objetiva.

- En esta materia no opera la presunción de culpa ni la inversión de la carga de la prueba, admitida para los daños de otro origen, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y de su relación de causalidad.

Por su parte la STS de 20 de julio de 2011 ha descompuesto las obligaciones del personal sanitario en los siguientes deberes:

A) Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales.

B) Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico.

C) Continuar el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta advirtiendo de los riesgos de abandono del tratamiento (...)

V. LA SUPERACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN ENTRE MEDICINA MEDICINA CURATIVA Y SATISFACTIVA

Si bien, durante años, la jurisprudencia vino a sostener que en los casos de la denominada medicina voluntaria o satisfactiva la obligación del médico no era de medios, sino de resultado, ese criterio ha venido siendo sustituido por otro según el cual la diferencia entre medicina necesaria y curativa, de un lado, y medicina voluntaria y satisfactiva, de otro, no debe alterar los postulados básicos sobre los que se asienta la responsabilidad civil médica.

En efecto, como luego veremos, la jurisprudencia ha seguido en este campo una importante evolución, dado que, si al principio se admitía una responsabilidad

en atención a que el resultado conseguido no era el esperado o deseable, es pacífica actualmente la doctrina que exige la necesidad de acreditar la mala praxis del facultativo a quien se reclama la indemnización.

En un primer momento, se afirmaba que, en los tratamientos de medicina necesaria, la obligación del facultativo iba a ser siempre de medios, al configurarse la relación jurídica entre el médico y el paciente como de arrendamiento de servicios, mientras que en la medicina voluntaria, la responsabilidad del facultativo iba más allá, convirtiéndose en una obligación de resultados, y definiéndose la relación jurídica entre médico y paciente como de arrendamiento de obra, o al menos, próxima a esta figura.

La STS de 25 de abril de 1994 se expresó en este sentido, al afirmar que en aquellos casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético (…) el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada.

Hoy podemos afirmar que, en ninguno de los dos casos, medicina curativa o satisfactiva, existe una responsabilidad médica de tipo objetivo. Dicho de otro modo, no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS contencioso, núm. 169/2018, de 6 febrero; STS núm. 418/2018, de 15 de marzo).

A modo de conclusión, excepción hecha de los supuestos en que el resultado se pacte o garantice, la actual línea jurisprudencial, con buen criterio, llama a superar la tradicional distinción entre obligaciones de medios y de resultado aplicada al campo de la medicina curativa y satisfactiva, respectivamente.

Manifestación de esta última tendencia jurisprudencial es la STS 828/2021 de 30 de noviembre, en la que se afirma que «Esta sala se ha cansado de repetir que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice; pues, en ambos casos, el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en

cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados».

VI. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y ESTABLECIMIENTO DE CRITERIOS SINGULARES EN MATERIA PROBATORIA

Tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo, una de las mayores dificultades en el seno del proceso de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria viene dada por los frecuentes problemas probatorios que se presentan, tanto en la vía civil como administrativa.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han ideado una serie de teorías que sirven para resolver estas dificultades, estableciendo una serie de criterios de carácter general que fijan una pauta aplicativa a los juzgados y tribunales y que permiten complementar la aplicación, en estos supuestos, de las normas generales en materia probatoria, esencialmente en lo referente a la exigencia de la relación de causalidad, al tiempo que se introducen novedosos criterios de imputación de la responsabilidad.

Es de destacar cómo muchas de estas teorías tienen su origen en la jurisdicción civil y, sin embargo, han ido siendo progresivamente acogidas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

1. Culpa anónima (déficit asistencial)

El problema que trata de solucionarse mediante la aplicación de esta doctrina es el de la individualización de la responsabilidad.

Se parte de la consideración de que la medicina actual es ejercida en grandes centros u organizaciones hospitalarias, lo que determina que muchas veces resulte difícil, cuando no imposible, identificar al sujeto concreto responsable de un acto sanitario, sin que ello pueda impedir la indemnización del perjudicado por tal acto asistencial cuando haya lugar a la misma.

En estos casos, ante la existencia de deficiencias asistenciales, no se requiere la individualización concreta del facultativo o facultativos causantes del daño para declarar la responsabilidad del ente sanitario, público o privado, prestador de la atención médica inadecuada.

En este sentido, tiene declarado la jurisprudencia civil que la responsabilidad no está subordinada a la individualización de un responsable concreto, toda vez que la acción negligente tuvo lugar en el círculo de actividades del centro hospitalario y por circunstancias que cabe atribuir a sus empleados, por lo que responde el centro

empleador, y consecuentemente su aseguradora, sin necesidad de identificación de los concretos sujetos responsables.

Esta doctrina, que surge en el campo civil, ha sido objeto de aplicación en el caso de la sanidad pública, a partir de la idea de los denominados déficits asistenciales.

Así, la STS de 17 de mayo de 2002 introduce el concepto del «conjunto de posibles deficiencias asistenciales», que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella.

La referencia a las deficiencias asistenciales (errores en la organización o faltas de servicio) son frecuentes en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado, imputándose al hospital demandado algún tipo de culpa genérica, aun cuando la misma no radique en algún médico o personal sanitario concreto, sino que viene referida a un defecto en el sistema general o un error en la organización del proceso de prestación del servicio respectivo.

2. Teoría de la facilidad probatoria (cargas probatorias dinámicas e historia clínica)

El principio de la facilidad probatoria se contiene en el art. 217 de la LEC. Se parte de la idea de que parece lógico y equitativo que quien disponga de la prueba en un determinado proceso sea quien la aporte, de tal forma que, si la administración sanitaria tiene en su poder las fuentes de prueba y se halla, por ende, en mejor disposición de acreditar unos hechos, pese sobre él la carga de su prueba.

Es muy interesante a nuestros fines la STS de 2 de diciembre de 1996, en la que se va a poner de relieve las graves dificultades que en materia probatoria tienen los particulares en este tipo de reclamaciones, dado que los facultativos demandados, por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión.

Se rompe así la regla general según la cual la carga de probar que el funcionamiento irregular del servicio ha provocado un daño antijurídico le corresponde a aquella persona que alega hechos que configuran su pretensión y reclama su cumplimiento.

Esta teoría se aplica fundamentalmente en tres situaciones en que se tiende a la inversión de la carga de la prueba: infecciones hospitalarias, el daño desproporcionado y la pérdida o deficiencias en la historia clínica.

Respecto a las infecciones hospitalarias o nosocomiales, la STS de 22 de noviembre de 2010.

La sentencia de la Sala 3ª del TS dictada en el recurso 772/2012 (RJ 2012, 10586) a propósito del daño desproporcionado.

Destacando, por encima de todas, la STC 165/2020, de 16 de noviembre (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020), que analiza un supuesto de pérdida o deficiencias en la historia clínica.

La sentencia estima la demanda presentada por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y declara la nulidad de la sentencia de 29 de mayo de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid (procedimiento abreviado núm. 482-2017), que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por responsabilidad patrimonial sanitaria derivada de daño moral causado por el fallecimiento del esposo de la recurrente por inadecuada asistencia médica, incluida la desaparición de dos electrocardiogramas solicitados por la esposa e hijos del fallecido y no aportados por la Administración.

El TC constata el incumplimiento por la Administración sanitaria del deber legal de custodia de la documentación clínica en los términos previstos en los arts. 17.1 y 14.2 y 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, lo que ha provocado indefensión para probar en juicio su pretensión indemnizatoria.

Entiende el TC que la consecuencia obligada del incumplimiento del anterior deber legal es la aplicación al presente caso del «principio de facilidad probatoria» que, a su vez, permite apreciar «la vulneración de los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al principio de igualdad de armas procesales, faceta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)».

Conforme a dicho principio en los casos en los que la administración dispone de una prueba sobre la cual el demandante funda su derecho, y aquella se niega sin causa justificada a su entrega con el fin de que pueda surtir efecto en el correspondiente proceso, sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva imponerle al interesado la consecuencia de la falta de prueba del hecho (SSTC 227/1991, de 28 de noviembre, 14/1992, de 10 de febrero, 7/1994, de 17 de enero, FJ 6, 98/1987,

fundamento jurídico 3, y 14/1992, fundamento jurídico 2116/1995, de 17 de julio, FFJJ 1 a 4, 61/2002, de 11 de marzo y 153/2004, de 20 de septiembre), sin que a su vez concurran en el presente caso ninguna de las dos excepciones que se recogen en la sentencia a la aplicación del citado principio, a saber:

A. Imposibilidad material y no de negativa injustificada de la Administración a la entrega del medio de prueba.

B. El deber de custodia del documento por una de las partes esté sujeto a un plazo normativo, y este ya se haya superado a la fecha en la que se solicita el documento por la otra parte.

3. Teoría del daño desproporcionado (culpa virtual)

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido aplicando la doctrina del «daño desproporcionado» como un mecanismo de presunción desfavorable para el médico demandado en el enjuiciamiento de su responsabilidad, presunción que puede generarse «a partir de un mal resultado de la intervención o tratamientos médicos, cuando su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común, revele inductivamente la penuria de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo o de lugar en su conveniente y temporánea utilización». (STS, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1996).

En la jurisdicción contencioso-administrativa la doctrina del daño desproporcionado comenzó a aplicarse más tarde que en la jurisdicción civil. La primera sentencia que la acoge es la STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 16 de diciembre de 2003 que se refería a las «consecuencias desmesuradas» originadas por una intervención de hernia de hiato que fueron «mucho más allá de lo previsible» y que «no son la consecuencia normal de la operación».

La STS, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2012, relata, minuciosamente, la evolución de la doctrina del daño desproporcionado en la jurisdicción civil antes de ser acogida en el ámbito contencioso.

Sintetizando la doctrina jurisprudencial en la materia, podemos concluir que, en aplicación de tal principio, se puede presumir la negligencia del facultativo cuando el daño causado es impropio del acto médico concreto, siendo desorbitado dados los riesgos propios de dicha intervención. Se trata, pues, de un resultado que no guarda proporción con la naturaleza de la asistencia médica recibida. Es necesario que entre la gravedad del daño y el contexto asistencial donde se produjo haya una desproporcionalidad manifiesta, notoria y evidente, esto es, un daño que no podría producirse en condiciones normales.

Es importante destacar cómo la aplicación de esta doctrina lleva a una inversión de la carga probatoria (no total) según lo establecido por el Tribunal Supremo. Así en la sentencia de 19 de julio de 2001.

Desde un punto de vista negativo, no puede calificarse de resultado desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio, pero encuadrable dentro de los «daños o riesgos típicos» de la intervención, es decir, las complicaciones que se estiman como bastante posibles aun observando el facultativo toda la diligencia exigible y aplicando la técnica adecuada.

4. Teoría de la probabilidad estadística (*more probable than not)*

Según esta teoría, para aquellos casos en que resulta imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el tribunal puede dictar sentencia condenatoria del demandado, dando por probada la relación de causalidad, cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un «grado suficiente de probabilidad», sobre todo cuando se trata de una «alta probabilidad», esto es, de una probabilidad próxima a la certeza de que el resultado es producto de una deficiente actuación sanitaria.

Así surge de la fórmula acuñada por la jurisprudencia norteamericana, en la que el criterio de la certeza en materia de relación de causalidad es sustituido por el de la probabilidad.

La STS de 23 de diciembre de 2002 conoce de la reclamación formulada por la madre de una niña que nació con parálisis cerebral infantil, con una disminución de la capacidad orgánica y funcional del 84 %, tras sufrimiento fetal agudo. A la hora de establecer la causa de tal sufrimiento surgen distintas hipótesis, aunque la más probable parece ser un período expulsivo prolongado.

En la STS de 4 de diciembre de 2007, rec. 4051/2000, en un caso de contagio post-transfusional de hepatitis C, declara que «[...] el tribunal de apelación aporta argumentos aptos para considerar que existe un grado de probabilidad cualificada suficiente para establecer el nexo de causalidad con arreglo al canon que en casos similares ha sido adoptado por la jurisprudencia de esta Sala».

En el mismo sentido, STS de 13 de julio de 2010, RC n.º 1523/2006.

5. Teoría de la pérdida de oportunidad

La doctrina de la pérdida de la oportunidad es una construcción dogmática que busca resolver aquellos casos en los que no se ha podido acreditar de un modo absoluto la relación de causalidad, de forma que se estima la pretensión del demandante concediendo el derecho a una indemnización cuya cuantía será inferior, en

todo caso, a la que habría correspondido si se hubiera probado con total certeza la existencia de la relación de causalidad. Con este mecanismo se logra la protección de las expectativas de la persona que ha sufrido el daño que ha generado la responsabilidad.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2014, se reitera en el criterio mantenido como doctrina consolidada por la Sala en el sentido de que: «La pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste (STS de 19 de octubre de 2011, recurso de casación núm. 5893/2006)».

En definitiva, la sentencia recuerda que hay dos aspectos esenciales a valorar cuando intentemos demostrar la posible existencia de un supuesto de actuación médica en la que no se han aplicado los medios, modos o formas ordinarios o protocolizados para evitar un mal que, finalmente, se produjo y que podía haberse evitado con carácter previo si se hubiera actuado de forma diferente a como se hizo, pero que no se aplicó en el momento oportuno:

A. Grado de probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior.

B. Grado o entidad del daño ocasionado.

La teoría de la pérdida de oportunidad suele aplicarse en el caso de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de la dolencia y en los de falta de información o consentimiento informado. Supuestos en los que, por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identifica el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo o por la de decidir, caso de haber sido informado del riesgo luego materializado, sobre la conveniencia de sustraerse a la intervención médica concreta.

VII. LA PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El criterio de la jurisdicción civil se ha sostenido por la jurisdicción contencioso-administrativa. Así la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de noviembre de 2012, recurso de casación 4598/2011, declara que «El antiguo artículo 28 de la Ley 26/1984 consideraba objetiva la responsabilidad por incumplimiento

de unos determinados niveles constatables de exigencia para los servicios sanitarios. Este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha».

VIII. LA DIFICULTAD EN LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO RESPONSABLE

El art. 21.1.b) LJCA considera parte demandada a «las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante», dando entrada así y dependiendo del tipo de pretensión ejercitada a una serie de sujetos privados que van a ocupar junto con la Administración la posición de demandados en el proceso.

Con carácter general y en cuanto a la determinación de la parte demandada, puede partirse de la afirmación de que la condición de codemandado, esto es la determinación de los que deben ser llamados al proceso desde la perspectiva de la legitimación pasiva, no deriva de la voluntad del recurrente-demandante, dado que este sólo viene obligado en su escrito de interposición a identificar la actividad administrativa que es objeto de impugnación, por lo que corresponde a la Administración y, de forma subsidiaria, al propio órgano jurisdiccional la obligación de traer al proceso, mediante el correspondiente emplazamiento, a todos aquellos que puedan aparecer como interesados.

En el campo de la responsabilidad sanitaria, encontramos algunos supuestos específicos que pueden resultar problemáticos a la hora de establecer correctamente la relación jurídico-procesal.

1. Los supuestos de asistencia prestada por mutuas patronales de accidentes de trabajo

En los casos en los que se produce una eventual negligencia médica en la asistencia sanitaria prestada por una mutua de accidentes de trabajo, el problema que se plantea es esencialmente competencial, dado que se trata de determinar si la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa o a la jurisdicción social.

La jurisprudencia ha optado por considerar que el orden competente para conocer de dicho procedimiento es el orden contencioso-administrativo. El motivo de

ello no es tanto el origen de la lesión o enfermedad en sí misma, sino que la mutua, pese a ser una entidad privada, presta esa asistencia sanitaria en virtud del correspondiente convenio.

En el auto de la Sala de Conflictos de fecha 19 de febrero de 2019 se establece: «Como se indica en el propio preámbulo de la Ley 35/2014, La presente ley atribuye a la jurisdicción del orden social el conocimiento de las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones de la Seguridad Social, incluidas las asistenciales, o se fundamenten en la gestión de las mismas, como son las de carácter indemnizatorio, con la finalidad de residenciar en el orden jurisdiccional especializado la materia e identificar a los titulares y legitimados, superando así las incertidumbres existentes».

Esa es la finalidad que persigue la atribución competencial al orden social de: «Las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión...» *a la que se refiere el nuevo texto del art. 68. 4* LGSS, «incluidas las de carácter indemnizatorio», en alusión a las prestaciones de tal naturaleza que son a cargo de las mutuas patronales.

De ninguna forma se está pretendiendo con ello modificar el régimen competencial vigente hasta esa fecha en materia de reclamación de daños y perjuicios con ocasión de la asistencia sanitaria, ni ha querido el legislador alterar el anterior esquema legal para incluir ese tipo de indemnizaciones entre las que pueden reclamarse a las mutuas en el orden jurisdiccional social.

Esa previsión legal queda estrictamente circunscrita a las indemnizaciones que, en concepto de prestaciones de seguridad social y con tal naturaleza jurídica, deben abonar las mutuas a los beneficiarios si les corresponde asumir su pago.

Lo que nada tiene que ver con las que debieren de afrontar en concepto de responsabilidad civil a consecuencia de la defectuosa atención sanitaria que pudieren haber dispensado, que continúan rigiéndose por la norma general en esta materia que atribuye su conocimiento al orden contencioso administrativo.

2. Los supuestos de prestación sanitaria en centros concertados

La asistencia sanitaria garantizada por el sistema público de salud no siempre se sustancia a través de medios propios, siendo relativamente frecuente que entre en juego la figura del concierto con centros privados que se configuran como el efectivo prestador de la asistencia, como pueden ser las intervenciones quirúrgicas. La problemática que puede surgir posteriormente viene determinada por la dificultad de deslindar responsabilidades al ser varios los actores concurrentes.

En estos supuestos, tradicionalmente se han contemplado distintos escenarios:

A. «En caso de que la Administración dicte resolución expresa sobre la existencia de responsabilidad en el ente concertado, esta entidad podrá impugnar tal declaración, como también podrá cuestionarla en sus consecuencias indemnizatorias el particular reclamante. En ambas hipótesis, de signo contrario pues distintos son los intereses, la jurisdicción contencioso-administrativa extenderá su competencia también a la posible condena de los codemandados a los que se les pueda imputar responsabilidad, incluso en los casos en los que se exima de responsabilidad a la Administración. (sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2010, recurso 5164/2006).

En cualquier caso, esta condena a los centros sanitarios concertados codemandados pasa por la mínima e inexcusable condición procesal de que la demanda ejerza la pretensión de condena a los mismos de forma alternativa, solidaria o subsidiaria, pues en caso contrario no podrán ser objeto de condena».

B. En cambio, en caso de que la Administración omita su deber o carga legal de declarar la responsabilidad propia o del ente concertado, sirviéndose de la desestimación presunta, el particular podrá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, con emplazamiento del ente concertado, pudiendo tener lugar una doble situación.

1) que la demanda se limite a ejercer la pretensión de condena frente a la Administración, caso en que ésta podrá ser condenada en solitario, tanto si se acredita su implicación efectiva en los hechos desencadenantes de la responsabilidad, como si se acredita que la responsabilidad inmediata y directa sea exclusivamente del ente concertado, supuesto en que le quedará a aquélla la vía de repetición o reembolso, previo expediente al efecto.

2) que la demanda ejerce la pretensión de condena de forma alternativa frente a la Administración y al ente concertado, de manera que, si se acredita la exclusiva responsabilidad del ente concertado, la sentencia deberá condenar solamente a la entidad concertada.

C. El particular puede potestativamente plantear la reclamación directamente frente a la entidad concertada, lo que en su caso surtiría eficacia interruptiva de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, tal y como precisó la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2008 (rec.2911/2003).

Respecto de la acción de repetición de la Administración sanitaria frente al centro concertado, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo nº 1645/2018, dictada el 20 de noviembre.

La cuestión suscitada era si una vez determinada la responsabilidad patrimonial de la Administración declarada en vía administrativa por una deficiente asistencia sanitaria prestada por un centro concertado con la sanidad pública, la circunstancia de que la resolución administrativa declarativa de dicha responsabilidad efectúe la salvedad de que procede la indemnización, pero con la posibilidad de ejercitar la acción de repetición contra la entidad privada en régimen de concierto, hace necesaria la tramitación de un nuevo procedimiento para el reembolso de la deuda abonada por la Administración o si la misma resolución que accede a la indemnización constituye título ejecutivo suficiente para exigir el reembolso de manera inmediata y sin trámite alguno.

La conclusión que se alcanza es que, «cuando ante una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por deficiente asistencia sanitaria formulada por un perjudicado a la Administración, habiéndose prestado la asistencia por una entidad privada en régimen de concierto con la Administración; si la propia Administración tramita el procedimiento y en el seno del mismo se da plena intervención a la entidad concertada, se declara en la resolución que pone fin al mismo que procede la responsabilidad y se fija las indemnizaciones procedentes, pero imputando dicha responsabilidad al centro privado concertado, imponiendo la obligación de que proceda al pago de las indemnizaciones con derecho de reintegro del centro concertado, esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines».

3. La posición de las compañías aseguradoras

El principal problema que plantea el papel de las aseguradoras en la responsabilidad patrimonial sanitaria es el del ejercicio de la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

En el auto 2/2011, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia, de fecha 11 abril 2011 (conflicto 25/2010), se establece que «cuando la acción se ejercite solo contra la entidad aseguradora, con fundamento en el artículo 76 LCS, la competencia para conocer de ella se atribuye a la jurisdicción civil, porque en este caso no cabe atribuir competencia a los órganos de lo contencioso administrativo, dado que estos se encontrarían sin actividad administrativa que enjuiciar ni revisar y sin poder determinar, por lo tanto, si la misma ha sido o no conforme al ordenamiento jurídico, al plantearse ante los tribunales un conflicto limitado a relación entre privados, competencia que ha de atribuirse a la jurisdicción civil por al vis atractiva que le atribuye el ordenamiento jurídico (artículo 9.2 LOPJ)».

La STS núm. 321/2019, de 5 de junio, viene a mantener, igualmente, la competencia del orden civil en asuntos como el estudiado, por así exigirlo el carácter autónomo de la acción directa prevista en el art. 76 LCS.

Sin embargo, según sostiene la Sala de lo Civil, este enjuiciamiento exige examinar la responsabilidad de la Administración, en la medida en que tal responsabilidad se constituye en requisito previo de la posible condena a la aseguradora.

No obstante, tal enjuiciamiento de la actuación administrativa está sometida a los siguientes límites:

A. El pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa de esta.

B. Ese pronunciamiento solo posee virtualidad a los efectos del proceso.

C. No cabe reconocer competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración pública asegurada, para lo que debe seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente.

Ante estas situaciones, la sentencia va a fijar cuáles son las opciones jurisdiccionales que pueden utilizar los perjudicados.

Una segunda cuestión polémica se aborda en la STS de 15 de octubre de 2018, en relación con la aplicación del artículo 20. 8º de la Ley del Contrato de Seguros.

Según la referida sentencia: «si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de los daños y perjuicios […] No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuera imputable».

STS 17 de septiembre de 2020: «Si el perjudicado opta por no demandar a la aseguradora en vía contencioso-administrativa, cuando podía dirigir también la demanda contra ella conjuntamente con la Administración, no es factible que, una vez discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el artículo 20 de la LCS, que podían perfectamente haber sido reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso-administrativa».

IX. LA FIJACIÓN DE LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA

Se ha afirmado que: «El sistema de cuantificación judicial de los daños a la persona muestra un panorama de preocupante anarquía que conspira contra el valor de seguridad, equidad y justicia».

En este orden de ideas, se señala que el juego entre el principio de reparación integral, que inspira nuestro derecho de daños y discrecionalidad judicial, puede producir arbitrariedad en la fijación de las indemnizaciones.

Lo cierto es que la cuantía de las indemnizaciones establecidas por los tribunales no es homogénea, lo que provoca:

- Una compensación inadecuada, con subestimación o sobreestimación de los daños, dependiendo del criterio judicial en cada caso.

- Una imposibilidad de lograr un cierto efecto preventivo de las condenas, ante la falta de predecibilidad de las indemnizaciones fijadas.

- Un aumento de la lentitud en el proceso de abono de las indemnizaciones, que han de esperar dilatados períodos de tiempo para ser fijadas de forma definitiva.

Independientemente de tales consideraciones, existen otros dos aspectos muy relevantes. De un lado, la ausencia de certidumbres en cuanto al importe de las indemnizaciones provoca un incremento notable de la litigiosidad, en cuanto la parte prefiere acudir ante los órganos jurisdiccionales con la esperanza de lograr que el criterio subjetivo judicial, o la especial sensibilidad del tribunal, le otorgue un incremento de la indemnización. Esta misma situación tiene un segundo efecto reflejo, consistente en la dificultad de poner en marcha mecanismos eficaces de evitación de los procesos, singularmente el procedimiento de mediación, ante la incertidumbre de conocer cuál resulte ser la indemnización adecuada.

Los dos sistemas más frecuentes que encontraremos para proceder a la indemnización y cuantificación de los daños son: a) sistemas de baremos, b) sistemas de apreciación judicial.

El art. 34 de la Ley 40/2015 establece que «En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social».

En consonancia con tal posibilidad, la jurisprudencia ha establecido la regla del carácter orientativo de los baremos de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor para la fijación de la cuantía indemnizatoria. Así, según razona la STS de 3 de mayo de 2012, rec. casación 2441/2010: «… Ese sistema de valoración del daño que reputa infringido tiene carácter meramente orientativo, no vinculante

para los tribunales de este orden jurisdiccional a la hora de calcular la indemnización debida por título de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, regida por el principio de indemnidad plena o de reparación integral» (sentencia, entre otras, de 23 de diciembre de 2009, dictada en el recurso de casación 1364/2008).

En materia sanitaria, los mayores problemas a la hora de fijar las indemnizaciones no se producen al cuantificar los daños físicos, ni los daños patrimoniales, sino en los supuestos de resarcimiento del daño moral, ante la falta de existencia de criterios objetivos para su valoración.

Así razona la STS de 20 de febrero de 2012, rec. casación 527/2010, que «el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso. No hay baremo alguno al respecto».

En definitiva, según el Tribunal Supremo el daño moral no admite, por definición, una cuantificación según «criterios económicos», por lo que, «salvo que concurran otras circunstancias que permitan una evaluación distinta, sólo [cabe] acudir a la prudencia para fijar la indemnización», es decir, atender a la «experiencia del propio tribunal… sobre el valor del padecimiento humano en las distintas situaciones de la vida» (STS, 3ª, Sección 6ª, 5.5.2009).

Su determinación encierra, por tanto, un «alto componente subjetivo» y en consecuencia «Los daños morales escapan por su naturaleza a toda objetivación mensurable, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad».

X. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR FUERZA MAYOR Y LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO

El art. 32.1 de la Ley 40/2015 establece la obligación de indemnizar «siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley».

En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995 (rec. 303/1993), este concepto «se define por dos notas fundamentales, cuales son: 1) el ser una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus propios riesgos, 2) imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista».

Íntimamente vinculada a la fuerza mayor en el ámbito sanitario está la denominada cláusula de progreso prevista en el art. 34 de la Ley 40/2015, cuando prevé que «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos».

La STS de 5 de diciembre de 2007, rec. 3823/2000, declara que el criterio de imputación objetiva, exigido hoy, en el ámbito de responsabilidad de la Administración «no concurre en aquellos casos en que el paciente debe soportar los llamados riesgos del progreso, cuando los daños se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos»

Respecto de la carga de probar el estado de los conocimientos disponibles en un determinado momento corresponde a la Administración, según sentencia de 15 de abril de 2004.

Por otra parte, según la sentencia de 14 de octubre de 2002 (recurso de casación 5294/98), el estado de los conocimientos científicos y técnicos, a que se refiere la ley, es el nivel más avanzado de las investigaciones y comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

XI. LA PRESCRIPCION DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La regulación de la prescripción de la acción de responsabilidad se contiene en el art. 67 de la Ley 39/2015, cuando establece que «El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

Además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante. Con carácter general, en materia de responsabilidad patrimonial, el *dies a quo* del plazo de prescripción se computa desde que se produzca el daño o el acto que motive la indemnización, sin embargo, existen,

en los casos de daños físicos, consecuencia normal en materia sanitaria, una serie de supuestos especiales.

A. Los casos de daños de carácter físico o psíquico a las personas, supuesto en el que el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, tal y como textualmente señala el precepto legal.

B. Los supuestos de manifestación posterior del efecto lesivo que hasta tal momento se desconocían. En este caso, el plazo de prescripción no empieza a computarse hasta la exteriorización del daño.

C. Los supuestos de los denominados daños permanentes y continuados.

La STS de 10 de mayo de 2017 recuerda que «es necesario distinguir entre daños permanentes y daños continuados. Los primeros son aquellos en que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos, los daños continuados, son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada y sin solución de continuidad».

Por su parte, la STS Sala 1ª de 18 julio de 2019 señala que «aunque es cierto que la prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material, también lo es que es doctrina reiterada que señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico. El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.

No obstante, también es doctrina de la sala que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva. Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias.

Al llevar a cabo los tribunales esta labor interpretativa han de tener presente, por cuanto quedaría imprejuzgada la pretensión de fondo planteada, el derecho a la

tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida».

Una cuestión, que en su momento planteó cierta polémica y que hoy ha quedado resuelta, es la referente a los efectos que sobre el plazo de prescripción tiene la previa existencia de un proceso penal o de un proceso civil.

La STS 21 de marzo de 2000 señala a este respecto que «La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el art. 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980).

En materia de prescripción, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia 463/2019, de 4 de abril. rec. 4399/2017) ha dado respuesta a la cuestión de interés casacional relativa a *«si, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por secuelas derivadas de una accidente o prestación sanitaria determinante de una declaración de incapacidad laboral (administrativa o judicial), el dies a quo* del plazo de un año para reclamar se ha de situar en la fecha en la que —con conocimiento del afectado— se estabilizaron definitivamente las secuelas, como sostiene, sin fisuras, la jurisprudencia de esta Sala Tercera, o, como viene manteniendo la jurisprudencia de la Sala Primera, desde la fecha de la resolución administrativa o de la sentencia firme del orden social que declare tal situación de incapacidad».

Para la Sala Primera (civil) del Supremo el plazo se contaría desde esta resolución laboral final (la que declara la incapacidad), por interpretar restrictivamente la prescripción, descartando la presunción de abandono del ejercicio del derecho, y sin perder de vista el principio de indemnidad, por la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas no imputables a su persona o comportamiento.

Sin embargo, la Sala Tercera ha establecido que el *dies a quo del plazo de prescripción, es el de la curación o estabilización del enfermo, sin que sea necesario esperar a la previa declaración formal de incapacidad establecida en vía administrativa o judicial, porque,*

cuando se trata de responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabe entrar a valorar las consecuencias laborales de las secuelas que tienen su propio ámbito de reclamación y resarcimiento.

XII. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD

1. La responsabilidad dimanante de los defectos del consentimiento informado

Con carácter general debe señalarse que los meros defectos o la ausencia del consentimiento informado no puede, con carácter general, dar lugar a la exigencia de responsabilidad, dado que para que la responsabilidad surja es necesario no sólo un funcionamiento anormal del servicio público, sino que se requiere además que ese funcionamiento cause o irrogue al paciente un daño efectivo, individualizado y económicamente evaluable, que ese daño sea antijurídico y que entre el funcionamiento del servicio y el daño en el que concurran esos requisitos medie la lógica relación de causalidad. El art. 24 del Convenio de Oviedo ya establecía la posibilidad de resarcimiento en caso de daño derivado de un defectuoso cumplimiento de las obligaciones derivadas de la institución del consentimiento informado, al afirmar que «la persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley» si bien debe advertirse que no toda quiebra de las reglas reguladoras del consentimiento informado tiene que traducirse en un resarcimiento económico; al menos así lo entiende la STS, Sala 1.ª, de 27 de septiembre de 2001, según la cual «la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido) y en el caso no es de ver en que pudo influir una hipotética falta de información por escrito en el resultado lesivo».

Consecuentemente, **la falta de consentimiento informado en sí mismo no es indemnizable,** sino que debe ir acompañado de un daño o perjuicio, tal y como afirma la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de abril del 2011 (rec. 3483/2009): «Es jurisprudencia reiterada de esta Sala la que declara que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, pero que para que la misma sea merecedora de indemnización se precisa que a quien la invoca se le haya producido un daño antijurídico que no esté obligado a soportar».

Debemos hacer referencia igualmente, al supuesto resuelto por la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de fecha 2 de enero de 2012, cuando afirma «que el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis* y revela una manifestación de funciona-

miento anormal del servicio sanitario, siempre que, se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado».

No obstante, como ha señalado más recientemente la sentencia de 24 de septiembre de 2012 (casación 6137/2011), «[...] la jurisprudencia ha establecido que eludir el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación anormal del servicio sanitario que no da lugar per se a indemnización cuando no se ha producido un daño que haya que reparar como consecuencia de haberse conculcado esa *lex artis* citada, si bien en determinadas circunstancias esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir, que sin razón alguna le fue sustraída, cuya reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo (STS de 22-10-2009, 25-3-2010 y 9-6-2010, entre otras)».

Antes de adentrarnos en otras consideraciones, conviene que hagamos referencia al problema de la carga de la prueba del cumplimiento del requisito del consentimiento informado.

La carga de probar el consentimiento informado ha pasado en la jurisprudencia del paciente a la Administración, pues de corresponder al perjudicado se le impondría la carga de probar un hecho negativo, no obstante, y a falta de constancia escrita puede salvarse mediante otros medios probatorios –por ejemplo, testificales– concluyentes. Como señala la sentencia de la Sala 3.ª, de 3 de octubre de 2000 «la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad».

En definitiva, una vez acreditada la inexistencia de consentimiento, es a la Administración a quien compete acreditar, de forma fehaciente, que el hecho que la parte acredita indiciariamente como arriesgado no forma parte del catálogo de riesgos habitualmente asociados a la práctica *de* un determinado tratamiento.

2. La responsabilidad por medicamentos defectuosos

La STS de 21 de diciembre de 2020 se pronuncia sobre la cuestión planteada en ATS (contencioso), sec. 1.ª*, A 19-12-2019, rec. 5608/2019, consistente en determinar si la Administración sanitaria que realiza correcta y adecuadamente un acto sanitario debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización previamente autorizada por la autoridad competente (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios) o si,* por el contrario, la responsabilidad deber recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios.

La conclusión a la que llega el TS es que «la Administración sanitaria —cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la *lex artis*— no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello».

3. La responsabilidad derivada de los efectos adversos de las vacunas

Una cuestión jurídica de sumo interés en relación con la vacunación es la referente a la posible responsabilidad que pudiera derivarse de los posibles efectos adversos de la misma.

En principio, ninguna diferencia existe entre el tratamiento jurídico que debe darse a la posible responsabilidad derivada de los efectos adversos de las vacunas y los que se establecen para la responsabilidad sanitaria con carácter general, esencialmente en lo concerniente a la exigencia de la infracción de la *lex artis* para el nacimiento del derecho a la compensación indemnizatoria.

Lo que ocurre es que la cuestión puede tornarse más compleja, si nos planteamos el problema de cuál sea la vía para la exigencia de dicha responsabilidad, dado que podemos diferenciar claramente entre dos supuestos: a) supuestos en los que los daños se derivan de los efectos adversos provocados por la vacuna en su interacción con determinadas características físicas del paciente, y b) efectos adversos derivados de algún efecto secundario derivado de la propia vacuna o por el carácter defectuoso de la misma.

En el primero, la reclamación deberá dirigirse a la Administración sanitaria al amparo de la institución de la responsabilidad patrimonial, mientras que, en el segundo caso, la responsabilidad puede fundarse en la normativa sobre productos defectuosos y exigirse al laboratorio fabricante por la vía de la responsabilidad civil.

De este segundo supuesto es claro exponente la STJUE de 21 de junio de 2017, que se dictó como consecuencia de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Cour de Cassation (Tribunal de Casación, Francia) y tiene por objeto la interpretación del artículo 4 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, dirigiéndose la reclamación contra la compañía productora de la vacuna.

4. Infecciones nosocomiales

Señala la STS nº 446/2019, de 18 de julio, que: «Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto».

No obstante, en otros casos, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 23 septiembre 2009, ha recurrido a la falta de previsibilidad del daño y a la ausencia de antijuricidad en el proceder de la Administración, al declarar que:

En materia probatoria, en el supuesto que nos ocupa de las infecciones por asistencia hospitalaria en aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, recae en la administración la prueba de la ausencia de responsabilidad en la adquisición de dicha infección nosocomial. De modo que en materia de infecciones nosocomiales se produce una inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual el paciente solo tiene que acreditar la existencia de la infección hospitalaria y el daño ocasionado, el reclamante no debe de probar que los protocolos no funcionaron o no se cumplieron, sino que debe ser el reclamado, la administración, quien pruebe su existencia y cumplimiento.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, *de 22* de noviembre de 2010, se estableció la condena con inversión de la carga de la prueba, al establecer probada la infección y la ausencia de consentimiento informado, al declarar: «No puede afirmarse lo mismo respecto de la infección sufrida y la ausencia del consentimiento informado. La actora ha probado la

existencia de la infección y ha negado la prestación de un consentimiento informado a la intervención quirúrgica que le fue practicada, dicha regla se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las reglas de la *lex artis*, aportando los documentos justificativos de que se informó a la paciente de los riesgos de la intervención y de que recabó su consentimiento, así como que adoptó todas las prevenciones profilácticas que los protocolos médicos aconsejan para evitar las infecciones nosocomiales, pues es ella y no la actora la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que su actuación en los dos aspectos reseñados fue correcta, cosa que no ha hecho».

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica