

APUNTS SOBRE LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ

AUTOR: ANTONI FERRÉ MESTRE

Dr en Dret; Advocat

Professor associat Dret Administratiu UB

BIBLIOGRAFIA ELECTRÒNICA:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2009-2012

<http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/20130325%2013-Sec.%204%C2%AA%20y%206%C2%AA%20Responsabilidad%20patrimonial%20de%20las%20AAP.P.pdf>

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

Eduardo Paricio Rallo

http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1176/responsabilidad_patrimonial_15_paricio.pdf?sequence=1

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Memento Práctico Francis Lefebvre 2018-2019

<https://www.efl.es/content/download/53857/469979/version/1/file/memento-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-2018-2019-10.pdf>

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

BIB 2016\85722

Emilio Guichot

LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR POR COMPORTAMIENTOS NORMATIVOS CONTRARIOS A DERECHO: ANÁLISIS CRÍTICO DESDE LA PERSPECTIVA TRIBUTARIA

Juan Antonio Moreno Quirós

<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/39866/Tesis%20doctoral%20JAMQ.%20La%20acci%C3%B3n%20de%20responsabilidad%20patrimonial%20del%20legislador....pdf?sequence=1>

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Joaquín Tornos Mas

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/241813.pdf>

FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E INDEMNIZACIÓN

Edorta Cobrerros Mendazona

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2798278.pdf>

1. LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ I DELS SEUS AGENTS

1.1 Marc normatiu i funcions de la responsabilitat patrimonial de l'Administració

A.- INTRODUCCIÓ:

S'acostuma a definir la responsabilitat d'un subjecte com l'obligació que se l'imposa d'indemnitzar danys i perjudicis produïts per accions o omissions a ell imputables, subjecte a la concurrència de determinats requisits. És a dir, és la conseqüència que contra d'un gravita l'ordenament jurídic per la producció d'un fet lesiu sobre un patrimoni o interès protegit.

En aquest sentit, i partint de la consideració obligacional més general i ample, podríem recordar que les obligacions (i la d'indemnitzar així es configura) neixen dels contractes (responsabilitat contractual; però també dels actes en que intervé culpa o negligència (1.089 CC), que seria la responsabilitat extracontractual; i, dins d'aquestes obligacions *extracontractu* s'ha acostumat a distingir entre les provinents de fets delictuals (on intervé dol de l'agent) o quasidelictes (on intervé simplement la culpa o negligència).

El Codi Civil, ja en la seva redacció originària de finals del s XIX, va intentar unificar els sistemes de responsabilitat civil provinents de fets delictuals i quasidelictes, quan a les conseqüències reparadores del mal causat; però remetent al CP la responsabilitat derivada de fets tipificats com delicte o falta per la legislació penal (1092 CC). Pel demés, el text codificat intenta una regulació global de la responsabilitat del subjecte, amb inclusió del subjecte públic (art. 1905).

La responsabilitat extracontractual o aquil·liana es caracteritza per dues notes: la inexistència d'un vincle contractual o relació jurídica preexistent entre l'autor del dany i qui el sofreix (1.902 CC); i per una nota subjectiva: la culpa o negligència imputable a l'agent (art. 1089 CC).

Aquesta responsabilitat extracontractual és la que interessa en aquest tema; i de la mateixa en poden existir, parlant en termes generals, diferents tipus. Bàsicament podríem establir classificacions segons l'autor del dany i segons l'ordenament que la reguli.

Des del primer punt de vista, es pot regular una responsabilitat per fets propis o per fets aliens. La regulació civil ha begut tradicionalment de regular la responsabilitat per fets propis des d'una contemplació subjectiva, basat en l'apreciació de qualsevol gènere de culpa o negligència en l'autor del fet generador del dany. En canvi, la responsabilitat per fets aliens es fonamenta en imputar al responsable una falta de vigilància (culpa in vigilando) o desencert en l'elecció (culpa in eligendo).

1

B.-LA RESPONSABILITAT DEL PODER PÚBLIC: ASPECTES HISTÒRICS I DE DRET COMPARAT:

B.1.- Aspectes històrics

La redacció originària del CC contemplava la responsabilitat de l'Estat a partir de la responsabilitat extracontractual. I, des d'aquest punt de partida, el cinquè paràgraf de l'art. 1.903 admetia la responsabilitat indirecte de l'Estat quan obrés per mitjà d'un agent especial; però no es negava la responsabilitat directe si el dany fos causat pel funcionari a qui pròpiament corresponia la gestió.

Denuncia la doctrina (PARADA, GARCIA DE ENTERRIA) que, incomprensiblement, la jurisprudència inicial no va realitzar una interpretació literal de les paraules del text codificat; i es va entendre, generalment, que l'Estat tan sols responia de forma indirecte quan actuava a través d'un agent especial. En cap altre cas; en aquest només, i de forma indirecte. El fonament, està clar, radicaria en la culpa in eligendo. Equivalia, doncs, a declarar a la pràctica la irresponsabilitat del poder públic.

Amb aquestes mires tan estretes, la jurisprudència espanyola es va mostrar incapaç d'elaborar una teoria pròpia sobre la responsabilitat del poder i ben aviat es va sentir la necessitat

¹ Des d'una contemplació arcaica (decimonònica) podria semblar que la responsabilitat del poder públic significa quelcom semblant a la responsabilitat per fet de tercer, ja que s'obliga al poder a respondre per allò fet per un funcionari o agent; i per això convé desenvolupar aquesta introducció inicial tot advertint que el fonament legal de la responsabilitat civil per fet de tercer es troba en l'art. 1.903 CC, que preveu com circumstància d'exempció de la dita responsabilitat el demostrar la diligència del bon pare de família en la prevenció del dany. De no ser així, és a dir, d'existir responsabilitat per fet de tercer, s'atorga al perjudicat una opció: o reclamar a l'autor del dany o al que està obligat a respondre (1.903); en el darrer cas, existirà acció de repetició o de regrés del tercer que respon contra l'autor del dany (alguna doctrina -CASTAN- creu que aquest és un principi general tàcitament incorporat a l'art. 1904, l'aplicació del qual no pot limitar-se als casos que expressament regula, sinó que cal apli-car-ho a tots els casos de responsabilitat per fet de tercer en que sigui naturalment aplicable; altres, en canvi -ALBALADEJO-, limiten aquesta acció de regrés als casos de dependents que son els que expressament l'esmentat precepte regula).

de que, per via de modificació normativa, es creï un sistema de responsabilitat propi, deslligat dels preceptes civils. Reformes normatives que comencen en camps d'activitat sectorial, continuen en reconeixements genèrics per determinades Administracions i acaben formulant un sistema general aplicable a totes les Administracions. ²

Aquesta regulació general acaba, en l'actualitat, amb l'art. 106.2 de la Constitució, amb l'art. 54 de la Llei de Bases de Regim Local 7/85, de 2 d'abril (completat per l'art. 60 del Text Refós), amb la Llei 30/1992, de 26 de novembre (arts. 139 ss.), desenvolupada pel Reial Decret 429/1993, de 26 de març; i amb la normativa recent que deroga les dues anteriors normes: Llei 39/2015, d'1 d'octubre (arts. 65, 67, 81, 82.5, 86.5, 91, 92, 96.4, 114.1.e, DT 5a, DD2.d deroga RD 429/1993, DF 1^a.1); i Llei 40/2015, d'1 d'octubre (arts. 32 a 37, 73.1.d, 97.2, 114.2, 115).

³

B.2.- Dret Comparat:

Des del dret comparat, podríem observar principalment els següents sistemes, que ofereixen, respecte del sistema espanyol i de l'evolució descrita, interessants diferències:

- el Dret Francès construeix un sistema general de responsabilitat des del Dret Administratiu ⁴.

² Comença aquesta evolució amb la Llei de Ferrocarrils de 9 d'abril de 1.842, l'art. 14 de la qual regulava drets a indemnitzacions per determinats danys, prescindint de la regulació civil; la Constitució de 1.931 reconeix la responsabilitat subsidiària de l'Estat, però la remet a regulació legal (art. 41); la primera regulació legal fou l'Estatut Municipal de 1.935 (art. 209), d'escassa virtualitat pràctica. La Llei de Regim Local de 1.945 fa la primera regulació que fou realment efectiva i fou recollida als arts 405 a 409 del text Refós. Cal atribuir a la Llei d'Expropiació Forçosa de 1.954 la primera regulació general, els arts 121 i 122 de la qual estableixen el sistema de responsabilitat administrativa aplicable a tot dany provinent de l'activitat de les Administracions (previsions que desenvoluparen els arts 133 ss. del Reglament executiu). En el mateix sentit cal destacar els arts. 40 i 41 de la Llei de Regim Jurídic de l'Administració de l'Estat.

³ Es a dir, la normativa, davant la incapacitat demostrada per la jurisprudència i la necessitat social que reclamava determinades conseqüències davant dels danys soferts des del poder, es veu en la necessitat d'introduir un sistema de responsabilitat aliè al que regulava el CC, i construït des del Dret Administratiu, amb pressupòsits propis i requisits diferents i amb un sistema aplicable a totes les Administracions i a totes les activitats realitzades per aquestes.

⁴ La construcció del sistema s'escomet a través de la jurisprudència del Consell d'Estat, ja que des del punt de vista normatiu tant sols existien alguns preceptes especials, principalment en matèria d'obres públiques, que regulaven el sistema de responsabilitat per danys. La jurisprudència és la que fa la construcció d'un sistema general de responsabilitat administrativa com un sistema diferent de la responsabilitat extracontractual civil, amb pressupòsits i requisits propis, amb contingut peculiar i amb efectes definidors; a destacar especialment l'Arret Blanco, de 8 de febrer de 1.873).

- El Dret Italià utilitzà inicialment el sistema civil de responsabilitat directe per fet propi i de responsabilitat d'empleadors i comitents per fet de tercer; a diferència, no obstant, de la regulació legal espanyola, s'imposen d'entrada dues precisions que el fan radicalment diferent: la responsabilitat directa de l'Estat i el funcionament de la mateixa sense necessitat de culpa o negligència.

- El Dret Anglès partí del principi general d'irresponsabilitat de la Corona y responsabilitat personal dels funcionaris, que comença a tenir dificultats a mesura que s'incrementa l'intervencionisme de l'Estat; aleshores el sistema canvia pel sistema dit de l'acusat nomenat: l'Administració s'encarrega de designar el funcionari que assumirà el paper de demandat, cobrint-li però pel darrera les conseqüències econòmiques que rebi. Finalment, la Crown Proceeding Act de 1.947, creà un sistema de responsabilitat del poder sense diferències respecte de la dels particulars, ni en quan a regles materials ni en quan a regles procedimentals, situació molt avinent al sistema del rule of law ⁵.

- Al Dret Alemany es comença regulant la responsabilitat indirecte de l'Estat per actes il·lícits dels seus funcionaris, que es completa més endavant amb un segon supòsit que regula les indemnitzacions per actuacions realitzades conforme a dret. A partir sobre tot de la Segona Guerra Mundial, davant la inefectivitat de les dues categories anteriors, s'introdueix per la jurisprudència una tercera de residual, enormement casuística, que recull drets a indemnitzacions per actuacions sense culpa o per situacions de risc creades per l'Administració. Les darreres reformes, però, han instaurat un sistema general i únic de responsabilitat del poder.

C.-DISTRIBUCIÓ CONSTITUCIONAL DE COMPETÈNCIES:

Segons l'art. 149.1.18 de la Constitució, s'atribueix a l'Estat, en exclusiva, la regulació dels sistemes de responsabilitat administrativa de totes les Administracions Públiques. Es tracta, doncs, d'una competència normativa exclusiva que, entenem, impedeix normativa autonòmica o local que reguli la matèria. No podria ser d'altra forma, a la vegada, si entenem que és qüestió que afecta a la igualtat de tracte de tots els espanyols en l'exercici de drets (art. 149.1.1).

L'art. 92 de la Llei 39/2015 fa referència a la competència autonòmica per a determinar qui resoldrà els expedients de

⁵ L'evolució és molt similar als Estats Units.

responsabilitat patrimonial quan es dirigeixin contra entitats locals o autonòmiques: “En el ámbito autonómico y local, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local”

Entenem que això no vol significar el convertir aquesta competència normativa en compartida, ans, senzillament, el reconeixement indubtable a regular especialitats procedimentals derivades de l'organització pròpia.

1.2 CARACTERÍSTIQUES GENERALS DE LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ ESPANYOLA

Les característiques generals més importants de la responsabilitat patrimonial de l'Administració espanyola són el que el règim regulador és general per totes les Administracions; i que és un sistema de responsabilitat objectiva.

A.- RÈGIM JURÍDIC GENERAL:

El regim actual de la responsabilitat administrativa, manifestat en la legislació de desplegament constitucional esmentada, es caracteritza, a diferència de la normativa anterior, per fer una regulació de la responsabilitat general de totes les Administracions Públiques (NAVARRO), perfeccionant en aquest punt la normativa anterior la qual, si be s'havia interpretat en la mateixa forma general que procedeix interpretar l'actual, això no obstant tan sols referien expressament la responsabilitat de l'Estat. Es tracta, en qualsevol cas, d'una regulació general que abasta a totes les entitats integrants de l'Administració Pública, amb les precisions que després es realitzaran ⁶.

B.- SISTEMA DE RESPONSABILITAT OBJECTIVA:

Ho desenvoluparem més endavant, però val destacar d'entrada que un dels trets més característics del sistema és l'aplicació de la teoria del risc: el que fa néixer un risc a un altre ha de respondre del dany causat, independentment de les circumstàncies

⁶ Subsisteixen, no obstant, és evident, determinats preceptes sectorials que regulen de forma peculiar la responsabilitat administrativa, que no es poden considerar en oposició de la nova normativa, ans en la mesura que respectin el seu contingut i esperit i el desenvolupin; es poden considerar-se, entre d'altres, règims sectorials:

- El regim d'indemnitzacions per víctimes d'actes terroristes: RD 1912/1999, de 17 de desembre

- Indemnitzacions per funcionament de servei de correus: el RD 1298/2006, de 10 de novembre, que deixa vigent en allò que no sigui contradictori el Reial Decret 1829/1999, de 3 de desembre.

subjectives de la conducta de l'agent (dol, culpa, negligència o diligència).

Això significa bàsicament que:

-des d'una perspectiva general, la valoració de la culpa o negligència en l'actuació o omissió per part de l'agent productor del dany és del tot intrascendent:

- Tant als efectes del naixement de la responsabilitat de l'Administració: la negligència de l'agent no té transcendència per modular el naixement de la responsabilitat de l'Administració
- Com als efectes de la seva exclusió: la diligència de l'agent tampoc exclou de per sí la responsabilitat de l'Administració.
- Això vol dir tan com no considerar a cap efecte les causes d'imputabilitat o inimputabilitat de l'agent (com el grau de discerniment o de consciència).

- el sistema es fonamenta en la dada objectiva de la lesió. Això significa, a l'entendre de la doctrina, desplaçar la institució del tradicional aspecte subjectiu a l'aspecte del patrimoni del subjecte agraviat; la responsabilitat passa a reposar aleshores en un principi abstracte de garantia de patrimonis, deixant de ser una sanció personal per una actuació inadequada per convertir-se en un mecanisme objectiu de reparació (GARCIA DE ENTERRIA, PARADA) ⁷.

1.3 REQUISITS MATERIALS: LESIÓ INDEMNITZABLE, IMPUTACIÓ I RELACIÓ DE CAUSALITAT

Podríem establir d'entrada l'enumeració dels requisits de la responsabilitat administrativa que seran objecte de tractament; així, perquè existeixi obligació administrativa de respondre cal que concorrin uns requisits subjectius (A), uns d'objectius (B) i relació de causalitat (C); donant-se en un cas aquests requisits, l'efecte serà l'obligació administrativa d'indemnitzar (D).

A) REQUISITS SUBJECTIUS:

⁷ Amb una visió crítica, alguna doctrina parla de que el sistema significa la socialització del risc (NIETO) en la mesura que fa gravitar dins l'erari públic la indemnització dels danys soferts per qualsevol comportament administratiu si es donen els requisits legals (entre els quals no s'hi compta el dol o negligència de l'Administració)

En aquest punt cal examinar bàsicament tres qüestions: l'agent productor del dany, les qüestions subjectives referents al mateix, i el subjecte receptor del dany.

A.1 sobre l'agent productor del dany:

L'agent productor del dany, aquell al qual se li imputa l'acció o la omisió que ha generat l'efecte lesiu, ha de ser una Administració Pública. De forma contundent s'expressa l'art. 32.1 de la Llei 40/2015: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por Las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos”*

Aquesta afirmació, que sembla elemental, no està exempta de la seva dificultat; i cal efectuar el següent desplegament:

1.-El concepte formal d'Administració Pública ve formulat avui a l'art. 2.3 de la Llei 39/2015: *“Tienen La consideración de Administraciones Públicas La Administración General del Estado, Las Administraciones de Las Comunidades Autónomas, Las Entidades que integran La Administración Local, así como Los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en La letra a) del apartado 2 anterior.”* L'art. 2.2.a feia referència a *“organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de Las Administraciones Públicas”*.

Sense entrar en discussions doctrinals, el precepte considera dins les Administracions Públiques les anomenades entitats territorials i les institucionals que tinguin vinculació o dependència d'aquelles.

2.- Les empreses públiques, considerades com aquelles entitats de dret privat vinculades o dependents de l'Administració (art. 2.2.b de la Llei 30/2015), no son considerades com Administracions Públiques; en efecte, no tenen personalitat de Dret Públic, a l'estar constituïda sota formes privades, i subjectar per això íntegrament la seva actuació a branques de l'ordenament jurídic diferents al Dret Administratiu. Això no obstant, malgrat no ser considerades com Administració, se sotmeten al mateix règim de responsabilitat; així ho diu expressament l'art. 35 de la Llei 30/2015: *“Cuando Las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en Los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a*

La entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.

Per tant, el règim jurídic de la responsabilitat administrativa, regulat per dret administratiu, s'estén també a l'empresa pública si es pot entendre que aquesta empresa no és altra cosa que un mitjà instrumental de l'Administració Pública. Cosa la qual cal interpretar com una vinculació o dependència de l'empresa a l'Administració latent.

Amb això se superen velles disquisicions de si l'empresa pública gestora de serveis veuria regulat el seu règim de responsabilitat per la normativa aplicable al contractista; o si l'empresa pública prestadora d'activitat no considerada com servei públic ha de respondre sota un règim de dret privat. Disquisicions que en el passat varen tenir aportacions múltiples i contradictòries, tant a nivell doctrinal com jurisprudencial. Amb la redacció del precepte transcrit es tanca qualsevol polèmica: l'empresa pública, que actua sota dret privat, tant en la gestió de serveis públics com en la realització d'activitat econòmica, es sotmet al règim de responsabilitat regulat per dret administratiu (tant en la regulació material com en la procedimental).

3.- Anem a examinar, seguidament, el tema dels contractistes i concessionaris, que tan normativament, com jurisprudencial i doctrinal, es plantegen en un mateix sac.

En el Dret comparat, el tema del concessionari de serveis públic és tractat de forma diferent en els règims que tenim més propers ⁸.

Al dret espanyol, el tema ve avui regulat a l'art 196 y i Disposició Addicional 28ena de la Llei de Contractes del Sector Públic 9/2017, de 8 de novembre ⁹.

⁸ En el Dret Italià la responsabilitat dels concessionaris s'imputa directament a ells, però amb forts crits d'atenció per part d'alguna doctrina que reclama la consideració de la responsabilitat de l'Administració concedent sobre la base de la culpa in eligendo. En el Dret Francès, es parteix de la responsabilitat exclusiva del contractista i concessionari; però en cas d'insolvència es pot dirigir l'acció en contra de l'Administració Pública; en els casos de contractes, s'estructura una responsabilitat més ample per l'Administració, qui respon d'imprudència i dels danys originats sense culpa del contractista. A Alemanya, finalment, i per reformes legislatives diferents, s'ha introduït la responsabilitat directe de l'Administració Pública, sens perjudici de l'acció de regrés posterior en casos de culpa del concessionari o contractista.

⁹ Disposen aquests preceptes;

Artículo 196. Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros
1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

La doctrina (analitzant preceptes anteriorment vigents però amb contingut pràcticament idèntic ¹⁰) havia destacat sobre el règim de responsabilitat del contractista diferents aspectes d'interès, amb algunes precisions dels darrers corrents d'opinió:

i- dels danys derivats de contractistes l'Administració només en respon si l'acció productora del dany deriva d'una ordre administrativa o vicis de projecte elaborat per l'Administració. Així, la STS de 20 de juny de 2006, ja ha assenyalat que "enfrent de la regla general de responsabilitat del contractista pels danys i perjudicis causats a tercers com a conseqüència de l'execució del contracte d'obres, la responsabilitat de l'Administració solament s'imposa quan els danys derivin de manera immediata i directa d'una ordre de l'Administració o dels vicis del projecte elaborat per ella mateixa, modulant així la responsabilitat de l'Administració en raó de la intervenció del contractista, que interfereix en la relació de causalitat de manera determinant...."

ii- Per tant, si l'actuació material del contractista es limita a fer executor material d'allò que ha decidit l'Administració (sigui ordre, sigui projecte aprovat per ella, o sigui qualsevol altra decisió coercitiva que s'imposi a la voluntat del contractista), respondrà dels perjudicis, exclusivament l'Administració. Per tant, en aquest cas, no hi ha actuació concurrent. Es poden donar, però, diferents hipòtesis, a saber:

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de La Administración, será esta responsable dentro de Los límites señalados en Las Leyes. También será La Administración responsable de Los daños que se causen a terceros como consecuencia de Los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de La posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a La producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de Las partes contratantes corresponde La responsabilidad de Los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de La acción.

4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en La Legislación aplicable a cada supuesto

Disposición adicional vigésima octava. Responsabilidad de Las autoridades y del personal al servicio de Las Administraciones Públicas

1. La responsabilidad patrimonial de Las autoridades y del personal al servicio de Las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a La propia Administración, se exigirá con arreglo a Lo dispuesto en La Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en La normativa reglamentaria de desarrollo de La misma.

2. La infracción o aplicación indebida de Los preceptos contenidos en La presente Ley por parte del personal al servicio de Las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a La normativa específica en La materia.

¹⁰ Anteriorment eren els arts 198 i 214 de la Text Refós de 2011; i més anteriorment l'art. 97 del Text Refós de 2000; i més enrere encara, art. 98 de la Llei 13/1995.

- Imposició de voluntat administrativa i execució material del contractista. Aquí no hi ha actuació concurrent, i dels perjudicis en respondrà l'Administració de forma exclusiva, evidentment sota règim Administratiu. Amb possibilitat de repercutir al contractista en cas de dol o negligència en el compliment de les seves obligacions.
 - Actuació decidida pel contractista, en execució regular o irregular del contracte. Aquí tampoc hi ha actuació concurrent, i dels perjudicis en respondrà el contractista de forma exclusiva, evidentment sota règim civil.
 - Però no es poden descartar actuacions en què el perjudici sigui concurrent: en que influeixi en la producció del dany tant una decisió administrativa imperativa, com una decisió autònoma del contractista d'execució regular o irregular del contracte. En aquest cas caldrà aplicar el règim de concurrència que tractarem més endavant; cosa la qual a grans trets significa règim administratiu i imputació solidària (en relacions externes) si no es pot aïllar el grau d'intervenció de cada part. Aquesta darrera consideració en cas d'actuació concurrent en la producció del dany (Administrativa i actuació autònoma del contractista) de que el règim fora Administratiu, i que en aquest cas l'Administració té potestats per fer declaració de responsabilitat (pròpia del contractista) i quantificació i distribució de la mateixa, amb possibilitat de control posterior de la Jurisdicció contencioso-administrativa, no és una consideració ni molt menys pacífica; però segons el nostre criteri vindria emparada en la teoria de la concurrència de conductes en la producció del dany segons tracten els arts 33 i 35 de la Llei 40/2015; aquest darrer precepte remet al règim administratiu la regulació de la responsabilitat de l'Administració "*incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado*". Per tant, si hi ha actuació concurrent junt amb una Administració, hi ha règim de dret administratiu en qualsevol cas.
- iii- Sobre el requeriment previ, la doctrina n'ha destacat diverses qüestions>>; a saber:
- El que abans era per al perjudicat una exigència imperativa de dirigir necessàriament un requeriment a l'Administració ("... la reclamació es dirigirà a l'Administració que va atorgar la concessió..."), és ara

una simple opció o facultat ("...podran requerir prèviament...");

- Mentre el que anteriorment formulava i pretenia el perjudicat davant l'Administració era la pròpia reclamació indemnitzatòria dels danys i perjudicis soferts, havent de pronunciar-se aquesta no només sobre la procedència d'aquella, sinó també sobre "la seva quantia i la part responsable", quedant expedita la via contencioso-administrativa per al particular o el concessionari, si escau, ara és un mer requeriment a l'òrgan de contractació perquè es pronunciï únicament sobre "a quin de les parts contractants correspon - lògicament, a entendre de la pròpia Administració- la responsabilitat dels danys", sense que procedeixi fixar quantia alguna i sense que, per descomptat, aquest requeriment potestatiu pugui identificar-se amb l'exercici mateix de l'acció de reclamació indemnitzatòria, la qual "es formularà, en tot cas, conforme al procediment establert en la legislació aplicable a cada supòsit" i el termini del qual de prescripció, precisament, queda interromput per l'exercici d'aquesta facultat.
- El requeriment (d'informació) i la reclamació (de responsabilitat patrimonial) tenen diferent naturalesa: Hem d'insistir, per tant, en la diferent naturalesa, finalitat i efectes que té el requeriment potestatiu previ (art. 196.3), i la reclamació pròpiament dita (196.4); i és que, davant la possible discrepància entre l'òrgan contractant i el contractista, en funció de la concurrència o no en cada cas dels criteris d'imputació de responsabilitat dels apartats 1 i 2, respecte dels quals el perjudicat és totalment aliè i no té per què conèixer, o almenys pot dubtar sobre el seu abast, l'ordenament jurídic contempla una facultat del perjudicat que podríem denominar preparatòria de l'acció de reclamació, dirigida a obtenir el parer de l'òrgan contractant, amb audiència del contractista, sobre a qui correspon la responsabilitat dels danys;
- Cal comprendre la limitadíssima eficàcia o virtualitat de la resolució administrativa que posa fi al requeriment previ de l'article 196.3, doncs tenint en compte que es tracta de la mera opinió d'una de les parts contractants sobre qui pugui ser el responsable dels danys, la seva finalitat no és una altra que la de facilitar -atès que

tots dos contractants tenen ocasió de manifestar la seva opinió sobre aquesta qüestió- un major encert en l'estratègia processal del perjudicat quant a l'elecció del futur demandat o demandats, amb la consegüent repercussió de l'ordre jurisdiccional a seguir, de manera que o bé la resolució administrativa entén que el responsable dels danys és el contractista, perquè aquest així ho hagi admès expressament, en el qual cas és raonable pensar que el perjudicat, si no ha obtingut el rescabament, es dirigirà contra el contractista en la via civil; o bé la resolució administrativa estimarà que el responsable és el propi òrgan contractant, en el qual cas, i si no s'ha realitzat pagament voluntari, el perjudicat hauria de formular la corresponent reclamació administrativa per responsabilitat patrimonial; o bé, finalment, la resolució administrativa pot estimar que el responsable és el contractista, malgrat que aquest expressament negui la seva responsabilitat, en el qual cas, i en funció de la força de convicció d'uns i uns altres arguments, el perjudicat pot optar per dirigir la seva demanda civil únicament contra el contractista, o dirigir la seva reclamació administrativa contra l'Administració i, davant l'eventual desestimació expressa o presumpta, bé formular recurs contenciós-administratiu únicament contra l'Administració, o bé - preocupant de no deixar prescriure l'acció respecte del contractista- interposar el recurs contenciós-administratiu contra tots dos contractants. A tals possibilitats ha d'entendre's referida l'expressió de l'article 196.4 que les reclamacions dels tercers es formularan, en tot cas, "conforme al procediment establert en la legislació aplicable a cada supòsit";

- Lògicament, si el perjudicat no té dubte alguna sobre l'estratègia a seguir o de a qui li correspon la responsabilitat dels danys, podrà dirigir directament la seva demanda civil contra el contractista, o la reclamació administrativa i ulterior recurs contencioso-administratiu només contra l'Administració o contra aquesta i el contractista, sense necessitat d'obtenir prèviament el semblar de l'òrgan contractant;

iv- Encara que en el procediment administratiu (tant en referent al requeriment facultatiu previ de l'apartat 3 de l'article 196, com en la reclamació administrativa pròpiament dita de l'apartat 4, i de l'article 1.3 i següents de l'art. 82 de la Llei 39/2015) es dóna audiència i intervenció al contractista, això

no autoritza a l'Administració a alterar o modificar els termes de la pretensió efectivament feta valer en cada cas; allò que demani el peticionari limita la resolució per principi de congruència.

v- Però, a més, és improcedent que davant una reclamació per responsabilitat patrimonial de l'Administració aquesta dicti una resolució susceptible d'execució per la qual es declari la responsabilitat exclusiva del contractista o reconegui el dret del perjudicat a ser indemnitzat exclusivament a càrrec d'aquest, pels següents motius: 1) ni tan sols quan l'Administració està facultada per pronunciar-se sobre aquesta responsabilitat del contractista quan el perjudicat li pregunta sobre la qüestió, la resolució que es dicti evita que el perjudicat hagi de, en tot cas, formular la seva reclamació "conforme al procediment establert en la legislació aplicable a cada supòsit"; 2) en l'àmbit de la normativa sobre responsabilitat patrimonial no existeix cap precepte que autoritzi a l'Administració a reconèixer un dret indemnitzatori a favor d'un particular i a càrrec d'una altra persona física o jurídica privada, doncs no hem d'oblidar que 32.9 de la Llei 40/2015 deixa ben clar que els procediments previstos se seguiran, respecte dels danys i perjudicis causats a tercers durant l'execució de contractes, i quan siguin conseqüència d'una ordre directa i immediata de l'Administració o dels vicis del projecte elaborat per ella mateixa, per "determinar la responsabilitat de les Administracions públiques", no la possible responsabilitat del contractista; i 3) és contrari a la lògica jurídica que una Administració que no es considera responsable per entendre que la responsabilitat correspon al contractista o concessionari, pugui, no obstant això, valorar i decidir sobre la concurrència o no de la resta dels elements que configuren la responsabilitat patrimonial -que seria d'altres tals com el nexa causal, l'antijuridicitat o l'existència mateixa i quantia del dany. A no ser, està clar, que en la producció del dany concorrin realment tant la voluntat administrativa com l'execució material autònoma del contractista (concurrència de conductes en la producció del dany).

vi- Les anteriors consideracions suposen, sense perjudici del que seguidament es dirà en relació amb el silenci administratiu, el definitiu abandonament de la denominada doctrina de l'acció arbitral de l'Administració en els supòsits d'exercici directe de l'acció de reclamació administrativa indemnitzatòria.

Aquests comentaris anteriors són realitzats per les Ss del TSJ de Castella i Lleó núm. 2150/2008, de 6 d'octubre (JUR

2009\13571); de Galícia núm. 271/2017, d'1 de juny JUR 2017\170659); de la Rioja núm. 78/2016, de 10 de març (JUR 2016\77267) i de Catalunya núm. 738/2015, de 27 de novembre (JUR 2016\43129).

4.- En l'aspecte subjectiu de l'agent causant del dany cal examinar especialment la incorporació de la "persona física agent" dins la "persona jurídica responsable". Donat que, per tal que existeixi activitat de l'Administració Pública, al ser aquesta una persona jurídica, ha d'actuar a través de persones físiques que estiguin incorporades a l'aparell Administratiu. La dada de la incorporació a l'aparell administratiu de l'agent productor del dany és, doncs, una qüestió important i que planteja la seva pròpia problemàtica.

Valgui dir, per començar, que aquesta circumstància no és ni de bon tros visible, i per tant no s'exigeix, quan el fet productor del dany és una omisió o conducta passiva; en el qual cas la contemplació de la titularitat del servei o de la competència ha de ser títol suficient com per fer gravitar en l'Administració que la detenti la conseqüència reparadora corresponent.

En canvi, quan la producció del dany s'origina en una conducta positiva, cal que la mateixa, aleshores sí, emani d'una persona incorporada a l'estructura administrativa. La interpretació d'aquest requisit s'ha acostumat a portar de forma ampla i generosa, sent suficient que l'agent productor del dany estigui inserit dins la organització administrativa, en virtut de qualsevol títol -no necessàriament funcional-¹¹.

5.- En cas de conductes concurrents de diferents Administracions en la producció del dany, Poden plantejar-se temes materials i qüestions d'ordre processal.

5.1. Sobre els temes materials, importa indagar si respondrà una Administració o vàries, i en tal cas en quina proporció i, a més, si en règim de solidaritat o de mancomunitat. Per respondre a aquestes qüestions acostuma a ser transcendent l'anàlisi de la

¹¹ S'inclou al funcionari, autoritats, empleats, contractats; s'inclou àdhuc el simple gestor oficiós o de facto, i les persones que malgrat no ser funcionaris ni empleats, ni tan sols en els termes amples en que es consideren aquests conceptes, es troben situats sota l'autoritat o custòdia de l'Administració (GRACIA DE ENTERRIA). Únicament s'exclou els danys que produeixi el funcionari totalment al marge de les funcions del seu càrrec -ja que aleshores el funcionari no actuaria com a tal, si no com a persona particular- i els casos en que el dany antijurídic té origen en un delictes o falta penal comés pel funcionari -en el qual cas s'aplicarà la normativa penal- (Ss. TS 20.3.75, 5.3.77, 25.2 i 11.6.81 i 23.9.82, recordades per PARADA). Per manca d'incorporació a la plantilla administrativa, no respon l'Administració dels danys originats per Notaris o Registradors, malgrat exerceixin funcions públiques; i, es diu, tampoc respon dels danys causats per conductes de concessionaris i contractistes, com hem vist.

titularitat de la competència o del servei; pot tractar-se d'una competència compartida o no:

- Si estem en presència d'una competència exclusiva, això no fa desaparèixer la possibilitat de concurrència, sigui de facto, sigui per col·laboració. En qualsevol cas, l'Administració titular de la competència serà la que respongui dels danys que es causin en exercici de la mateixa: art. 33.2 Llei 40/2015. Per tant, no hi ha responsabilitat concurrent ¹².
- Actuació compartida derivada d'instrument jurídic: Si en canvi es tracta d'una competència compartida, l'actuació concurrent normalment derivarà d'un instrument jurídic que contempla la intervenció conjunta; i en tal cas, l'art. 33.1 de la Llei 40/2015 estableix la regla de la responsabilitat solidària, sens perjudici de què l'instrument jurídic regulador de la intervenció conjunta pacti la distribució de la responsabilitat entre els intervinents (pacte de distribució que entenc produirà efectes interns, sense excloure ni limitar la solidaritat externament). Solidaritat que ha de voler significar que front a tercer es respon indistintament per la totalitat i internament es respon per iguals quotes (1.137 i 1.138 del Codi Civil).
- Actuació compartida sense instrument jurídic: Si l'actuació compartida deriva de l'existència de competències de tots els intervinents: pot ser responsabilitat d'una sola o de varies en distint percentatge si per criteris de competència, interès públic o intensitat de la intervenció es pot determinar; cas contrari, respondran solidàriament: art 33.2 Llei 40/2015.

5.2 Aquesta actuació concurrent, a nivell procedimental, significa que el procediment administratiu s'ha de tramitar davant l'Administració que determini l'instrument jurídic que ha determinat l'actuació conjunta; o davant l'AP que participi majoritàriament en el finançament de l'actuació generadora de

¹² Així ja s'havia considerat anteriorment per la jurisprudència; encara que sigui una sentència civil i de Tribunals inferiors, creiem il·lustrativa a aquests efectes la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 28 de gener de 1.992, la qual en un dany causat en un Centre docent exclou de responsabilitat a l'Administració municipal, condemnada en primera instància, i manté la condemna respecte de l'Administració autonòmica, per quan la titularitat del servei correspon a aquesta i no consta que l'Ajuntament hagués assumit el servei de conservació del centre. Cosa la qual ens dona la idea que la simple titularitat del servei pot funcionar com títol d'imputació en casos d'inactivitat; però en casos d'activitat fa falta la titularitat del servei i l'efectiva assumpció del mateix.

responsabilitat; la qual donarà audiència a les restants Administracions (art. 32 ap 3 i 4 Llei 40/2015)

Això no obstant, com que la intervenció de més d'una administració, i llur intensitat o competències, no serà normalment qüestió pacífica, seguint MUÑOZ MACHADO podran donar-se els següents supòsits:

-acció de responsabilitat davant d'una Administració, i subsegüent plantejament jurisdiccional. En aquest cas, MUÑOZ MACHADO creu que el tribunal ve obligat a citar a termini com a demandades i codemandades a totes les Administracions intervinents en la producció del dany, a les quals el Tribunal, en la sentència, podria condemnar.

-realitzar el plantejament de la pretensió, en via administrativa, davant de totes i cadascuna de les Administracions intervinents; aleshores no ha d'existir inconvenient en acumular les accions en via contencioso-administrativa, sempre i quan la competència jurisdiccional sigui la mateixa (arts 34 i 37 de la Llei Jurisdiccional), acumulació que es podrà platejar per diferents camins: interposició de recursos separats i sol·licitud d'acumulació; o interposició d'un sol recurs contra les resolucions expresses o per silenci de totes les administracions intervinents, amb la facultat de l'òrgan jurisdiccional d'ordenar, si no estima la identitat de raó, la interposició separada dels recursos (art. 35.2 Llei Jurisdiccional). De pertànyer la competència a òrgans jurisdiccional diferents, l'acumulació no serà possible.

Condemnada una Administració de forma solidària amb altra, en relacions internes s'hauran de repartir l'import de la condemna; per la qual cosa existirà acció de repetició o de regrés, l'estructuració processal de la qual no conté cap precepte exprés dins el dret vigent.

6.- El cas de conductes concurrents d'una/es Administració/ons junt amb persones privades en la producció del dany, ve expressament contemplat a l'art. 35 de la Llei 40/2015. Pensi's en el cas de danys ocasionats per un producte comercialitzat amb manca de controls sanitaris.

La intervenció dels particulars com a co-productors del dany no exclou la règim administratiu de la responsabilitat (ni en la regulació del fons ni en la regulació del procediment); a tals efectes, l'art. 2.e de la LJ (redacció avui vigent derivada de

la reforma operada per la LLei orgànica 19/2003) atribueix a la jurisdicció contenciosa el coneixement de les pretensions de responsabilitat patrimonial de les Administracions *“aun cuando en la producción del daño concurren con particulares”*.

Apart de la responsabilitat del contractista quan actua en execució del contracte (que per cert, no és actuació concurrent), en aquests cassos hi ha diferents centres d'imputació en la producció del dany: un pertany a l'autoria de l'Administració; i l'altra pertany a l'autoria d'un particular; i ambdós participen en la producció del dany.

El fet de que l'Administració hi participa legitima al legislador a imposar en qualsevol cas el règim de responsabilitat administrativa; i per tant el receptor del dany haurà de presentar la corresponent reclamació davant l'Administració.

A grans trets, es plantegen els següents problemes:

- la resolució administrativa que posi fi a procediment de responsabilitat patrimonial, pot pronunciar-se només sobre la responsabilitat de l'Administració pública, o també sobre l'eventual responsabilitat dels subjectes privats que hagin pogut intervenir en el fet danyós? Encara que amb opinions discrepants, la submissió expressa que proclama l'art. 35 al règim administratiu no hauria de dificultar una resposta afirmativa.
- En el procediment administratiu, evidentment el particular que intervé junt amb l'Administració en la producció del dany tindrà la consideració d'interessat, amb els drets d'intervenció que això comporta dins el procediment.
- El repartiment de la indemnització entre els coautors (Administració i particulars) haurà de seguir els mateixos criteris que en els cassos de coautoria de diferents Administracions i que abans hem tractat.

7.- Actuació per delegació i responsabilitat administrativa: volem considerar en aquest apartat que, a través de les diferents tècniques de col·laboració, cooperació o tutela administrativa, és possible examinar casos en que unes Administracions exerciten competències la titularitat de les quals pertany a altres Administracions Públiques. En aquests cassos s'ha de partir de l'afirmació de que la responsabilitat ha de recaure en l'Administració titular del servei; i així ho entén l'escassa jurisprudència que tracta aquesta qüestió (S. TS. 24.3.92, en tema de llicència il·legal donada per Comissió

d'Urbanisme per subrogació de l'Ajuntament que no atorgà la llicència dins termini, on es condemna a l'Ajuntament). Sens perjudici, està clar, que l'actuació de l'òrgan gestor ha estat negligent, aquest és qui hauria d'assumir les conseqüències reparadores del dany.

8. sobre les qüestions subjectives referents a l'agent productor del dany:

S'obra aquest apartat per tal de deixar assentat que no s'exigeix, per declarar la responsabilitat de l'Administració Pública, la culpa de l'agent. Per tant és indiferent la intenció de causar el dany o manca de mesures exigibles per evitar-lo. Per això s'anomena regim de responsabilitat objectiva, que aplica la teoria del risc: el que fa néixer un risc a un altre ha de respondre del dany causat. Ho hem destacat abans com una de les característiques fonamentals del règim legal.

Regla que és conciliable amb la contemplació subjectiva d'aquesta culpa o negligència per contemplar l'acció de regress, en el seu cas, contra el funcionari o autoritat.

A.2. SOBRE EL SUBJECTE RECEPTOR DEL DANY:

La perspectiva subjectiva de la persona receptora del dany ha acostumat a estar silenciada en el tractament doctrinal i jurisprudencial de la institució. Ja que allò que importa no és aquesta consideració subjectiva de la persona danyada, ans la consideració objectiva del seu patrimoni; és aquesta la qüestió transcendent als efectes de la responsabilitat: és indiferent qui sigui el titular; el que importa és la lesió en el seu patrimoni.

Això no obstant, convindria precisar si és realment veritat que pot resultar danyat qualsevol persona; o si, pel contrari, d'aquest ample cercle d'hipotètics afectats convindria excloure els subjectes públics. En aquesta matèria cal advertir de que el projecte de Llei de Regim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú feia previsió expressa de que els subjectes públics també poguessin aparèixer com titulars passius i danyats per un comportament d'una altra Administració; aquesta previsió va desaparèixer del definitiu art. 139; i tampoc figura cap referència a l'actual Llei 40/2015, que continua afirmant que *“Los particulares”* (per tant només ells) *“tendrán derecho a ser indemnizados por las*

Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos” (art. 32.1).

L'escassa doctrina que s'ha fet ressò del tema (NAVARRO) creu encertada limitar el dret a reparació als particulars ja que, entre d'altres raons, les tensions i agressions entre Administracions Públiques han de venir contemplades en la normativa que reguli les relacions administratives. Malgrat tot, creiem nosaltres, que mentre no existeixi una normativa específica que reguli la matèria, una Administració danyada per una altra ha de tenir el mateix dret subjectiu a la reclamació reparadora, sense que pugi excloure's ni debilitar-se la responsabilitat de l'entitat danyant, ni molt menys, afirmar que per manca de normativa, no existeix obligació de reparació.

A.3 SOBRE EL SUBJECTE OBLIGAT AL PAGAMENT: EL CAS DE LES COMPANYIES ASSEGUADORES:

La redacció actual de l'art. 2.e de la LJ (que prové de la LO 19/2003) atorga competència a la Jurisdicció contenciosa pel coneixement dels afers referents a pretensions de *“responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, ... aun cuando ... cuenten con un seguro de responsabilidad”*.

I, en conseqüència, l'art. 21.1.c aprecia seran parts demandades en judici *“Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”*.

L'anàlisi de la intervenció de les companyies asseguradores ha de partir de la configuració dels aspectes materials i procedimentals que regulen les seves obligacions; bàsicament configurats a la Llei 50/1980, de 8 d'octubre (Llei del Contracte d'Assegurança); dels quals preceptes és de destacar especialment el seu art. 76, que configura l'acció directe del perjudicat contra l'assegurador *“para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar”*.

Per tant, cal considerar allò següent en cassos en que l'Administració disposi de contracte d'assegurança de responsabilitat amb una companyia asseguradora:

- La companyia asseguradora tindrà consideració d'interessada, i per tant amb dret a intervenir tant en el procediment administratiu com en el procediment contenciós.

- El perjudicat (o els seus successors) podrà escollir entre tres camins de reclamació: o be reclamar només contra l'Administració; o be formular davant l'Administració reclamació contra ella i contra la companyia asseguradora; o reclamar a la companyia asseguradora només en mèrit a l'acció directa de l'art. 76 de la LCS.
- Sembla que l'acció directa contra la companyia asseguradora requereix d'una prèvia declaració d'existència de responsabilitat administrativa (en seu administrativa o jurisdiccional, que es dictarà conforme Dret Administratiu); i a partir de l'existència d'aquest pronunciament podria plantejar-se l'acció directe de l'art. 76 de la LCS, a ventilar davant la jurisdicció civil: així es pronuncia la sentència del TS, Sala 1ª Civil, núm. 71/2014 de 25 de febrer (RJ 2014\1155) en un cas en que s'havia desestimat per silenci una pretensió de responsabilitat formulada davant una Administració i la jurisdicció contenciosa posteriorment havia anul·lat aquest pronunciament i declarat el dret a ser indemnitzat fixant la quantia de la indemnització (STSJ Murcia 14 de març de 2008); posteriorment els perjudicats formulen acció directe davant del Jutjat de Primera Instància de Murcia, contra la companyia asseguradora, dictant-se sentència d'1 d'abril de 2009 amb estimació parcial de la demanda (resolució que es manté després de l'apel·lació i de la cassació).
- L'acció conjunta contra l'Administració i la companyia asseguradora pot significar la condemna contra la darrera, que pot imposar la jurisdicció contencioso-administrativa, ja que a partir de la reforma de la LO 19/2003 si aquella és part codemandada pot resultar afectada per la condemna sense cap impediment (cosa que pot deduir-se igualment de la STS civil citada de 25 de febrer de 2014).

B) REQUISITS OBJECTIUS:

Els requisits objectius que es demanen per contemplar la responsabilitat de l'Administració pública son els següents:

1.-Ha d'existir una acció o omissió provinent del subjecte responsable. El terme d'acció o omissió té una significació enormement ample, i inclou tant els actes jurídics, com l'activitat material i la inactivitat; i, estar clar, inclou, i no exclusivament, els actes administratius i els reglaments; encara que respecte dels Reglaments existeix una jurisprudència contrària a acceptar que puguin ser font generadora de

responsabilitat (Ss. TS 14.3.75, 7.2.77, 26.1.78 i 27.10.80, esmentades per SANTAMARIA i PAREJO).

En matèria de responsabilitat administrativa, aquest element s'ha acostumat a referir al concepte de funcionament del servei públic, del funcionament tant normal com anormal del qual en respon l'Administració; l'art. 106 de la Constitució parla, en general, de funcionament del servei.

I en aquest sentit, la doctrina ha analitzat aquest element partint d'un concepte ampli de servei públic, que dóna cobertura a tot tipus d'activitat administrativa, i compren tant el servei públic en sentit estricte d'activitat prestacional, com l'activitat de policia o limitació, com l'activitat arbitral; fins i tot és imaginable l'existència de responsabilitat derivada de l'activitat de foment (PARADA); la jurisprudència és en comunió amb aquest parer doctrinal, i abunden les sentències del TS per les quals el concepte de servei públic a aquests efectes és sinònim d'activitat administrativa (Ss. 23.1.70, 14.4.81 i 21.9.84), o de gir o tràfec administratiu, o de gestió o activitat administrativa quotidiana o, en definitiva, del fer i actuar administratiu (SANTAMARIA PASTOR, PAREJO ALFONSO, NAVARRO).

2.- Conformitat o disconformitat amb ordenament jurídic? S'ha escrit molt sobre si aquesta activitat ha de ser contrària a l'ordenament jurídic. La referència normativa a que la responsabilitat es genera per funcionament normal o anormal del servei ja ens apunta la resposta: per l'aparició de la responsabilitat no s'exigeix conducta il·lícita.

Es més, no s'exigeix ni tan sols acte administratiu exprés, com hem manifestat; pot ser un acte o un fet o una inactivitat allò que la generi; i, en cas de ser un acte, podrà ser legal o il·legal.

A més cal tenir en compte que la simple il·legalitat d'un acte no comporta el dret a indemnització automàtica; ni, a la inversa, l'activitat legal implica l'inexistència de dret a indemnització. Ens podem trobar, doncs, amb quatre combinacions: acte legal que no genera responsabilitat; acte legal que sí genera responsabilitat; acte il·legal que no genera responsabilitat; i acte il·legal que sí genera responsabilitat. Perquè la legalitat i la responsabilitat es mouen per requisits diferents.

Que la il·legalitat no significa dret automàtic a ser indemnitzat avui ho diu l'art. 32.1 ap 2n de la Llei 40/2015. Vol significar, senzillament, que la simple anul·lació d'un acte no ha de comportar sempre la producció de perjudicis: ni es pot suposar que mentre l'acte ha sigut efectiu ha generat perjudicis al recurrent, ni es pot suposar que la seva anul·lació causi perjudicis a tercers. Aquests perjudicis ni son automàtics ni es poden suposar (pensem, per exemple, en pretensions només declaratives). Els perjudicis, d'existir, seran per qüestions diferents a la il·legalitat de l'acte, tindran els seus propis requisits i, si es produeixen, sens dubte, el dret a la indemnització resulta inqüestionable (està clar, si concorren tots els requisits).

Finalment, hem dit, la legalitat de l'acte no exclou el dret a la indemnització; ja que pot existir una afectació a un patrimoni, fruit d'una activitat legal i, en la mesura que no existeixi obligació de suportar el dany, existirà dret a indemnització.

Per tant, ens aboca el tema al comentari de dues qüestions immediates: primer el referent al funcionament normal o anormal del servei, i el segon referent a l'existència o no de l'obligació de suportar el dany.

3.- Funcionament normal o anormal del servei; l'estàndard de servei: I és que per comptes de parlar d'activitat legal o il·legal, s'acostuma a parlar de funcionament normal o anormal del servei. La doctrina que tracta el funcionament anormal del servei fa recurs a la doctrina francesa sobre la "faute de service", que equival a un funcionament defectuós, cosa la qual s'aprecia d'una simple comparança amb allò que hauria de ser el funcionament correcte d'acord amb la normativa que el regeix ¹³. GARCIA DE ENTERRIA centra l'atenció en que "funcionament anormal" suposa un concepte jurídic indeterminat, la concreció del qual s'ha de remetre a l'estàndard del nivell i del rendiment mig del servei de que es tracti.

El funcionament normal del servei, per la seva banda, no requereix tractament extens; ja que, com manifesta PARADA, la normalitat no admet definició que no sigui l'absència de patologia.

¹³ La doctrina francesa gradua la "faute de service" en diferents categories, aplicant categories més extremes en la prestació de determinats serveis públics que revesteixen característiques especials de protecció de l'interès públic.

Però s'acostuma a insistir, a més, que la normalitat del servei exigeix el respecte d'uns estàndards o nivells de qualitat determinats; podríem tractar, doncs, un nou requisit: la infracció e l'estàndard de servei. De forma que no existirà responsabilitat de l'Administració en el cas que malgrat la producció del dany s'hagin respectat aquests estàndards o nivells. Quan examinem la casuística ho podrem explicar millor:

- A l'apartat c.4.1., quan s'analitzen els cassos de reclamació per danys causats pel mal estat de les vies veurem com s'acostuma a exigir per declarar la responsabilitat de l'Administració titular de la via l'incompliment de l'obligació de conservar dins el marc dels límits exigibles. La conservació dins els límits exigibles significa, doncs, en el fons, un protocol d'actuació (exprés o no).
- A l'apartat c.4.3 i c.4.4., quan analitzem la responsabilitat de l'Administració educativa i sanitària, veurem que s'acostuma a insistir en què que els mitjans materials i econòmics de l'Administració no són il·limitats, a partir de la qual consideració en cada servei cal analitzar les conductes de la bona praxis (o protocols d'actuació, que a vegades existeixen expressament, i en d'altres poden inferir-se de la diligència ordinària); aquests protocols són estàndards de bona praxis, que poden estar o no formalitzats; i si no estan formalitzats, caldrà deduir-los dels usos admesos; i a partir dels mitjans normals disponibles i dels protocols de servei cal efectuar la interpretació de l'estàndard de servei.
- A l'apartat c.4.7, quan analitzem la responsabilitat derivada de la inactivitat, també cal posar en relació l'estàndard de servei amb els mitjans dels quals lògicament es disposen o caldria disposar. I a partir d'aquí definir igualment un protocol de funcionament (exprés o no).

4.- Existència o absència d'obligació de suportar el dany: Es desplaça, doncs, el requisit de la responsabilitat de l'esfera de la legalitat de l'acte que el genera a l'esfera patrimonial del receptor del perjudici. Ja que, es diu, allò decisiu serà que el subjecte que rep el dany no té obligació de suportar-lo. Així ho declaren avui els arts 32.1 i 34.1 de la Llei 40/2015 ¹⁴.

¹⁴ "Art. 32.1 Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados ... de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, .. salvo en los casos de ... daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley..

Art. 34.1 Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley "

La doctrina ha destacat que aquí rau la diferència entre perjudici (no sempre indemnitzable) i lesió (contra la qual sempre es té el dret a reparació). La lesió es caracteritza per la seva antijuridicitat, la qual cosa no vol dir que la conducta de l'agent sia contrària a dret, ans que el subjecte que la sofreix no té obligació de suportar-ho (GARCIA DE ENTERRIA).

La jurisprudència ha destacat que la antijuridicitat significa un requisit de contingut negatiu per la responsabilitat administrativa, que equival a la inexistència en dret d'un títol jurídic legítim que justifiqui la irreversible carrega imposada a l'administrat; de no ser així, ens trobem davant un dany injust, i per això cal indemnitzar-lo (S.TS. 4 d'octubre de 1.978); la antijuridicitat del dany desapareix al moment en que surt un títol que imposa a l'administrat la obligació de suportar la càrrega (S.TS de 3 de gener de 1.979), cosa la qual significa imposar a l'administrat l'obligació de sacrificar-se per la societat (S.TS. 27 de setembre de 1.979).

Aquesta serà la circumstància decisiva, tant en funcionament normal com anormal; però sens dubte es converteix en una dimensió transcendent quan es tracta d'una activitat anormal. Perquè en casos de funcionament anormal, la simple antijuridicitat de la conducta implica ja la no obligació de suportar el dany (Ss.TS 19.1 i 3.5.77, 3.1.79 i 2.6.82, esmentades per SANTAMARIA i PAREJO). Però en els casos de funcionament normal, l'estimació, aleshores, de la responsabilitat requerirà un particular examen de si l'administrat té o no l'obligació de suportar el perjudici. I en aquest examen caldrà partir, com diu l'art. 32.1 de la Llei 40/2015, d'allò que disposi l'Ordenament jurídic en norma amb rang de llei; existeix, doncs, reserva de llei en aquesta matèria (NAVARRO).

Sembla clar, però, que la llei no pot imposar el suport individual de qualsevol perjudici, i pot considerar diferents títols com a hàbils per a la imposició del deure (execució de contracte, acte judicial, acte administratiu).

Sembla clar, també, que el deure de suportar un determinat efecte danyí té un límit general en el dret a la igualtat davant la llei; que comporta la possibilitat d'imposar obligacions de suportar amb caràcter general i si no signifiquen discriminació per circumstàncies subjectives; sigui com sigui, si venen imposades per la llei, difícilment parlarem de responsabilitat de les Administracions Públiques, per tal de parlar, més aviat,

de la responsabilitat de l'Estat legislador, que més endavant serà objecte de tractament.

S'esmenta com exemple d'imposició de l'obligació de suportar danys la imposició d'obligacions tributàries i l'exercici de potestats administratives, en la mesura que comporten una regulació legal determinada, pot donar com a resultat freqüent la presència d'obligacions de suportar (SANTAMARIA i PAREJO, amb cita de les Ss.TS. 30.6.61, 13.12.66, 25.10.68 i 6.5.71); no gensmenys, els dos exemples que s'han donat, fan referència a l'exercici de sengles potestats (tributària i sancionadora). Però no sempre una potestat exercitada conforme a dret pot excloure l'existència de responsabilitat, i els mateixos autors darrerament esmentats relacionen una llarga llista de sentències on es configuren indemnitzacions en favor d'administrats en casos d'exercici legítim de potestats administratives (per exemple, sacrificis ramaders ordenats per raons sanitàries).

5.- Activitat o inactivitat materialment administrativa: Des del punt de vista de la normativa que reguli l'activitat o inactivitat, aquesta pot ser la normativa administrativa, la normativa penal o la normativa civil.

5.1. Tradicionalment la responsabilitat administrativa s'ha limitat a la primera: l'activitat o inactivitat sotmesa a Dret Administratiu.

L'activitat material regulada pel Dret Administratiu és enormement extensa i impossible d'acotar en referència al tema que ens ocupa.

La inactivitat materialment regulada pel Dret Administratiu pot merèixer algun comentari. Segons la doctrina tradicional (NIETO) la inactivitat administrativa significa l'incompliment d'una obligació d'actuar imposada per l'ordenament jurídic; i aquesta inactivitat material pot conduir-se a l'anomenada inactivitat formal a través de les tècniques del silenci; encara que la regulació actual de la LJ (arts. 29 i 30) admet pretensions directes contra inactivitat material davant la jurisdicció (amb reclamació prèvia a l'Administració que s'entendrà desestimada pel transcurs de 3 mesos si no es contesta; o d'1 mes si es tracta de l'execució d'actes fermes) i contra actuacions materials constitutives de via de fet.

I aquesta inactivitat, material o formal, sigui legal o il·legal, pot ser productora de danys que caldrà indemnitzar, en la mesura en que es donin tots els pressupostos de la

institució. Sobre aquesta inactivitat resulta d'interès efectuar tres precisions:

-que la inactivitat formal, en la mesura que significa venciment dels terminis per dictar resolució expressa, significa sempre funcionament anormal del servei. Ara bé, aquesta sola circumstància no significa que hagi de ser forçosament il·legal.

-en la mesura que la inactivitat formal és sempre funcionament anormal, pot existir un dret enormement ample a rescabalar-se si més no dels perjudicis que el retard pot significar en el patrimoni de l'administrat.

-finalment, en el regim de la nova Llei 39/2015, la inactivitat formal, malgrat que en la seva redacció actual ja no precisa de certificat per a la seva eficàcia (art. 24.4), quan es demani aquest certificat, la no expedició del mateix genera una inactivitat formal nova i diferenciada, de tipus processal o adjectiu, que pot generar responsabilitat disciplinària del funcionari, que no exclou, a la vegada, la de l'Administració derivada de la que s'acrediti per la conducta de no expedir el certificat.

5.2. Tradicionalment també, si l'activitat o inactivitat de l'Administració és constitutiu d'algun delictes o falta tipificat a la normativa penal, s'aplicarà aquesta normativa (que desplaça en conseqüència el règim de la responsabilitat administrativa). Aleshores, doncs, la responsabilitat de l'Administració es remet a la legislació penal, a ventilar en els corresponents procediments davant la jurisdicció de l'ordre penal.

La responsabilitat penal del personal al servei de l'Administració compta però amb alguna referència a la Llei 40/2015 (art. 37) ¹⁵.

5.3. L'activitat o inactivitat de l'Administració sotmesa al dret privat (i l'activitat o inactivitat de les seves empreses públiques, sempre sotmeses a dret privat): El plantejament tradicional remetia igualment al dret privat (i a la jurisdicció

¹⁵ Artículo 37. Responsabilidad penal.

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

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

de l'ordre civil) la regulació del règim aplicable; però el tema té tal importància, que el tractarem més endavant amb la profunditat que mereix.

6.- Causes d'exclusió de l'antijuridicitat: Ho hem afirmat ja anteriorment, però valdrà la pena insistir-hi, que no és necessari la il·licitud o antijuridicitat de la conducta o omissió materialment regulada pel Dret Administratiu. Requisit que sí és necessari en dret civil; per tant, les causes que funcionen en dret civil com d'exclusió de l'antijuridicitat son intrascendents als efectes de la responsabilitat administrativa. Per exemple, legítima defensa o estat de necessitat, dany causat amb consentiment de la víctima (volenti non fit in iura) o dany causat en exercici de propi dret (neminem laedit qui suo iure utitur), son circumstàncies que lleven la responsabilitat civil i no lleven la responsabilitat administrativa. Això sens perjudici de les mititzacions que es realitzaran al parlar de la relació de causalitat.

7.- Producció de dany: L'actuació o omissió materialment regulada pel Dret Administratiu ha de ser productora o generadora de dany.

L'estudi d'aquest requisit ens obliga a situar-nos en el patrimoni del subjecte lesionat i examinar la lesió produïda per l'acció o omissió de l'Administració Pública.

Sobre el concepte de dany, és de destacar el concepte ample del mateix que segueix la normativa, la doctrina i la jurisprudència. Des d'un punt de vista normatiu, l'art. 32.1 de la Llei 40/2015 és mostra clara de l'amplitud, que el defineix, el dany, com una lesió sobre qualsevol bé o dret; i en conseqüència compren:

-l'afectació negativa a qualsevol dret subjectiu, sigui perfecte o limitat. Es el supòsit més normal i clara d'afectació i, per això, el seu tractament no ofereix dificultats destacables.

-els danys corporals o el dolor físic, avui expressament considerats a l'art. 67.1 de la Llei 39/2015 i a l'art. 32.2 de la Llei 40/2015; són danys a l'esfera personalíssima del seu titular, i han de ser, també, igualment indemnitzables; amplament tractat en la jurisprudència civil i penal, més avesades a la consideració d'aquest tipus de danys (S. TS.2.2.80).

-els danys morals, antuvi negats de rescabament per la jurisprudència, avui s'admeten com a danys indemnitzables sense discussió (altra cosa és la determinació de la quantia del dany, enormement controvertida); són danys psíquics o psicològics (els danys psíquics, avui expressament contemplats a l'art. 67.1 de la Llei 39/2015), encara que no se'ns pot amagar que el concepte de dany moral es presenta d'entrada com més ample i, per això, amb més virtualitat en el seu tractament jurídic. Ve a representar el preu del dolor (pretium doloris) que produeix un dany diferent al físic directe sobre la persona del titular; i a l'afectar a la dignitat de la persona, aquesta afectació adquireix dimensió constitucional per la cobertura que li presta l'art. 10 de la CE ¹⁶.

¹⁶ Avui, la jurisprudència sobre danys morals és copiosa; de la qual en destaquem:

- STS 2361/2016, de 4 novembre (RJ 2016\6032) considera dany moral indemnitzable la dilació d'un procediment penal que va acabar amb sobreseïment (es considera que es va allargar indegudament l'anàlisi de la documentació que justificava el sobreseïment de la causa), reconeixent una indemnització de 30.000 €.
- STS de 24 de novembre de 2015 (RJ 2015/5365), que tracta sobre la valoració del dany moral derivat de l'exigència de responsabilitat comptable pel Tribunal de Comptes, que es va acabar amb l'absolució, però que va durar més de vint anys en els quals el damnificat va suportar danys en la imatge personal, familiar i professional, amb ressò. El Consell de Ministres va acceptar el funcionament anormal del Tribunal de Comptes i va valorar el dany moral en 18.000 euros. El Tribunal Suprem, admetent que la demora del procediment comptable va afectar el recurrent i la seva família, obligant-lo a reiniciar la seva vida a ciutat i ambient diferent, i suportant la tempesta mediàtica molt de temps, estima el recurs contenciós-administratiu i eleva la indemnització a 50.000 euros. D'aquesta sentència són d'interès les següents consideracions:

"Mayores problemas ofrece el daño moral ... porque en tales supuestos no solo su concurrencia sino y sobre todo su valoración, ofrece la complejidad de su afección a la esfera íntima de la persona para la que no existen criterios concretos para su valoración ni para su apreciación por estar basados necesariamente por en grado de subjetivismo en quien lo padece. Se suma a ello que la variedad de supuestos que puede ofrecer este daño moral es variada y compleja, y si bien encuentra su manifestación más directa en los daños físicos ocasionados a las personas y la repercusión personal de los mismos ---"pecunia doloris"---, tiene un ámbito más amplio que comprende todo "acontecimiento que produzca una aflicción en la persona, como puede ocurrir con el menoscabo de su intimidad o de su honor... se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr., F. 8, <<nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) [...]>> En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, <<la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]>>". (sentencia de 30 de junio de 2006 (RJ 2006, 6580) ; recurso de casación 217/2005).

...

es de recordar que el daño moral está plenamente aceptado ya en la cláusula omnicompreensiva que impone el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando se refiere a la finalidad de la responsabilidad de indemnizar "toda lesión", como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia, antes mencionada; sin embargo, no está exento de dificultad su reparación, en cuanto tiene un componente personalísimo por su carácter afectivo que no permite el establecimiento de reglas de valoración objetivas, apareciendo siempre un importante componente subjetivo tanto en su fijación como en el propio perjudicado, obligando a

establecer la cuantías de su resarcimiento partiendo de las circunstancias personales que concurran, aun cuando siempre han de tener un componente de discrecionalidad difícilmente objetivable, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente por la jurisprudencia ---por todas, sentencia de 7 de julio de 2014 , antes citada, con abundante cita”

- STS de 19 de maig de 2015 (RJ 2015/2448), en un cas de vasectomia i subsegüent embaràs, de la que transcrivim allò següent:

“Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre -ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata-, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53) , «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]».

- La S. de 13 de juliol de 2002 (Ar. 7655), recorda que:

«... La indemnización por el pretium doloris tiene un alto componente subjetivo, por lo que debe fijarse en una suma razonable (sentencias, entre otras, de 2 de diciembre de 1995 -Ar. 9878-, 20 de julio de 1996 -Ar. 5717-, 24 de enero de 1997 -Ar. 739-, 26 de abril -Ar. 4307- y 5 de junio de 1997 -Ar. 5945-, 20 de enero de 1998 -Ar. 350-, 16 de marzo -Ar. 3336- y 18 de mayo de 2002 -Ar. 5740-, entre otras, y así es como, en definitiva, ha procedido el Tribunal a quo , al apuntar esas razones para adoptar la que, a su juicio, ha considerado prudentemente como indemnización adecuada por el perjuicio moral sufrido por el recurrente»...

Esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, hasta conformar doctrina legal (Sentencias, entre otras, de 20 de julio de 1996 [Ar. 5717], 5 de febrero de 2000 [Ar. 2171], 7 de julio [Ar. 8003] y 22 de octubre de 2001 [Ar. 10094]), que "la fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, sin que sea revisable en casación siempre que éste haya observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación, ya que dicho recurso de casación, como hemos declarado en nuestras Sentencias de 8 de noviembre 1993 (Ar. 8606), 26 de marzo (Ar. 3168), 25 de junio (Ar. 6489) y 15 de octubre de 1994 (Ar. 8742), 11 de febrero (Ar. 2061), 11 de marzo (Ar. 2101), 18 de abril (Ar. 3407) y 8 de noviembre de 1995 (Ar. 8758), 2 de marzo (Ar. 2252) y 20 de julio de 1996 (Ar. 5717), tiene como finalidad someter al conocimiento del Tribunal competente el examen de la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia realizadas por el Tribunal de instancia, tanto en relación con el proceso cuanto con la cuestión debatida en el mismo por motivos tasados", llegando a expresar en esa última sentencia de 22 de octubre de 2001 que "aunque el Tribunal de Casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de instancia»...

No cabe duda de que la indemnización fijada por el Tribunal a quo está en los confines entre lo simbólico y lo real, más próxima a lo primero que a lo segundo, de modo que puede calificarse de inusual y desacostumbrada sin que existan circunstancias que lo justifiquen, salvo la declaración hecha en la sentencia, a la que antes hicimos mención, de que junto al expediente

-ha d'incloure també els danys produïts sobre interessos legítims dels ciutadans. Aquests danys, d'escàs tractament a la doctrina i jurisprudència, han de produir un ample paper dins l'activitat administrativa normal, que no ha d'estar habilitada a incidir negativament sobre interessos legítims sense rebre'n les conseqüències reparadores si es donen els requisits de la responsabilitat administrativa. El fonament positiu del dret a rescabament d'aquest danys no pot situar-se expressament a la llei 39 ni 40/2015 (cap dels seus preceptes fan referència a la reparabilitat dels danys a interessos), ni en l'art. 106.2 de la Constitució, que parlen sols de danys en "bens i drets", ja que l'interès legítim no pot enquadrar-se en cap d'aquestes categories; o s'extrapola el concepte cap el més ample de massa patrimonial, alternativa que no entenc agosarada, o el fonament ha de radicar en consideració de "legítim" que defineix el propi interès, que significa la seva protecció general per l'ordenament, i, en conseqüència, l'obligació d'indemnitzar els atacs contra dels mateixos.

Difícilment pot negar-se la indemnització a qui impugna una autorització o concessió il·legal donada a la competència que ha causat danys a la clientela pròpia; o qui impugna una llicència

sancionador pudo haber otras causas determinantes del desequilibrio psíquico sufrido por el recurrente, pero, aun aceptando la concurrencia de otras causas en ese resultado, la moderación impuesta por ello, según lo declarado por la doctrina jurisprudencial (Sentencias de esta Sala de 25 de enero [Ar. 266], 26 de abril [Ar. 4307] y 16 de diciembre de 1997 [Ar. 1132], 28 de febrero [Ar. 3198] y 24 de octubre de 1998 [Ar. 8847], 13 de marzo de 1999 [Ar. 3151], 26 de febrero [Ar. 2450] y 15 de abril de 2000 [Ar. 6255], 21 de julio de 2001 [Ar. 9167] y 18 de mayo de 2002), no permite reducir a esa cifra de 750.000 pesetas la indemnización por una enfermedad psíquica tan grave como es la depresión, padecida durante casi dos años al haber sido víctima de una sanción contraria a derecho, aunque otras circunstancias hubiesen cooperado al desencadenamiento de esa situación patológica de tan larga duración».

- La S. de 30 de gener de 2006 (Ar. 1454), reiterant la doctrina anterior diu:

«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 como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (SS. de 20 de julio de 1996 [Ar. 5717], 26 de abril [Ar. 4307] y 5 de junio de 1997 [Ar. 5945] y 20 de enero de 1998 [Ar. 1239], citadas por la de 18 de octubre de 2000 [Ar. 9079]), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, destacando igualmente la jurisprudencia que el daño moral, en sentido estricto, es independiente de las circunstancias económicas que rodean al perjudicado, ya que lo que se valora es algo inmaterial ajeno por completo a toda realidad física evaluable, como ha señalado la S. 17 de abril de 1998 (Ar. 3832).

En el caso de autos, a la vista del dato objetivo de las secuelas que le restan al lesionado, que han sido descritas en el fundamento de derecho segundo, y de los sufrimientos de ellas derivados, y del resto de las circunstancias concurrentes, a las que seguidamente haremos referencia, se estima ponderado otorgar en concepto de pretium doloris la cantidad de 500.000 ptas., que unida a la ya otorgada por la Sección V de esta Audiencia, repara de forma integral los perjuicios sufridos por el demandante con ocasión de las lesiones padecidas en el pie izquierdo, en acto de servicio, cuando prestaba el servicio militar.

d'obres que, un cop executada, li ha privat de determinades condicions fàctiques com lluminositat o vista. En totes aquestes situacions no es pot al·legar la titularitat de cap dret; però en la mesura que ha existit una afectació negativa al patrimoni jurídic del subjecte reclamant, aquesta afectació negativa haurà de reparar-se ¹⁷.

Un altra tema que afecta a un interès legítim, i la consideració jurisprudencial del qual ha estat evolutiva, és el cas de propietaris confrontants amb carreteres que, per raó d'obres públiques perden la situació de confrontament sobre les mateixes, supòsit en el qual inicialment no es reconegué el dret a indemnització, que passa a estar reconegut en les Ss. del TS de 2 d'abril de 1.974 i 19 de desembre de 1.978 (GARCIA DE ENTERRIA i PARADA) ¹⁸.

Finalment, un darrer tema que suposa el tractament dels interessos legítims del perjudicat, es refereix a aquells supòsits que la doctrina tracta com d'enriquiment injust, a partir del qual, i per l'enriquiment que l'Administració rep, se la condemna a participar en el cost. Per GARCIA DE ENTERRIA es tracta d'un nou títol d'imputació, que radica en la localització d'un benefici en el patrimoni de l'Administració imputada, fins i tot sota la fórmula negativa d'eliminació d'un perjudici, derivat del dany que sofreix la víctima. Per nosaltres no és un títol d'imputació diferent, sinó l'afecció a un dret o, generalment, a un interès, d'un administrat, que produeix un benefici o un menys perjudici a l'Administració la qual, en conseqüència, en surt beneficiada, i haurà de contribuir en proporció al benefici que rep. Les mostres de jurisprudència que apliquen aquests conceptes es troben en matèria contractual, i per tant fora del que pròpiament és la

¹⁷ Contra aquestes consideracions de l'obligació de reparar afectacions negatives a simples interessos s'alça alguna jurisprudència, entenc aïllada, que de forma particular i sense aspiracions de fer teoria general, nega les conseqüències reparadores; en aquest sentit cal interpretar les sentències del TS de 10 de desembre de 1.971, 26 de setembre de 1.977 i 30 de març de 1.981, que neguen el dret a indemnització pel simple retard en la tramitació d'expedients; encara que una altra posterior, de 10 de juny de 1.983, el reconeix per un cas de privació de carnet professional contra la qual s'interposa recurs d'alçada que triga quatre anys en resoldre's.

Aquesta contradicció, en el cas del retard en resolució d'expedients, ha de solventar-se amb el recurs als requisits purs de la responsabilitat administrativa: el simple retard no significa dany; no demostra afecció ni a bé ni a dret ni a interès; caldrà contemplar si aquesta afecció efectivament es produeix; i si l'examen conclou positivament (com el cas del carnet professional retirat) la indemnització resulta indubtable.

¹⁸ Al nostre entendre, en aquests supòsits, el tractament doctrinal no ha de ser diferent del que s'ha exposat en els casos anteriors: el dany no es deriva automàticament de l'actuació administrativa, i cal examinar si aquesta produeix o no un dany efectiu, que pel cas es produiria si la finca queda sense accés, amb accés enormement dificultat o amb condicions d'utilització empitjorades. No és doncs la pèrdua de la confrontació la que produeix el dany, confrontació la qual (salvant concessions d'estacions o àrees de servei) no ha estat mai un dret adquirit pel titular de l'explotació.

responsabilitat administrativa; però fora de la relació contractual també en podem trobar exemples. SANTAMARIA i PAREJO també es fan ressò de les sentències del TS que teoritzen sobre la matèria, des de la de 22.1.75 fins la de 8.3.82.

No se'ns escapa que tant en danys corporals, com més encara en danys morals, com sobre tot en danys a interessos legítims, allò realment difícil serà la determinació i quantificació del dany. Però aquest simple problema provatori no pot enfosquir el tractament general de la institució, ni introduir ombres o zones grises en allò que és el tractament general dels seus requisits existencials.

8.- La delimitació dels drets no és activitat productora de dany: En efecte, no és productora ni generadora de dany l'activitat simplement delimitadora de drets, que no implica sacrifici de bens o drets individuals; i, en la mesura que no existeix sacrifici tampoc hi ha dret a indemnització. Així, la jurisprudència tradicional ha interpretat com autèntiques limitacions de la propietat les càrregues urbanístiques, que no han d'ésser indemnitzades per quant en procés d'execució del planejament trobaran els criteris de repartiment just; o, en general, les limitacions imposades per l'ordenació urbanística dels sòls (art. 6 Llei d'Urbanisme de Catalunya Text Refós 2010; art. 4.1 Llei de Sòl estatal Text Refós 2015). I també succeeix el mateix respecte de les limitacions a la propietat imposades per legislacions especials (per exemple, cementiris, línies elèctriques o carreteres). Respecte de les servituds de carreteres, la jurisprudència tradicional ha declarat que no són una privació singular (Ss. TS. 9, 10 i 15.6.92). Això no obstant, el tractament general d'aquests servituds legals s'ha de fer més complexa (com marca d'altra banda el propi art. 81 del Reglament estatal de carreteres aprovat per Reial Decret 1812/1994, de 2 de setembre); des d'aquest punt de vista, entenem que caldrà indemnitzar:

-si la prestació del servei o l'execució de l'obra imposa unes servituds que venen a impedir determinats usos existents. Ja que aquí sí que existeix sacrifici.

-si la prestació del servei o l'execució de l'obra impedeix unes expectatives segures, i no simplement hipotètiques o quimèriques.

Perquè en aquestes dues ocasions sí que existeix sacrifici o privació patrimonial, que mereix la justa equivalència. Succeeix, no obstant que, en ocasions, la legislació específica

aplicable busca l'equivalència en espècie (com passa en les tècniques de repartiment de beneficis i càrregues en la legislació urbanística), i en aquests casos no es podrà pretendre cobrar el perjudici per duplicat: d'una banda a càrrec de l'Administració i d'altra banda a càrrec de la borsa de repartiment. En aquests casos la legislació especial, entenem, arbitra sistemes d'indemnització específics que exclouen el funcionament de la responsabilitat. No per la inexistència de sacrifici, doncs, sinó per la presència d'un sistema especial de compensació.

9.- La legalitat o il·legalitat de l'actuació causant del dany no influeix en la consideració ni valoració del mateix: Cal afirmar, finalment, encara que sigui reiteratiu, que la simple il·legalitat de l'activitat o inactivitat administrativa no significa automàticament l'aparició del dany. Succeeix quelcom semblant al que succeïa amb el retard. No té entitat suficient com per significar la causació de dany. Ni tampoc, a sensu contrari, la legalitat de l'acció o omissió administrativa ha de significar sempre l'absència de dany rescabable.

10.-Requisits del dany indemnitzable: efectivitat, avaluabilitat i individualització. Sigui quin sigui el dany, ha de reunir els següents requisits, a tenor de l'art. 32.2 de la Llei 40/2015:

- efectiu: aquesta efectivitat exclou la possible contemplació dels danys eventuais o hipotètics. En aquest sentit, diu la jurisprudència que el dany ha de ser real, i no pot consistir en simples especulacions sobre perjudicis futurs o pèrdues contingents o dubtoses (STS de 21 febrer de 2008; RJ 2008\1248). Això no obstant la separació entre efectivitat/eventualitat té una zona grisa que cal resoldre adequadament, ja que, d'una banda si bé els perjudicis futurs són els que amb més raó poden ser hipotètics no vol dir que tots ho siguin i si són segurs i indubtables cal indemnitzar-los (és justament el que passa amb les seqüeles: cal reconèixer llur indemnitzabilitat perquè malgrat tractar-se de danys futurs, apareixen amb dimensió d'absoluta seguretat); d'altra banda, els perjudicis ja produïts, els danys ja soferts, es possible que necessitin plantejament d'hipòtesis per la seva quantificació i no per això estarem en presència de danys hipotètics, ans totalment efectius (per exemple, lucre cessant per negar il·legalment l'obertura d'un negoci).

GARCIA DE ENTERRIA introdueix en aquest aspecte una interessant observació, en referència a l'art. 1.107 del Codi Civil, que disposa que el que causa un dany dolós o amb culpa greu està

obligat a reparar tots els danys que conegudament se'n derivin. I per tant, el requisit de l'efectivitat hauria de relaxar-se en la mesura del possible el tals cassos; i admetre amb més facilitat el rescabament per danys futurs, si el dany s'ha produït amb dol o culpa greu, en el qual cas es podrien incloure els danys indirectes o derivatius, apart dels directes que serien el dany emergent i el lucre cessant.

- avaluable econòmicament: o el que és el mateix, ha de tractar-se d'un perjudici amb traducció patrimonial possible.

Es difícil avui en dia estar en presència d'un perjudici que no reuneixi aquest requisit, i entenem que es tracta d'un vestigi històric de les èpoques ja llunyanes on els perjudicis morals no admetien rescabament. El fet de que hagin de ser avaluables econòmicament no vol significar que la seva quantificació s'hagi de produir d'entrada, ja que els art. 65.3 i 71.1.d de la Llei de la jurisdicció permeten efectuar el plantejament d'indemnització de danys fins i tot posterior a la demanda, i dilatar la determinació de la quantia, en el seu cas, fins el tràmit d'execució de sentència. Malgrat que l'art. 67.2 de la Llei 39/2015 obliga que la petició que es formuli davant l'AP responsable (instància que obre el procediment) faci la "*evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuere posible*"; i malgrat que l'art. 91 de la mateixa Llei exigeix que la resolució del procediment administratiu faci referència a la quantia i el modus de la indemnització "*cuando proceda*", manifestant doncs clarament que no és un aspecte necessari en la resolució.

- individualitzat en relació a una persona o grup: aquest requisit és orientat a l'exclusió d'indemnització per danys derivats de mesures generals. En aquest cas coexistirien dos raonaments amb força que exclourien la indemnització: d'una banda la impossibilitat d'indemnitzar degut als costos que això significaria, costos que en el fons, al nodrir-se de les arques públiques, haurien d'estar aportats pels mateixos individus afectats, existint en conseqüència una espècie de confusió o compensació crèdit/deute; d'altra banda, en la mesura que existeix una afecció a tothom desapareixeria inclús el concepte d'interès legítim, que exigeix també la referència individual o grupal, i en la mesura que depassa aquestes fronteres i es converteix en general deixa de ser un interès personal i legítim. Per això, diu la jurisprudència, el dany ha d'estar concretat en el patrimoni de l'afectat, i no ha de constituir una carrega que tots els administrats tinguin el deure de suportar (S. TS 7.12.81).

Adverteix GARCIA DE ENTERRIA que la generalització excessiva d'aquest criteri és contrària a la pròpia raó de ser de la llei, que per tal d'evitar interpretacions restrictives es cura d'advertir que és suficient que el dany sigui individualitzat en relació a un grup de persones. En el qual cas, entenem, qualsevol dels membres del grup tindrà legitimació suficient per reclamar, a l'empara dels preceptes civils que regulen la possibilitat de que un comuner faci accions en benefici de la comunitat (art. 394 del Codi Civil, segons la interpretació que en fa la jurisprudència: STS 13 de desembre de 2006; RJ 2006, 8237). Sens dubte que en casos grupals sempre existiran zones fosques, tan en la configuració del dany sofert, com en la identificació dels titulars (interessos difusos, diu la millor doctrina); a efectes de la responsabilitat administrativa tan sols hem d'exigir que l'accionant o accionants estiguin indiscutiblement dins el grup l'interès del qual demanen reparació.

- s'ha de tractar, finalment, d'una lesió antijurídica, és a dir, ha de ser un dany que l'administrat no té obligació jurídica de suportar, cosa la qual ja hem examinat al parlar dels aspectes objectius.

C) RELACIÓ DE CAUSALITAT:

C.1. En general, sobre la relació de causalitat:

S'obra aquest apartat per tal d'afirmar, com un requisit addicional al qual es subjecta l'apreciació de la responsabilitat administrativa, que el dany ha de ser conseqüència de la conducta; la causa de la producció del dany ha d'ésser l'acció o l'omissió realitzada per l'Administració. L'art. 32.1 de la Llei 40/2015 i l'art. 106.2 de la Constitució utilitzen expressament el mot "conseqüència" per relacionar el dany amb el comportament; cosa la qual significa una clara referència al requisit que ens ocupa. I la llei 39/2015, que regula el procediment administratiu, diu que la petició de responsabilitat patrimonial haurà de fer referència a "*La presunta relación de causalidad entre éstas [les lesions] y el funcionamiento del servicio público*" (Art. 67,2); que els informes que s'elaboraran en la instrucció del procediment analitzaran, entre altres aspectes "*la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida*" (art. 81.2); i que la resolució que posi fi al procediment administratiu es pronunciarà expressament, també entre altres qüestions, sobre "*la existencia*

o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado” (art. 91.2).

El tractament que d'aquest requisit ha realitzat la doctrina administrativa és tributària de la desenvolupada més extensament per la ciència penal i civil; i ens ensenya bàsicament dues qüestions: que la complexitat pràctica demostra l'existència d'innombrables supòsits on la causa de producció del dany no és un sol comportament, i que han de considerar-se determinades circumstàncies que tenen virtualitat suficient com per trencar el nexa causal.

C.2. Sobre el tema de la concurrència de causes:

1.- Concurrència subjectiva de diferents Administracions: Pel que fa referència a la concurrència de causes, caldria afirmar primerament que, a tenor de l'art. 33 de la Llei 40/2015, és un problema sense transcendència en relacions externes si tots els fets participants en la causa es deuen a comportaments o omissions exclusivament d'Administracions Públiques, en el qual cas existeix responsabilitat solidària de totes elles. I, en l'anàlisi de les relacions internes, la responsabilitat, com s'ha manifestat ut supra, s'hauria de predicar per iguals quotes a les Administracions intervinents a no ser que pugi deslligar-se un fet especialment transcendent i imputable a una d'elles, en el qual cas, i segons la teoria de causalitat que fem servir, podríem responsabilitzar a la mateixa de part important o de la totalitat dels perjudicis, trencant la regla inicial igualitària.

2.- Concurrència subjectiva Administracions amb privats: Si la concurrència de causes no significa una exclusiva participació administrativa (o inclús en aquest cas per analitzar relacions internes, com s'ha dit) és interessant analitzar quin dels fets concurrents ha tingut més transcendència en la producció del dany, o si tots han intervingut en la mateixa proporció. I des d'aquest punt de vista la doctrina civil (CASTAN), que entenc perfectament traslladable, ha fet recurs a tres teories diferents:

-teoria de la causa pròxima: segons la proximitat dels esdeveniments previs a la producció del dany. Des d'aquest punt de vista ha de respondre de la producció del dany l'autor o causant del fet que més properament l'ha provocat; de tal punt que la concurrència dels demés és una

dada circumstancial i, per sí sols, no haurien provocat el dany causat, en la forma o intensitat en que s'ha produït.

-teoria de la causació adequada: es mira el grau de participació dels fets en la producció del dany. De forma tal que cada fet té la seva transcendència en la producció del dany; es tracta d'indagar aquesta transcendència i condemnar al rescabament a cadascun dels responsables de la causa en proporció a la transcendència dels fets que en son causants.

-teoria de l'equivalència de causes: tenen igual valor tots els fets que participen en la producció del dany. I, des d'aquest punt de vista, no es poden realitzar imputacions exclusives a un fet, ni proporcional en funció a la intensitat. Tots els fets han participat en la producció del dany, i no existeixen regles sòlides i justes que permetin fer imputacions diferents a les igualitàries i proporcionals.

La jurisprudència del Tribunal Suprem inicial es mostrà fortament restrictiva, i exigí una exclusivitat de la causa, que equivalia a admetre la responsabilitat de l'Administració tan sols en els casos en que el seu comportament, i no altres factors, intervingueren en la producció del dany (per exemple, S.TS. 30.3.66, o 10.3.69).

No obstant, a partir de la dècada dels 70 la jurisprudència evoluciona, i admet que junt amb el comportament administratiu participin altres fets en la producció del dany; el fonament, segons la doctrina, es trobava en els preceptes comuns reguladors de la responsabilitat extracontractual, ja que l'art. 1.107 del Codi Civil obliga a la reparació dels danys i perjudicis que siguin conseqüència "necessària" de l'incompliment; cosa la qual significa que la relació causal entre fet i dany no cal que sigui directa, és suficient amb que sigui necessària (COSSIO i GARCIA DE ENTERRIA).

I, seguint un paper similar al que desenvolupa el Consell d'Estat Francès, el TS a Espanya no s'ha casat definitivament en cap de les teories descrites, i utilitza indistintament la que millor s'adapta a l'anàlisi del supòsit de fet que es planteja (PARADA, BLASCO). La raó segurament cal buscar-la en la complexitat pràctica que pugui plantejar qualsevol supòsit de responsabilitat administrativa, inconciliable als efectes d'anàlisi de la causa amb una sola teoria general; en ocasions resulta impossible aïllar determinats fets dins la causa i

atribuir-los a alguns el paper de causa pròxima; mes difícil encara resulta molt sovint intentar imputar percentatges diferents de cada fet en la producció del dany; i en conseqüència l'equivalència de les causes es presenta com teoria residual a la qual la complexitat d'un supòsit pot reclamar aplicació en un major nombre de supòsits.

L'art. 35 de la Llei 40/2015 admet la responsabilitat patrimonial de l'Administració, malgrat concórrer amb subjectes de dret privat; però no aclareix els temes de distribució de responsabilitat, per la qual cosa seguirem comptant amb les aportacions doctrinals i jurisprudencials abans destacades

C.3. Sobre el trencament de la relació de causalitat:

Dèiem que cal analitzar també determinades circumstàncies que tenen virtualitat suficient com per trencar el nexa causal. L'art. 32.1 de la Llei 40/2015 tan sols menciona amb aquests efectes la força major; la doctrina i la jurisprudència combreguen unànimement en afegir-hi, a més, el fet del tercer i la culpa de la víctima.

Abans d'entrar en el seu tractament convindria dir que cadascuna d'aquestes circumstàncies rares vegades es donen aïlladament, i, en aquesta mesura, participen o co-participen amb altres fets en la producció del resultat danyós; participen, com a mínim, amb el comportament administratiu, ja que altrament no tindrien el nostre interès. En aquest cas haurem d'acudir a les teories sobre la causalitat i interpretar fins a quin punt el fet del tercer, la força major o la culpa de la víctima són suficients per trencar la relació de causalitat i exonerar a l'Administració de l'obligació d'indemnitzar; o, pel contrari, simplement poden tenir un efecte modulador o reductor en la quantificació dels perjudicis; des d'aquest darrer punt de vista, són conegudes dels resolucions del TS (s. 12.5.82) que en un dany causat per una acció administrativa en que hi ha participat culpa de la víctima reconeixen a la mateixa el dret a ser indemnitzat en la meitat dels perjudicis: significa no altra cosa que aplicar la teoria de l'equivalència de condicions davant la impossibilitat d'aïllar una causa exclusiva o més intensa o determinant en la producció del dany.

Anem a efectuar ara una referència a les causes que tenen virtualitat suficient per trencar la relació causal: la força major, el fet del tercer i la culpa de la víctima:

-La força major ve avui contemplada als arts 32.1 i 34.1 de la Llei 40/2015; i resulta d'interès el partir del tenor literal d'aquests preceptes:

32.1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados ... de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, ... salvo en los casos de fuerza mayor

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

Malgrat que alguna prestigiosa doctrina ha sostingut que la força major es defineix com un fet o esdeveniment extern al que es causa directa del dany i irresistible (és a dir, externalitat i irresistibilitat son les seves característiques definidores), la doctrina jurisprudencial ha acostumat a centrar la característica de la força major en la imprevisibilitat del fet extern: és a dir, es tracta d'un fet imprevisible que concorre a la producció del dany. Sembla que aquest concepte doctrinal ve recollit a les expressions transcrites de la Llei 40/205, especialment en el seu art. 34.1.

La jurisprudència tradicional ha distingit entre força major i cas fortuït; mentre en la segona es donen les notes d'indeterminació (la causa de l'accident productor del dany és desconeguda) i interioritat (estem en presència d'un succés directament connectat a l'objecte danyós, a la seva constitució, a la seva naturalesa íntima, al funcionament mateix de l'empresa o servei que integra aquest objecte), en canvi en la força major juga també la indeterminació, però la nota característica és l'externalitat: esdeveniments realment insòlits i estranys al camp normal de previsions típiques de cada activitat o servei, segons la seva naturalesa.

Des d'aquest punt de vista, el cas fortuït no tindria virtualitat suficient com per trencar la relació causal.

Seguint, doncs, la jurisprudència tradicional, són constitutius de força major els esdeveniments imprevisibles, o inevitables cas de ser previstos, que excedeixin dels riscos propis de l'empresa, això és dels derivats de la pròpia naturalesa dels serveis públics (STS de 2-4-85) o els esdeveniments realment insòlits i estranys al camp normal de les previsions típiques de

cada activitat o servei, segons la seva pròpia naturalesa (STS de 4-2-83). Aquests últims que integren el cas fortuït no són obstacle a la declaració de responsabilitat malgrat ser independents de l'actuar de l'òrgan administratiu i fins i tot de la possibilitat d'evitar els efectes danyosos i tot emprant la màxima diligència (STS de 9-5-78).

Resulta aclaridora la síntesi de la qüestió que realitza la STS de 13 de desembre de 2001 (RJ 2002/5183), que acaba reconeixent el dret a indemnització per lesions per despreniments de roques en una via de comunicació perquè l'Administració n'era coneixedora de la seva freqüència (per tant no era força major):

La cuestión queda pues reducida a determinar si en el caso de autos estamos ante un supuesto de fuerza mayor entendido este como un supuesto en el que concurren dos requisitos, a saber: determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado». En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997, 3233) (apelación 1075/1992).

Per tant, un mateix esdeveniment (per exemple ràfegues de vent fort) pot ser força major o no en funció de si entren dins un grau de previsió ordinari o no (s'ha acostumat a considerar que ràfegues de vent per sota 135 km/h no són força major; o les inundacions, que per entendre's com força major, han de tenir la consideració d'extraordinàries com les defineix l'art. 1.1.a del Reglament d'Assegurances de riscos extraordinaris que en fa el RD 300/2004).

La Llei 40/2015 conté referències interessants sobre la imprevisió en relació als coneixements tècnics al moment de la producció del dany; disposant que cal valorar la previsió/imprevisió segons l'estat de la ciència al moment de la producció del dany.

-fet de tercer: és una circumstància que s'acostuma a donar amb concurrència amb altres causes o fets productors del dany. Si es donés aïlladament, es normal que actuï com excloent de la

responsabilitat de l'Administració, ja que aquesta no pot respondre d'accions o omissions que no hagi fet ella directament. Això no obstant, és quasi be impossible la contemplació d'aquesta circumstància aïlladament en els casos en que s'ha plantejat a la jurisprudència, ja que sempre va lligada a una determinada acció o omissió de l'Administració: així, per exemple, intoxicació alimentària amb manques d'inspeccions sanitàries obligatòries. Va ser la sentència del TS de 5 de novembre de 1.974 qui va obrir el corrent més progressista en aquesta matèria, i en un supòsit de mesures preses contra espanyols pel Govern Guineà d'en Macias en represàlia a notícies contràries al regim que sortiren a la premsa espanyola, reconeix la responsabilitat de l'Estat.

L'exclusió de responsabilitat més clara per aquest fet l'ha reconegut el TS en matèria d'atemptats terroristes, que no impliquen per sí sols negligència en la prestació del servei de seguretat.

La doctrina destaca que els casos en que junt amb el comportament administratiu participa en la producció del dany el fet d'un tercer són els que acostumen a revestir major dificultat pràctica, ja que això acostuma a implicar el naixement de la competència en favor d'ordres jurisdiccionals diferents, car el contenciós s'ha de limitar als comportaments de l'Administració. En aquest cassos, si el perjudicat reclama davant la jurisdicció contenciosa, s'acostuma a considerar que si el comportament administratiu ha sigut causa necessària en la producció del dany s'ha de condemnar a l'Administració Pública a la indemnització de la totalitat dels perjudicis, sense negar la possibilitat de que aquesta, en el seu cas, a través de les accions i procediments adequats, pugui perseguir i repercutir contra dels tercers (GARCIA DE ENTERRIA, amb comentari a la S.TS 5.11.74; SANTAMARIA i PAREJO, amb esment de la S.TS. 23.5.79).

-culpa de la víctima: és el cas més freqüent de concurrència de causes. Significar importar a la doctrina administrativa els conceptes civils sobre la diligència del bon pare de família.

Pels cassos de concurrència de culpa de la víctima i funcionament normal o anormal del servei, la jurisprudència nacional i francesa mostra esforços en distingir diferents supòsits, i es pot donar (CASTAN, PARADA):

-absorció de la culpa de la víctima per la de l'agent, per la magnitud d'aquesta. Això ha entès el TS que passa en supòsit de morts causades per trets de la policia a

persones que no obeïren ordre d'aturada (Ss. 11 d'octubre de 1.984 i 4 de febrer de 1.985), i es condemna a l'Administració a indemnitzar la totalitat dels perjudicis. Temes similars tracten les ss. del TS de 6.3 i 12.6.79, 28.5.80, 18.1 i 30.3.82, 23.5.84 i 28.1.86.

-absorció de la culpa de l'agent per la de la víctima: en aquests cassos existeix una gravíssima negligència de la víctima i una lleu participació de la conducta o omissió administrativa en la producció del dany. Les mostres més visibles d'aquests enteniments corresponen a jurisprudència molt antiga; i es difícil en l'actualitat trobar temes en que el comportament administratiu, per secundari que fos en la producció del dany en relació a la culpa de la víctima, signifiqui una exclusió total de la responsabilitat administrativa.

-moderació o reducció quan les culpes siguin similars o equivalents: suposa aplicar la teoria de l'equivalència de causes i reconèixer dret a indemnització per la meitat dels perjudicis (S. 12.5.82, en cas de danys avioneta per rasa sense senyalitzar i omissió pel pilot de les instruccions de la torre de control). Podríem esmentar com sentències similars les de 17.5.82, 31.1, 7.7 i 11.10.84. No és altra cosa que una traducció al panorama administratiu d'allò que disposa l'art. 1.103 del Codi Civil, sobre que la responsabilitat provinent de negligència podrà moderar-se pels Tribunals. Aquí els Tribunals moderarien no ja en funció de la negligència de l'Administració, que en un regim de responsabilitat objectiu com el present és intrascendent, ans en funció de la culpa de la víctima.

En la matèria que estem tractant, la jurisprudència ha acostumat a emfatitzar que la culpa de la víctima pot jugar no tant sols en l'aparició del dany, ans també en la seva desaparició o, el que és similar, en l'extensió i quantificació del mateix; negant la indemnització, o modulant-la, quan la culpa de la víctima ha significat perdurar els efectes lesius més enllà del que la diligència del bon pare de família hagués contemplat.

C.4 Casuística en l'anàlisi de la relació de causalitat:

L'anàlisi de la relació de causalitat, en les diferents dimensions i característiques que s'han tractat, ha estat sotmès a un examen extremadament casuístics; i podem afirmar sense temor a exagerar que s'han donat "àmbits sectorials", per dir-ho d'alguna forma, en què s'ha produït un desenvolupament de la

teoria general; per això criem que pot ser d'utilitat un breu repàs a tal casuística:

c.4.1.- Cassos de reclamació per danys causats pel mal estat de les vies: normalment se centra l'atenció tant en el comportament de la víctima com en el de l'Administració. Així, cal veure si el comportament de la víctima ha estat diligent, respectant o no la normativa d'aplicació; i cal examinar igualment si l'Administració ha complert diligentment amb l'obligació de conservació de la via de la seva titularitat. En casos de danys per mal estat de vies de circulació que ocasionen accidents de trànsit, s'acostuma a recordar que la norma imposa a l'Administració titular l'obligació de conservar "en les millors condicions possibles de seguretat"¹⁹; i la jurisprudència entén que estem en presència d'un concepte jurídic indeterminat. El qual ens aboca necessàriament a la fixació d'uns nivells exigibles d'eficiència per a la disminució de riscos en la gestió del servei de carreteres; aquests nivells exigibles podran admetre modulacions o modificacions pel progrés i el transcurs del tems; i s'hauran d'interpretar en funció e la ubicació i demés circumstàncies de la via; però en cap cas poden arribar a exigir a l'Administració un estàndard de servei absolut: no es pot reclamar una prevenció i reparació immediata o instantània de qualsevol defecte aparegut a la via. En definitiva, en aquests cassos caldrà la concurrència de tres requisits: i) existència de deficiència a la via; ii) incompliment de l'obligació administrativa de conservar dins el marc dels límits exigibles; i iii) inexistència de culpa de la víctima o infracció de reglaments (si hi concorre la culpa, caldrà acudir a la doctrina de la concurrència de causes abans tractada). En l'anàlisi de la diligència o no diligència de la víctima, s'acostuma a incidir en alguns principis generals, que tensionen no sempre en la mateixa direcció: d'una banda, el principi de confiança de l'usuari en les condicions de seguretat de la via, per no demanar comportaments subjectius més enllà dels mínimament raonables; d'altra banda, en el principi de prudència o moderació exigible quan existeixen circumstàncies adverses (vents, gelades, manca visibilitat per boires, tec.); i en ocasions en el principi d'assumpció natural de riscos (qui participa en una activitat que comporta naturalment un risc, assumeix la presència del mateix i per tant en certa mesura el dany inherent al simple risc). A la vegada,

¹⁹ Art. 57 de la Llei de Tràfic, Text Refós aprovat per Reial Decret Legislatiu 6/2015, de 30 d'octubre.

s'insisteix amb freqüència que el grau de diligència exigible a la víctima pot ser diferent segons les seves circumstàncies personals: per exemple, a una persona amb condicions físiques perjudicades la diligència exigible haurà de ser menor.

c.4.2.- Cassos de reclamació per danys causats per la fauna: Se'n regulen tres cassos diferents

c.4.2.1. els causats per l'atropellament d'espècies cinegètiques en vies públiques: En aquests cassos existeix un precepte legal que regula el grau de diligència exigible al perjudicat i el grau amb el qual serà exigible el compliment de l'obligació administrativa de conservació; és a dir, aquestes són les regles a considerar per l'anàlisi de la causalitat. Ens referim a la Disposició Addicional Setena de la Llei de Tràfic ²⁰ parteix del principi general de responsabilitat del conductor per danys soferts per l'atropellament d'espècies cinegètiques a les vies públiques; amb les següents excepcions:

- Si l'accident és conseqüència d'acció de caça col·lectiva d'una espècie de caça major del mateix dia (o realitzada dotze hores abans de l'accident) en respondrà el titular de l'aprofitament cinegètic.
- Si l'accident és conseqüència de manca de conservació en tanques o de manca de senyalització a la via d'animals lliures en trams d'elevada sinistralitat, en respondrà l'Administració titular de la via.

c.4.2.2. els causats per animals no protegits: són danys sobre propietats o béns que no signifiquen un accident de trànsit; i són causats per espècies no protegides. En aquests cassos, l'art. 33 de la Llei 1/1970, de 4 d'abril, de la Caça, estableix la responsabilitat dels titulars dels terrenys cinegètics pels danys provocats per peces de caça procedents de terrenys acotats; i, subsidiàriament, estableix la responsabilitat dels propietaris dels sòls. Igualment el caçador s'erigeix en responsable pels danys produïts per la seva acció de caça, salvant que existeixi responsabilitat del perjudicat

²⁰ Text Refós aprovat per Reial Decret Legislatiu 6/2015, de 30 d'octubre; que recull literalment allò que ja disposava la Disposició Addicional Novena de la Llei anterior sobre la matèria

o força major. En tals cassos, doncs, no existeix responsabilitat de cap administració, i la reparació de danys restarà sotmesa a règim estrictament civil, Això no obstant, en cassos de reserves nacionals o parcs naturals, sotmesos a gestió i titularitat públiques, o en propietats administratives encara que no tinguin aquesta consideració, podrà existir responsabilitat de l'òrgan gestor. Per tant, per aquests danys, tan sols existeix responsabilitat administrativa (i sota règim administratiu) quan són produïts per espècies cinegètiques en terrenys titularitat de l'Administració.

Però els danys causats per animals poden no provenir d'accions de cacera; com per exemple, que un animal de companyia causi danys per atac a una persona. S'han donat cassos en què d'aquestes accions s'ha responsabilitzat el municipi quan es tractava d'un animal agressiu que havia provocat múltiples incidents; era un cas en que s'havien produït múltiples agressions, durant un període dilatat de temps, i per tant es tractava d'un animal perfectament identificat; i, sent així, poden cercar-se dos títols d'imputació de responsabilitat al Municipi: el general, sota el prisma de que correspon al municipi el garantir les condicions de seguretat pública (art. 63.3.a de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya); o l'específic, derivat de la Llei 50/1999, de 23 de desembre, que regula la tenença d'animals potencialment perillosos, contempla que el règim d'aquests animals vindrà regulat fonamentalment en normes municipals ²¹; afegint determinades obligacions per als Municipis: establir un registre al qual es portaran unes inscripcions amb caràcter obligatori (art. 6), atribuint-les-hi a més la potestat sancionadora (art. 13.3, junt amb la Comunitat Autònoma) i per tant amb funcions de control i inspecció. El desenvolupament reglamentari de la llei s'escomet al Reial Decret 287/2002, de 22 de març, que precisa una obligació municipal indiscutible: la d'identificar l'existència d'un animal potencialment perillós (art. 2.3). Per tant, en cas d'omissió en el compliment de les obligacions

²¹ Exposició de Motius: la presente Ley aborda la tenencia de animales potencialmente peligrosos, materia objeto de normas municipales fundamentalmente, cuya regulación a nivel estatal se considera conveniente debido a que la proliferación de la posesión de animales salvajes en cautividad, en domicilios o recintos privados, constituye un potencial peligro para la seguridad de personas, bienes y otros animales

municipals és clar que existirà comportament antijurídic mereixedor de responsabilitat

c.4.2.3. els causats per animals protegits: són danys sobre propietats o béns que no signifiquen un accident de trànsit; i són causats per espècies protegides. La protecció de l'espècie determina un nivell d'intervenció administrativa de superior consideració, agreujat; la qual cosa reclama acudir a la teoria general de la responsabilitat, centrant especialment l'atenció en què l'administrat no té obligació de suportar el dany de forma individual; normalment aquestes espècies causen danys individualitzats, que pot entendre's tenen com a causa la seva especial protecció instaurada a nivell normatiu. On està la causa imputable a l'Administració? Segons la jurisprudència, en la prohibició instaurada normativament de combatre i caçar l'espècie protegida: SSJ Castella i Lleó 145/2017, d'11 de setembre (JUR 2017/244675); aquesta sentència recull les consideracions de l'anterior STS de 22 de març de 2013 (RJ 2013/3335) que diu: *“cuando se trata de especies animales que gozan de singular protección, por la concurrencia de un interés público relevante como es el medio-ambiental para la conservación y protección de la especie, ello determina que los particulares no puedan adoptar sus propias medidas, pues corresponde a la Administración adoptar aquellas más adecuadas para la conservación del "canis lupus" en esa zona. No puede, por tanto, excluirse el régimen general de responsabilidad patrimonial”*.

c.4.3.- Cassos de reclamació per danys causats pel funcionament del servi públic de la salut. Aquests cassos han fet corre rius de tinta, per la freqüència en que s'han produït. Val la pena resumir en primer lloc una sèrie de qüestions generals, per passar després a detallar una podríem dir *sub-casuística* de característiques i notes diverses.

c.4.3.1. Quan les notes generals, destacarem les següents:

a. A destacar en primer lloc que estem en presència avui d'un sistema de responsabilitat administrativa, presidit pel principi d'unitat:

s'aplica el Dret Administratiu tant en allò referent a la regulació del règim com en allò referent a la jurisdicció competent per a conèixer dels conflictes; per tant, tot allò que en el passat ha sentenciat la jurisdicció civil avui quedaria fora de l'abast d'aquesta jurisdicció (salvada la responsabilitat de centres privats o concertats; amb la precisió de que en aquests últims podria aplicar-se regles similars al contractista quan obeïssin a ordres de l'Administració).²²

- b. Criteri de la *Lex artis*: és el criteri generalment emprat per mesurar la antijuridicitat de la conducta administrativa. *Lex artis*, destaca la doctrina, es un concepte evolutiu en el temps, donat que el progrés de la ciència afecta decisivament a la seva configuració material. I la seva configuració, doncs, s'ha de fer a un moment concret, per la qual tasca s'acostuma a utilitzar criteris més concrets: el compliment dels protocols, l'aplicació de tots els mitjans adequats (noti's, concepte jurídic indeterminat), la valoració de la suficiència de recursos emprats (altra cop, concepte jurídic indeterminat el de la suficiència) i la valoració de la diligència exigible en l'acte sanitari en relació a allò "socialment òptim" des d'una perspectiva econòmica (ídem).

No s'escapa a la doctrina que en l'àmbit sanitari existeixen múltiples factors que poden provocar una aversió al risc per part dels professionals (totalment indesitjable): l'alta qualificació tècnica, la complexitat dels procediments, la regla de responsabilitat objectiva i el risc indemnitzatori excessivament elevat. I tal vegada per pal·liar aquests factors s'adverteix immediatament que l'Administració sanitària acostuma a assumir en allò que fa referència a actes mèdics unes obligacions de mitjans i no pas de resultats, per la qual cosa la *lex artis* es limita al deure d'aplicar al pacient els mitjans dels que es disposen per al diagnòstic i tractament.

²² Sobre la responsabilitat dels centres públics concertats es pot examinar LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS CENTROS SANITARIOS CONCERTADOS. INCIDENCIA DE LOS ASPECTOS PROCESALES EN LA REAPERTURA DE UNA POLÉMICA. Antonio Evaristo Gudín R-Magariños. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/8295/AD_14_2010_art_25.pdf?sequence=1

c. Aplicació de la teoria de la pèrdua d'oportunitats: fa referència a la valoració de la responsabilitat per la disminució d'oportunitat de curació, o de minoració de les seqüeles, com a conseqüència de l'omissió d'una prova analítica o tècnica, d'un tractament o procediment diferent, d'un adequat diagnòstic, d'un determinat medicament més complet, o simplement per un excessiu retard; fet el qual ha privat al pacient d'una possibilitat de curació o de disminució de les seqüeles. Si realment això ha succeït com s'ha descrit, evidentment, existeix una infracció de la *lex artis*, amb això no hi ha especialitat destacable, ans pura aplicació del principi general.

El tractament jurisprudencial d'aquest tema és extens; per donar referència de les més recents poden examinar-se les següents sentències del TS: 1769/2017, de 20 de novembre (RJ 2017\5267); 733/2017, de 28 de abril (RJ 2017\2392) i 1678/2016 de 8 juliol (RJ 2016\4323).

L'especificitat destacable apareix quan es tracta de quantificar el dany, ja que en el cas que es planteja normalment:

. són "*danys passius*"; es a dir, no són conseqüència d'una acció directa de l'acte mèdic, sinó originats en error de diagnòstic o omissions de tractament.

. no existeix certesa absoluta de que l'oportunitat perduda hagués significat inexistència o minoració del dany, per la qual cosa la indemnització s'ha de calcular en proporció a aquesta possibilitat o probabilitat.

En definitiva, cal extremar l'activitat provatòria i la valoració de la mateixa.

d. Sobre la prova, la doctrina acostuma a tractar dos temes radicalment diferents:

i) En primer lloc, el referent a la càrrega de la prova, per ressaltar que malgrat que la regla general és que la prova és càrrega que grava al reclamant, aquesta regla en la majoria d'ocasions cal aplicar-la amb prudència, quan no invertir; i és que el principi d'imposar la càrrega de la prova a aquella part que en

té més facilitat o disponibilitat acostuma a desplaçar a l'Administració sanitària aquesta càrrega provatòria (aplicant així el principi que resulta de l'art. 217-6 de la LEC). A desplaçar a l'Administració sanitària aquesta càrrega provatòria hi ajuden sovint el recurs a altres principis com el del "dany desproporcionat" (també coneguda com *res ipsa loquitur*) o "culpa virtual" que fa referència a l'existència de danys no previsibles i sense explicació raonable (STS 17 de setembre de 2012; RJ 2012\9174).

Igualment és interessant referir que la doctrina analitza curiosament la diferència entre "dany desproporcionat" (que normalment repercuteix en estimar les pretensions de responsabilitat contra l'Administració) de l'anomenat "risc típic"; aquest, entès com un inevitable resultat aleatori advers de determinades pràctiques mèdiques generalment admissible *ex lex artis*, no ha de desplaçar a l'Administració l'obligació d'indemnitzar els danys causats; i s'ha dit que, si malgrat una tècnica quirúrgica impecable, es materialitza el denominat "risc típic", del qual el pacient va ser oportunament informat i que es va produir per causes inevitables, o si el professional mèdic ajusta la seva actuació als paràmetres de la *lex artis*, no hi haurà cap tipus de responsabilitat, ni és aplicable, en conseqüència, la teoria del dany desproporcionat.

- ii) En segon lloc, el referent a la importància del dictamen pericial, tant en allò que fa referència a si s'ha respectat o no la *lex artis*, com en allò referència al dany i a la seva quantificació. I és que estant davant temes especialment complexos, amb elevat component científic, totalment allunyat de la ciència jurídica i per tant aliè a allò que el jutgador té coneixements suficients, la prova pericial s'erigeix en indispensable. Per la qual cosa cal esmolar les regles d'interpretació de la prova pericial que resulten de l'art. 348 de la LEC (interpretació conforme les regles de la sana

crítica) i que la doctrina ha desenvolupat en una sèrie de principis (objectivitat, imparcialitat, mínima certesa, poder de convicció, raonament lògic no irracional). En especial, en referència a les reclamacions de responsabilitat patrimonial per actes mèdics, la doctrina s'ha fixat en què existeix normalment un desequilibri entre les parts, ja que s'enfronta una Administració que disposa de tots els mitjans amb un subjecte danyat el qual ni té accés ni medis per costejar una prova que contraresti a la que disposi l'Administració.

e. Sobre el termini per reclamar: distinció entre danys continuats i danys permanents: s'acostuma a insistir en que el dies a quo per a formular la reclamació és aquell en que es produeixi el dany (si no és evolutiu) o aquell en que s'estabilitzen o en que es poden preveure l'estabilització dels efectes lesius (en altre cas) ja que en aquest moment ja es pot quantificar el dany. En definitiva, la jurisprudència (STS de 24 d'abril de 2012, RJ 2012\6228; de 21 de juny de 2011, RJ 2012\608) diferencia:

i) Danys permanents: el dany és inalterable i permanent en el temps, per la qual cosa, a partir de la seva causació, el resultat lesiu és inalterable. Per tant, un cop produït el dany causant de la lesió, ja es pot fer la seva avaluació definitiva; i, en conseqüència, el dies a quo comença a partir d'aquest moment.

ii) Danys continuats: són danys causats en unitat d'acte, però que es perllonguen en el temps de forma que el resultat definitiu no pot quantificar-se fins a que cessin els efectes lesius. Per tant, el dies a quo comença a partir del moment en què es determinin les lesions i seqüeles, i és irrellevant que la lesió sigui permanent.

c.4.3.2. Quan a la que diem com *sub-casuística*, hem detectat cassos que es poden agrupar en la següent llista.

- a. Sobre el dret al consentiment informat: la normativa sanitària regula el dret al consentiment informat (la Llei 41/2002, de 14 de novembre) que el defineix com “*La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”²³; el seu règim jurídic ve desenvolupat bàsicament als arts 8 ss de la dita llei.

En ocasions s’ha basat la pretensió indemnitzatòria contra l’Administració sanitària en la manca o insuficiència del consentiment informat. Sens dubte que si es prova aquesta inexistència o insuficiència, i sempre subjecte a la concurrència dels demás requisits de la responsabilitat patrimonial, l’Administració serà condemnada a la reparació del dany, ja que es consideraria acreditada una infracció formal a la *lex artis*. La doctrina ha insistit, però, en que cal valorar el conjunt de circumstàncies concurrents per fer-ne una apreciació justa i equitativa, cosa la qual comportarà, per exemple, que en cassos d’urgència vital quedi justificada l’absència de formalismes. I que, pel principi abans tractat d’imposar la càrrega de la prova a aquella part que en té més facilitat o disponibilitat, igualment s’acostuma a desplaçar a l’Administració la càrrega de demostrar l’existència i suficiència d’aquest consentiment.

- b. El reintegrament de despeses per la utilització de serveis externs en l’assistència sanitària de la Seguretat Social: és una matèria avui regulada a l’art. 9 de la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del sistema nacional de la salut, que reconeix el dret al reintegrament d’aquestes despeses per als casos de «assistència sanitària urgent, immediata i de caràcter vital que hagin estat atesos fora del Sistema Nacional de Salut», sempre que es demostrï que no es van poder utilitzar oportunament els serveis del sistema nacional i que no constitueix una utilització desviada o abusiva d’aquesta excepció.

²³²³ Art. 3 de la Llei 41/2002.

La doctrina destaca que estem en presència d'una regulació de responsabilitat patrimonial per règim administratiu, amb tot allò que això implica; i que s'han de valorar en cada cas les raons per les quals el pacient va abandonar voluntàriament la sanitat pública, així com si el tractament dut a terme a la sanitat privada va consistir en una assistència immediata, urgent i de caràcter vital. La doctrina analitza amb detall les dues darreres característiques: caràcter vital de l'assistència, i caràcter urgent de l'assistència. S'entén per urgència vital tant la que fa referència a la pròpia supervivència (perill de mort) com la que afecta a la pèrdua funcional d'òrgans de suma importància o transcendència. I s'entén per assistència urgent aquella que determina la impossibilitat d'accés al sistema públic per l'aparició sobtada d'un quadre clínic que requereix d'atenció immediata; impossibilitat que pot consistir en la manca d'accessibilitat al sistema públic per l'existència d'una situació de saturació.

Aquests seran en la majoria de cassos el punt crucial de la discussió.

- c. Les infeccions adquirides com a conseqüència d'actes mèdics (virus de quírofàn, Sida, d'altres): és un altre dels cassos reiterats de reclamació de responsabilitat patrimonial a l'Administració sanitària. En tals supòsits la clau rau en interpretar adequadament la *lex artis* (segons l'estat de la ciència existent al moment de practicar-se l'acte mèdic); per la qual cosa s'acostuma a posar atenció els percentatges d'infecció en els centres per observar si hi ha factors hospitalaris que faciliten aquest problema, així com valorar si hi ha hagut una autoinfecció o si aquesta ha estat creuada; en la majoria de centres, per tal d'evitar aquests riscos, existeixen protocols, servei de medicina preventiva i sistemes de vigilància, prevenció i control d'infeccions, cosa la qual caldrà demostrar als efectes de la corresponent valoració provatòria.

Respecte de la infecció de SIDA per transfusions sanguínies, cal destacar que a partir de

13/10/1990 és obligatòria la prova de detecció d'anticossos en les donacions de sang, per la qual cosa l'existència de mostres infectades significarà incompliment d'obligació administrativa i l'obligació d'indemnitzar si com a conseqüència d'això es produeix una infracció.

- d. L'error de diagnòstic: Quan la reclamació de responsabilitat contra l'Administració sanitària pren com a causa un error de diagnòstic la polèmica acostuma a girar amb l'anàlisi de l'obligació que grava a l'Administració d'aplicar les tècniques sanitàries en funció del coneixement de la pràctica mèdica; per la qual cosa un error de diagnòstic no comporta automàticament la responsabilitat patrimonial de l'Administració, ja que poden produir-se situacions en què l'evolució silent de la malaltia o altres circumstàncies, hagin impedit encertar amb el diagnòstic, tot i la correcta actuació seguida amb aquesta finalitat pels serveis sanitaris.
- e. Les llistes d'espera: es tracta d'analitzar les reclamacions de responsabilitat patrimonial contra l'Administració sanitària per demora en la prestació del servei. És un problema endèmic a qualsevol administració sanitària ²⁴; en el qual tensiona la disponibilitat de recursos públics, sempre limitada, i les necessitats d'assistència sanitària de l'individu, normalment en procés creixement. A nivell normatiu, cal partir del Reial Decret 1039/2011, de 15 de juliol, pel qual s'estableixen els criteris marc per garantir un temps màxim d'accés a les prestacions sanitàries del Sistema Nacional de Salut; el qual regula el règim de les llistes d'espera, sense cap referència a normes per a reclamar responsabilitats en cas de demora. Per la qual cosa hem d'acudir, de nou, a la teoria general, interpretada en aquests cassos per la doctrina i la jurisprudència, que parteixen d'entendre que les llistes d'espera són inevitables tota vegada que els medis de l'Administració ni són ni poden ser il·limitats; i davant la limitació de medis,

²⁴ A Catalunya, poden consultar-se dades estadístiques 2017 a la següent adreça: http://catsalut.gencat.cat/web/.content/minisite/catsalut/ciutadania/serveis_atencio_salut/com_a_ccedeix/llistes_espera/presentacions/Pla_integral_de_llistes_despera_2017.pdf

el servei sanitari, com d'altres serveis, regula la seva utilització per l'anomenat "regim de cua", criteri d'antiquíssima elaboració jurisprudencial. Per tant, quan es reclami la responsabilitat de l'Administració en aquests cassos, el debat se centrarà en demostrar els mitjans materials i personals disponibles, la seva operativitat dins el sistema, la seva ocupació material, i la gestió no discriminatòria de la cua; així, el dany per la demora de la llista d'espera serà antijurídic quan la llista d'espera estigui mal gestionada o es gestioni irracionalment, quan la durada de l'espera sigui exagerada, o quan existeixi un error en la classificació del pacient dins la cua, o quan en el curs de l'espera s'agreugés la situació del pacient que hagués hagut d'alterar raonablement la seva posició dins la cua (vid., per totes, STSJ de Madrid núm. 621/2007, de 17 maig, JUR 2007\269141).

f. La pèrdua o sostracció d'objectes en edificis administratius vinculats al servei sanitari. Aquests supòsits s'analitzen normalment a partir de considerar si l'Administració ha assumit o no la custòdia del bé o objecte perdut o substrat (sens perjudici de que els cassos de furt o robatori segurament reclamarien la crida a un règim de responsabilitat penal, el qual no ens correspon tractar).

Per regla general, es diu que l'Administració no ha de respondre per la pèrdua d'objectes materials propietat de pacients o de familiars; això no obstant, caldrà estar a les circumstàncies del cas concret; en aquest sentit, és freqüent fer cas a si existeix prèvia comunicació de l'existència del bé, a si l'Administració ha acceptat o no el dipòsit amb finalitat de custòdia, a l'existència o no d'altres persones que puguin fer-se càrrec d'una diligència de vigilància, la consciència o inconsciència del pacient, o la urgència de l'assistència.

g. Danys soferts pel personal sanitari: en ocasions es plantegen reclamacions de responsabilitat patrimonial per danys soferts pel propi personal sanitari, com és el cas de danys soferts per agressions de pacients, o per contaminacions

causades en exercici d'acte sanitari (per exemple, personal que s'infecta amb xeringa). La casuística i circumstàncies concurrents en cada cas pot ser molt variada, i sempre caldrà partir del principi de garantia d'indemnitat del personal públic en exercici de les seves funcions (art. 28 del Text Refós aprovat per Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, de l'Estatut Bàsic de l'ocupació pública), de l'anàlisi de la diligència del servidor públic en exercici de les seves funcions (de la infecció amb xeringa no n'ha de respondre l'Administració si la víctima no ha seguit un comportament mínimament diligent o no ha observat les normes del servei), de l'anàlisi dels mitjans posats per l'Administració a disposició del funcionari per garantir el compliment efectiu i segur de les seves funcions, i de la diligència administrativa tant abans com després de la producció del sinistre.

Així s'ha considerat que la simple agressió patida per personal sanitari no comporta necessàriament la generació de responsabilitat patrimonial de l'Administració; cal requerir la concurrència d'un nexa causal entre el dany al·legat i el funcionament normal o anormal de l'Administració Sanitària.

Si l'agressió és causada per la conducta d'un pacient, es considera que aquest no és un administrat qualificat, per no estar subjecte a cap vincle de subjecció especial amb l'Administració sanitària. Aquesta regla s'excepciona en dos supòsits: quan es tracti d'un d'internament forçós o quan el pacient, per qualsevol causa, sigui permanent, sigui transitòria, es troba privat de coneixement i de raó; en aquests dos cassos, el centre sanitari es constitueix en guardador de fet i assumeix les obligacions inherents a tal condició, amb un estàndard de servei més exigent. En aquests casos s'imposa a l'Administració un deure d'actuar més diligent i adequat a les circumstàncies del malalt. És a dir, el paràmetre del "deure de servei" és el que fa incrementar la diligència de custòdia, i per tant l'Administració haurà de respondre dels danys quan aquest deure de

diligència de custòdia hagi estat infringit: apareixerà en tals cassos una omissió culpable dels deures de vigilància i de control dels malalts per part del centre sanitari.

c.4.4.- Cassos de reclamació per danys causats pel funcionament del servi públic d'ensenyament. Aquests cassos també han fet corre rius de tinta, per la freqüència en que s'han produït. Val la pena igualment, seguint la mateixa sistemàtica, resumir en primer lloc una sèrie de qüestions generals, per passar després a detallar una podríem dir *sub-casuística* de característiques i notes diverses.

c.4.4.1. Quan les notes generals, destacarem les següents:

- a. A destacar en primer lloc que també aquí estem en presència avui d'un sistema de responsabilitat administrativa, presidit pel principi d'unitat: s'aplica el Dret Administratiu tant en allò referent a la regulació del règim com en allò referent a la jurisdicció competent per a conèixer dels conflictes; per tant, tot allò que en el passat ha sentenciat la jurisdicció civil, amb assiduïtat considerable, avui quedaria fora de l'abast d'aquesta jurisdicció (salvada també la responsabilitat de centres privats o concertats; amb la precisió de que en aquests últims podria aplicar-se regles similars al contractista quan obeïssin a ordres de l'Administració).
- b. S'acostuma a utilitzar com a paràmetre per valorar l'existència de responsabilitat de l'administració educativa l'anomenat "estàndard de servei". En la determinació de què s'entén per "estàndard de servei", hi intervenen molts factors, tota vegada que els mitjans materials i econòmics de l'Administració no són il·limitats; com poden ser, a títol merament enunciatiu, la consciència administrativa del principi d'eficàcia, la concepció i el nivell d'exigència dels ciutadans sobre fins on ha d'arribar el servei públic, la intervenció creixent de l'Administració en tots els ordres de la vida i, sota la contemplació del risc social, la potencialitat objectivament danyosa de molts dels seus actes. Aquests estàndards poden estar o no formalitzats; i si ho

estan (cosa la qual no es necessari) poden contemplar-se en un precepte legal o formant part de clàusules de contractes usuari-concessionari o usuari-Administració per a la utilització dels serveis públics; si no estan formalitzats, caldrà deduir-los dels usos admesos.

- c. S'emfatitza en aquests cassos la importància de regles generals, com la responsabilitat objectiva de l'Administració pel funcionament del servei, les situacions que trenquen la relació de causalitat (com la força major, la conducta del tercer o la negligència de la víctima), la contemplació dels riscos admissibles per l'estat dels coneixements i de la ciència, etc.

c.4.4.2. Quan la sub-casuística, destacarem les següents situacions:

- a. Danys físics provinents de la pràctica esportiva dins l'activitat educativa: la doctrina que analitza aquests cassos destaca que l'activitat esportiva incorpora en sí un risc addicional. Cosa la qual exigeix una anàlisi curiosa de les circumstàncies fàctiques de cada cas per examinar tant el compliment de l'obligació administrativa, com la diligència dels practicants, com en fi la presència o no d'un risc admissible; així, cal parar atenció en: si els exercicis físics són adequats a l'edat i característiques subjectives dels participants; si aquests tenen suficients capacitats objectives per a practicar-los i comprovades per l'Administració; si els instruments facilitats per a la pràctica són adequats i en òptim estat de conservació; el grau de dificultat dels exercicis, etc. Tot això serà necessari per a determinar si existeix conducta antijurídica imputable a l'Administració educativa, o si existeix pel contrari negligència o fet aliè del que l'Administració no vingui obligada a respondre.

Resulta a tals efectes d'especial interès la doctrina que emfatitza el concepte de "risc admissible", per referir-se a aquells danys que hom té el deure de suportar perquè es configuren

com una incidència normal i esperable que naturalment i socialment cal assumir d'antuvi.

- b. Danys físics soferts pels membres de la comunitat educativa dins el funcionament del servei aliè a la pràctica esportiva: fora de la pràctica esportiva, els membres de la comunitat educativa poden igualment ser receptors de danys. Per exemple, danys corporals per accidents o agressions.

Quan es tracta de danys físics soferts per alumnes, s'acostuma a considerar que en ensenyaments no superiors els Centres són responsables de la custòdia d'aquest col·lectiu (art. 33 de la Llei 12/2009, de 10 de juliol d'educació de Catalunya), per la qual cosa quan es pugui predicar infracció al règim de custòdia l'Administració educativa respondrà dels danys soferts tant pels mateixos com pels causats pels mateixos; és a dir, quan l'alumne d'ensenyament no superior es agent o receptor del dany, n'ha de respondre l'Administració educativa si pot argumentar-se, com així serà en la majoria de supòsits, infracció a les obligacions de custodi.

Dins aquests cassos de danys soferts per alumnes es dóna una casuística variada; entre d'altres:

- i) Danys derivats d'agressions entre alumnes: per regla general es considera que l'Administració respon dels danys derivats en tals situacions en ensenyaments no superiors, per infracció del deure de custòdia. No així en ensenyaments superiors. Encara que cal valorar tant el comportament de la víctima com la diligència administrativa en la vigilància i el control tant abans de causar-se el dany com després (STSJ Catalunya 338/2011, de 17 de març, JUR 2011\179306)
En canvi, quan es tracti d'ensenyaments universitaris, al inexistència del deure de custòdia haurà de comportar una anàlisi especial del compliment dels deures generals de l'Administració educativa, per exemple, en el cas d'un acte organitzat per una universitat (una conferència sobre Palestina)

que va generar en baralles tumultuoses, la STSJ de Madrid 802/2013, de 12 de novembre (JUR 2014\14685) opina que no existeix cap *“anormalidad por parte de La Administración en la obligación de velar por la seguridad de los eventos que tengan lugar en las distintas Facultades, obligación que es de actividad y no de resultado.”*

- ii) Danys derivats d'agressions a personal docent: en aquest cas el principi d'indemnitat del servidor públic en exercici de les seves funcions obliga, en principi, a indemnitzar a aquest en tot danys que rebi en exercici de les seves funcions. Per tant, els paràmetres a considerar serà si existeix culpa de la víctima o no; i si existeix exercici de funcions o si pel contrari el servidor públic actua fora del servei.
 - iii) Danys soferts fora de l'horari escolar: imaginem danys soferts a l'accedir a les instal·lacions un cop tancades per acabament de la jornada ordinària. En tals cassos, la responsabilitat de l'Administració educativa s'ha de modular amb l'anàlisi de les circumstàncies relatives al compliment de la normativa de seguretat, de la dificultat o facilitat d'accés a les instal·lacions, i a la imprudència de la víctima.
 - iv) Danys soferts fora del centre escolar, dins horari escolar: els danys soferts fora del centre dins horari escolar només seran imputables en els cassos en que el centre tingui atribuïda normativament la càrrega de la custòdia del damnificat, cosa la qual succeeix tan sols en l'educació no superior.
- c. Danys psicològics soferts dins el servei d'ensenyament: assetjaments (escolar -bullying- o laboral -mobbing-). La diferència entre bullying o mobbing és simplement subjectiva: en el primer hi ha conductes assetjadores d'alumnes a companys; mentre que en el segon hi ha conductes assetjadores de la direcció del centre contra treballadors del mateix. Però objectivament, en qualsevol cas, significa la presència d'una conducta d'assetjament: acció conducer a produir por, terror, menyspreu o desànim en el receptor,

el qual sofreix un dany psicològic fruit de la conducta assetjadora; aquest comportament assetjador es caracteritza per una violència psicològica injustificada a través d'actes negatius i hostils dins o fora del desenvolupament del servei.

Respecte del bullying ²⁵, l'art. 1.k de la Llei Orgànica 2/2006, General d'educació, contempla com a principi inspirador del sistema educatiu nacional *“La educación para la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos, así como para la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y en especial en el del acoso escolar”*; i per tant l'eradicació de l'assetjament es com conducta exigida pel respecte al dret a la integritat física i moral (art. 15 CE); i que correspon a un dret elemental dels alumnes aquesta integritat, amb el corresponent deure que s'imposa a l'Administració educativa de vetllar per a la seva preservació. Per tant, en cassos de reclamació de responsabilitat per aquest motiu serà de vital importància l'examen de les conductes de l'Administració davant activitats potencialment assetjadores, de forma que davant l'evidència de les mateixes, un comportament passiu o no suficientment reactiu i protector segurament acabarà imposant a l'Administració l'obligació d'indemnitzar els danys.

Respecte al mobbing, la doctrina especialitzada és abundant, inclou en aquesta categoria els següents comportaments:

- mesures adoptades contra la víctima: el superior li limita les possibilitats de comunicar-se, li canvia la ubicació separant dels seus companys, es jutja de manera ofensiva seu treball, es qüestionen les seves decisions.
- Atac mitjançant aïllament social.
- Atacs a la vida privada.
- Agressions verbals, com cridar o insultar, criticar permanentment el treball d'aquesta persona.
- Rumors: criticar i difondre rumors contra aquesta persona.

²⁵ Encara que dirigit a temes de l'ordre penal, resulta d'interès la Circular de la Fiscalia 10/2005, de 6 d'octubre, sobre el tractament de l'assetjament escolar des del sistema de justícia juvenil

Sobre el mobbing com supòsit de responsabilitat patrimonial de l'Administració podem donar coneixement de la STSJ del País Basc 231/2017, de 7 d'abril (RJCA 2017\534), de la qual en destaquem a peu de pàgina les consideracions de més interès

26

²⁶ Reprodueix la sentència del TS de 16 de febrer de 2011 que diu:

"Este asunto del acoso laboral o mobbing que no constituye una novedad en el ámbito de las relaciones laborales en cualquiera de sus manifestaciones, bien en la empresa o en la función pública, posee dos vertientes distintas de examen ya sea desde el punto de vista médico o jurídico, pero que, en último término, ambas necesariamente confluyen, de modo que han de coincidir las dos para que pueda afirmarse que existe en el caso concreto esa situación objetiva de acoso.

Desde esos dos puntos de vista se define el acoso laboral -mobbing- como aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autotestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Según el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo se trata de «aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo».

Se trata de un fenómeno laboral muy antiguo aunque de reciente actualidad, que es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/2007 [sic], de 9 febrero, que vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 de la Constitución española, y que en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Derechos básicos cuya infracción por parte empresarial es calificado como un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Los mecanismos del mobbing admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones) y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Pero, en todo caso, la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (presión continuada, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad en la conducta empleada) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado ¿que no colectivo- del destinatario). Requisitos que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el «síndrome del quemado» (burn out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos ¿objetivos y subjetivos- que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que caracterizan el acoso moral. Pero en todo caso, los citados elementos del acoso permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio ¿abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales, pues en el primero se lesionan los derechos fundamentales de la persona ¿básicamente su dignidad e integridad moral-, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial.

Esta sala y sección en sentencia de diez de marzo de dos mil diez, recurso de casación núm. 2.001/2009, se ha hecho eco de modo sustancial de esta definición del acoso laboral o mobbing tomándola de la sentencia de instancia al afirmar que se define como tal una situación en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esta persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo".

A nivell de responsabilitat patrimonial, però, val la pena diferenciar el mobbing com assetjament, que serà conducta reprobable que obligarà a l'Administració a indemnitzar danys, d'allò que fora simplement un exercici abusiu i arbitrari de les facultats empresarials (igualmente il·lícit, però difícilment hàbils per a la producció de danys). Aquí rau la zona grisa: d'una banda la dificultat de demostrar conductes assetjadores (la majoria de resolucions desestimàtores de responsabilitat matrimonial per assetjament es basen en manca de prova); i d'altra banda la dificultat de situar la barrera separadora de l'assetjament i l'exercici de la potestat empresarial arbitrària.

- d. Respecte dels danys físics o psicològics tractats fins ara, pot plantejar-se el problema de si, respecte dels que siguin menors d'edat, cal efectuar valoració dels dies de baixa que el dany requereixi fins la seva recuperació. Sembla que el criteri majoritari sigui favorable al còmput i valoració dels dies de baixa del menor (STS de 4 de maig de 2005, RJ 2005\4903) ²⁷, encara que algunes opinions en són contràries perquè entenen que no és un perjudici indemnitzable els dies de baixa d'un escolar menor a no ser que s'acrediti un perjudici acadèmic significatiu ²⁸.
- e. Danys materials sobre béns: es refereix al cas de danys soferts sobre béns patrimonials com a conseqüència del funcionament del servei educatiu. En podem analitzar diferents hipòtesis:
 - i) Danys causats en horari escolar (per exemple trencaments de vidres, desperfectes en el Centre o en edificis propers, causats per membres de la comunitat educativa (normalment, estudiants): aquests cassos

²⁷ Aquesta sentència revoca l'anterior de la Sala Territorial que va negar la indemnització a un menor per dies de baixa, i acorda una indemnització per aquest concepte a raó d'un preu unitari per dia de 7.368 pessetes durant seva estada hospitalària i 3.158 pessetes, durant la seva estada no hospitalària.

²⁸ En aquest sentit dictamen 119/2016, de 12 de maig, del Consell Consultiu del Principat d'Astúries
http://www.ccasturias.es/documentos/2016/dictamen_0119-16.pdf

s'analitzen igualment sota el prisma del deure de custòdia que correspon al centre.

ii) Danys causats fora de l'horari escolar: en aquest cas normalment el paràmetre a considerar serà si existeix activitat de servei a la qual es pugui imputar la conducta danyosa

f. Danys derivats de la pèrdua o sostracció d'objectes: com succeïa en el servei públic sanitari, les reclamacions que es plantegin en tals cassos acostumen a centrar l'atenció en l'anàlisi del deure de custòdia, que no és en principi predicable del centre d'ensenyament en cassos normals (supòsits extraordinaris apart), Això no obstant s'insisteix en el deure de vigilància i custòdia que correspon als professors com a membres de la comunitat educativa.

c.4.5.- Cassos de reclamació per danys al servidor públic en l'exercici de les seves funcions: la responsabilitat patrimonial en l'àmbit professional. Encara que no tant nombrosos en la pràctica forense, val la pena igualment, seguint la mateixa sistemàtica, resumir en primer lloc una sèrie de qüestions generals, per passar després a detallar una podríem dir *sub-casuística* de característiques i notes diverses.

c.4.5.1. Quan les notes generals, destacarem que el servidor públic té garantida la indemnitat en l'exercici de les seves funcions; per la qual cosa, pel cas de que no existeixi norma específica aplicable (que sí existeix respecte de les bestretes per desplaçaments o similars, entre d'altres cassos) serà d'aplicació el principi general de la indemnitat, que avui es pot residenciar dins l'art. 28 de l'Estatut Bàsic de l'ocupació pública aprovat per Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre (conegut pel seu acrònim en espanyol: EBEP): "*Los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del Servicio*".

c.4.5.2. Quan els casos particulars, destacarem els següents:

a. Agressions entre treballadors públics: s'acostuma a entendre que la responsabilitat de

l'Administració requereix de la presència de conducta en exercici de funcions d'algun dels intervinents; ja que altrament no existirà funcionament del servei (ni normal ni anormal).

- b. Agressions causades per pacients: per exemple, com a conseqüència de cops rebuts en ocasió de reduir un comportament agressiu d'un pacient. En tals cassos, el principi general d'indemnitat del treballador públic en exercici de les seves funcions ha de comportar generalment el dret a la reparació del dany a càrrec de l'Administració (salvant el comportament negligent o amb infracció de normes del receptor del dany).
- c. Accidents in itinere: es tracta de casos en que un treballador públic sofreix un accident de camí anant al o tornant del centre de treball: tampoc son danys que l'Administració vingui obligada a respondre, ja que tampoc és funcionament del servei (ni normal ni anormal)
- d. Sostracció o pèrdua d'objectes personals del treballador públic en el centre de treball: tampoc existeix responsabilitat patrimonial de l'Administració, perquè en principi no fa referència al funcionament del servei (ni normal ni anormal). L'Administració en cap cas ve gravada amb l'obligació de custodiar els béns dels seus treballadors. En aquest sentit, es considera que no és raonable exigir un servei de seguretat que posi vigilància a cada emplaçament d'una edificació, ni tant sols en aquells llocs exclusivament utilitzats pels funcionaris; per tant, en tals situacions, les pèrdues o sostraccions d'objectes personals acostumen a tenir per causa la manca de vigilància imputable al propi titular del be perdut o sostret.
- e. Denúncies sense fonament: existeixen abundants cassos en que el treballador públic se sent perjudicat, normalment amb danys morals, per la presentació de denúncies contra d'ell que al final són considerades sense fonament. En els cassos en que es plategen aquestes reclamacions normalment es desestimen al considerar que el funcionari està gravat amb la càrrega de suportar aquestes

denúncies. Dit en paraules planeres, es considera que l'eventualitat de denúncies infundades "va amb el càrrec" de funcionari.

c.4.6.- Cassos de reclamació per danys causats per defectes de conservació del mobiliari afecte a la prestació del servei: sigui mobiliari urbà, sigui vehicles de transport, sigui instal·lacions o mobiliari sanitari, o qualsevol element moble emprat en la prestació del servei; es tracta de cassos en què el dany deriva per un estat de conservació deficitari d'elements mobles afectats al servei. Evidentment l'Administració a qui correspongui el deure de conservació haurà de respondre dels danys causats; responsabilitat la qual es pot excloure o limitar aplicant la teoria general de la força major, fet del tercer o culpa de la víctima.

La casuística que es contempla és molt variada: danys per conservació inadequada de vehicles de transport; o per conservació inadequada d'elements de joc en parcs infantils; o de mobiliari urbà (són relativament freqüents els danys causats per bancs públics defectuosament ancorats al sòl); o el cas de danys produït per desplaçament d'elements de mobiliari pel vent (es consideren defectes d'ancoratge quan els contenidors de brossa es desplacen per acció del vent, per exemple); o el cas de danys produïts per caiguda d'arbres a la via pública. Tots ells són cassos que cal resoldre amb l'aplicació de les normes generals que acabem de recordar.

c.4.7.- Danys causats en activitats organitzades per l'Administració: el cas de les festes populars. Segons ha considerat la jurisprudència tradicional dins l'àmbit del funcionament dels serveis públics cal ubicar-hi el supòsit de festes populars organitzades pels ajuntaments o patrocinades per aquests, fins i tot quan la gestió de les mateixes s'hagi realitzat per comissions o fins i tot per entitats amb personalitat jurídica independent incardinades en l'organització municipal (Ss. TS de 13 de setembre de 1991, 11 de maig de 1992, 23 de febrer, 25 de maig i 18 des de 1995, 25 d'octubre de 1996, 15 de desembre de 1997, i 4 de maig, 19 de juny i 17 de novembre de 1998, entre d'altres). Per tant, el títol d'imputació de la responsabilitat és la titularitat administrativa del servei, que exigeix a l'Administració titular un especial deure de diligència per tal d'evitar situacions de perill o risc; i normalment es posarà especial atenció a l'anàlisi

de la conducta del perjudicat i al nivell de risc admissible, a l'altra punt de las balança; aquests, normalment, són els elements determinants en l'enjudiciament d'aquests supòsits.

c.4.8.- Cassos de reclamació per danys causats per l'anul·lació d'actes administratius: Ja hem afirmat que la simple anul·lació d'un acte no comporta per se el dret a la indemnització; però cal afegir que en aquests cassos la doctrina acostuma a insistir dues consideracions d'interès:

- l'acte anul·lat no pot ser generador de drets, sens perjudici de que l'Administració haurà d'indemnitzar els danys i perjudicis que l'anul·lació comporti si es donen els requisits generals de la responsabilitat administrativa. És a dir l'acte anul·lat no dóna drets perquè precisament cal fer eliminar els seus efectes; altra cosa és si la desaparició d'aquests efectes produeix un dany o perjudici fàctic, aquest sí, calgui indemnitzar-lo. Això es veu molt clar en els cassos d'anul·lació d'una llicència: com afirmen GARCIA DE ENTERRIA i PAREJO ALFONSO, el particular haurà de ser indemnitzat no pas per l'aprofitament urbanístic que contemplava la llicència anul·lada (ja que la llicència anul·lada no és fon d'adquisició de drets) sino pels danys i perjudicis efectius soferts pel titular de la llicència com a conseqüència de l'exercici d'una activitat primerament autoritzada i posteriorment declarada contrària a dret ²⁹; la indemnització inclourà doncs el cost d'execució de l'obra fins al moment de la seva anul·lació, i el cost de l'enderroc, però no el valor de l'edificabilitat que donava la llicència. En general, però, els conceptes que inclou el dany i perjudici real i efectiu en tals cassos pot ampliar-se a una varietat de supòsits ³⁰

- Caldrà analitzar dins l'acte anul·lat si aquest resisteix una anàlisi de "paràmetres de racionalitat exigibles". És a dir, si, malgrat la seva anul·lació, la decisió administrativa reflecteix una interpretació raonable de les normes que aplica, orientada a satisfer les finalitats per a les quals s'ha atribuït la potestat A l'Administració. Així ho consideren les sentències del TS

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., Lecciones de Derecho urbanístico, 2ª edición, ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 652.

³⁰ Veure amb més detall LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA URBANÍSTICA. Mariona Lleal Grau pp 289 ss
<https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/9289/tml1g.pdf?sequence=5>

de 14 de juliol i 22 de setembre de 2008, dictades en unificació de doctrina (RJ 2008\3432 i RJ 2008\4543, respectivament).

La casuística que es contempla és molt variada: anul·lació d'actes de liquidació de l'Administració tributària; anul·lació de procediment de selecció de treballadors públics; anul·lació d'actes d'adjudicació de contractes; anul·lació de llicències urbanístiques, etc. Tots ells, també, són cassos que cal resoldre amb l'aplicació de les normes generals que acabem de recordar.

c.4.9.- Cassos de reclamació per danys causats per inactivitat administrativa. La inactivitat administrativa (tant la formal com la material) es susceptible de produir danys en béns i drets dels particulars que calgui indemnitzar. En general, la inactivitat de l'Administració bé pot definir-se com l'omissió d'activitat jurídica o material davant l'existència d'un deure d'actuar fixat en la norma o en altre títol vàlid (per exemple, contracte o fins i tot acte administratiu).

Seguint a SANCHEZ MORON, la inactivitat administrativa, ja sigui formal o material, pot generar la responsabilitat patrimonial de l'Administració i conferir als afectats el dret a una reparació, quan ocasioni danys i perjudicis que tinguin el caràcter de indemnitzables, supòsit que no és insòlit dins la jurisprudència (esmenta l'autor que seguim casos d'omissió de vigilància deguda STS de 26 de setembre de 1998, 8 de maig de 2001 i 3 de desembre de 2002); adverteix, però, que la doctrina legal al respecte és molt matisada.

Els punts neuràlgics de la responsabilitat patrimonial per inactivitat es trobarà normalment en l'anàlisi de l'existència del deure d'actuar en positiu, de l'explicació de la conducta administrativa omissiva, de l'anàlisi del dany i la seva antijuridicitat; en la valoració d'allò primer (existència d'obligació d'actuar) la jurisprudència acostuma a acudir no només a l'anàlisi de si existeix incompliment o no, ans també a allò que exigeix el principi d'eficàcia; així ho diu la STSJ del País Basc 592/2000, de 22 de juny RJCA 2000\2111:

“...en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las

normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa”

I és que, en el fons, cal efectuar una valoració dels mitjans de què disposa l'Administració per fer-ne una consideració d'allò que podríem anomenar “estàndard de servei”. Així ho diu la STSJ Castella i Lleó 1097/2017, de 5 d'octubre (JUR 2017\271376) en un cas que examina l'incompliment de l'obligació de manteniment de les vies per part de l'Administració titular:

su obligación ... 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 Publicas... 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 (sentencia del Tribunal Supremo 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...”.

Pel demés, es tracta, simplement, d'extremar les característiques generals de la responsabilitat patrimonial en aquests cassos d'inactivitat, sense que, en principi, sorgeixin tints o característiques diferencials.

Quant a la casuística de la responsabilitat patrimonial per inactivitat, és molt diversa:

- inactivitat per omissió en l'exercici de les atribucions de prevenció i vigilància respecte de l'ús dels serveis i instal·lacions portuàries (STSJ País Basc 30/2002, de 18 de gener RJCA 2002\755).

- inactivitat per omissió de l'Administració titular de l'explotació del servei en el compliment dels deures de conservació i manteniment dels elements de les carreteres per tal de mantenir-les útils i lliures d'obstacles en garantia de la seguretat del trànsit (SsTSJ País Basc 592/2000, de 22 de juny RJCA 2000\2111; STSJ Castella i Lleó 1097/2017, de 5 d'octubre JUR 2017\271376).
- Inactivitat per manca de compliment del deure de neteja d'una propietat pública (STSJ Andalusia 2118/2017 de 31 d'octubre JUR 2017\309147; STS 1526/2017 de 9 d'octubre RJ 2017\4616)
- Inactivitat per demora en la resolució d'expedients; la SAN de 6 de juny de 2006 (RJCA 2006\447) considera que aquest retard, en l'homologació de títols acadèmics, produeix uns danys que són indemnitzables perquè són certs, quantificables econòmicament, individualitzats i tenen com a causa el retard en la resolució de l'expedient.

Cas específic de demora en la resolució d'expedients el constitueix el supòsit d'incompliment del termini per a la concessió de llicències urbanístiques: supòsit avui expressament regular a l'art. 48.d de la Llei de Sòl, que proclama la responsabilitat patrimonial en cassos de "*demora injustificada en su otorgamiento*". Podria pensar-se que la regla del silenci positiu exclouria la responsabilitat administrativa per danys, ja que l'interessat podria entendre atorgada per silenci la seva sol·licitud i iniciar l'obra corresponent; la realitat, però, ens demostra tot el contrari: l'especial inseguretat que genera el silenci en sí, la seva usual projecció en situacions de material litigiositat, la previsió relativa al sentit negatiu del silenci si es tracta d'adquirir facultats o drets contrària a l'ordenació territorial o urbanística (article 11.3 del TRLS de 2015). Per tant, és del tot evident que la demora injustificada en l'atorgament de la llicència és el supòsit més problemàtic pel que fa a la producció de danys.

- Inactivitat davant denúncies contra usos o activitats contràries a l'ordenament: en un cas de denúncia d'una activitat que el recurrent considerava contrària a dret i per tant imputava a l'Administració la seva passivitat de tolerància sobre una activitat clandestina, la STSJ València 359/2017, de 17 de maig JUR 2017\212705, centra

el seu argumentari en analitzar si l'actitud administrativa pot qualificar-se com antijurídica, cosa la qual no aprecia en el cas.

- Inactivitat davant de l'incompliment de les condicions amb les que s'ha autoritzat determinada activitat. El cas més recurrent d'aquests supòsits es troba en els sorolls derivats de determinades activitats que, per molt que comptin amb les corresponents autoritzacions o llicències, excedeixin els límits reglamentaris fixats. Poden considerar-se, en general, immissions en el medi, en la mesura que produeixen contaminacions (no només sonores; poden ser igualment lumíniques; orgàniques; químiques -per vessaments que produeixin contaminació-, etc) que l'Administració té obligació de controlar, reprimir i reparar. Si tal obligació no es compleix, per tant a partir d'una conducta radicalment (o suficientment) omissiva, poden néixer legítimament pretensions de responsabilitat. I, en el tema de les immissions sonores, la jurisprudència insisteix que pot adquirir dimensió constitucional, en la mesura que afecten a drets emparables (domicili inviolable; art. 18.2 CE) i fins i tot a altres parts del text constitucional malgrat no sigui àmbit del recurs d'empara (dret a la dignitat personal de l'art. 10; dret a la protecció de la salut de l'art. 43; dret al medi ambient digne i adequat de l'art. 45; tots de la CE). La jurisprudència dictada en la matèria centra l'atenció en diferents aspectes: l'activitat esmerçada pel Municipi en la regulació, prevenció i control de les immissions sonores; l'existència i acreditació dels sorolls realment produïts per sobre dels límits autoritzats; però, per atendre reclamacions de responsabilitat patrimonial cal acreditar a més l'existència d'un dany (cosa la qual requerirà d'una demostració addicional) i la seva quantificació; a més, pels cassos en que s'al·legui infracció a un dret fonamental, la jurisprudència acostuma a exigir un "plus d'immissió", ja que no una infracció de reglaments qualsevol tindrà virtualitat suficient com per significar una vulneració de la funcionalitat de l'habitatge. Podem citar una llarga llista de resolucions jurisdiccionals en aquesta matèria: STSJ de Castella i Lleó 245/2017, d'1 de desembre (JUR 2018\26983); STSJ Castella La Mancha 10370/2016, de 30 de desembre (JUR 2017\66218), STSJ de Catalunya 416/2016, de 14 de juny (JUR 2016\199866), STSJ de Múrcia 536/2012, de 28 de maig (RJCA 2012\775).

Com sia que les immissions sonores s'entenen constitutives d'infracció de l'art. 8 del Conveni Europeu de Protecció dels Drets Fonamentals ³¹, existeix igualment abundant jurisprudència europea sobre la matèria; com la recent sentència del TJUE de 16 de gener de 2018, que ha condemnat Espanya a indemnitzar amb 13.671,26 euros ³² a un veí del barri de Sant Josep de València que va denunciar que les autoritats locals no estaven actuant contra l'alt nivell de contaminació acústica de la zona on viu a causa de l'obertura de bars i clubs nocturns. Aquesta recent sentència considera que la inacció o l'acció ineficaç en la presa de decisions i solucions davant de l'agressió acústica pot portar a una nova condemna als Estats de la Unió Europea. El conveni Europeu de Protecció dels Drets Fonamentals, doncs, ve a establir una referència i avís important, constituint-se com a garant de l'eficàcia necessària enfront de les molèsties per soroll.

D.-EFECTES DE LA RESPONSABILITAT DE L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA:

De la concurrència dels requisits anteriorment tractats se'n deriva la conseqüència elemental de que l'Administració ha d'indemnitzar el dany causat; seria una obligació que neix contra l'Administració pública de la llei.

Sobre aquest efecte reparador caldria efectuar les següents consideracions:

1.-Per començar amb qüestions de tractament poc complicat, podríem dir que la reparació pot ser in natura o en espècie, a través en el darrer cas de la compensació en espècie o de la traducció a diner.

De la reparació in natura cal destacar la doctrina a l'ús sota la vigència de la normativa anterior, que havia centrat l'atenció en que, malgrat la no previsió d'aquestes reparacions, la inexistència de prohibició de les mateixes significava la possibilitat de que el Tribunal les imposés, a l'empara dels poders que li conferia l'antic art. 84-b) de la Llei jurisdiccional, avui 105.2, d'adoptar les mesures necessàries

³¹ Artículo 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

³² 7,000 euros en dany monetaris i no monetaris i 6.671,26 euros per costes judicials.

per l'efectivitat del dret (GARCIA DE ENTERRIA, SANTAMARIA, PAREJO).

La reparació in natura, pròpiament, tampoc venia contemplada a l'art. 141.4 de la Llei 30/1.992; ni tampoc en l'art. 34.4 de la vigent Llei 40/2015, amb la qual cosa hem de seguir a l'aixopluc de la doctrina meritada.

La reparació en espècie, entesa com l'atorgament d'altre tant d'allò privat amb la conducta productora del dany, ja ve pensada i tractada 34.4 de la Llei 39/2015 (també a l'art. 141.4 de l'anterior Llei 30/1992). No és pensada aquest tipus de reparació com sistema habitual, ja que per tal que pugui donar-se s'exigeix en qualsevol cas un conveni entre l'Administració i el perjudicat, al qual l'Administració pot consentir quan aquesta forma de reparació sigui més adequada per aconseguir la reparació i convingui a l'interès públic.

La forma de reparació normal serà, doncs, la traducció del dany a diner i la imposició a càrrec de l'Administració de satisfer la suma dinerària.

2.- Sigui quina sigui la fórmula reparadora que s'imposi, cal destacar uns principis generals aplicables en tots els cassos; a saber:

-principi de reparació integral: és clar, en primer lloc, que la quantificació ha de tenir en compte tant el *damnum emergens* com el *lucrum cessans*. Cosa la qual es podria deduir del mateix art. 106 del text constitucional, quan obliga a indemnitzar tota lesió en qualsevol be o dret; s'està afirmant, aleshores, una obligació de reparació integral dels danys, que presideix en general el tractament de la responsabilitat civil (Art. 1.106 del Codi). Aquesta obligació de reparació integral és abastament reiterada en la jurisprudència contenciosa. La qual ha declarat que això suposa l'obligació de deixar indemne a la víctima del dany sofert, com si no hagués passat, com si no l'hagués patit. I les dificultats surten, normalment, no en la consideració abstracte dels conceptes, ans en la seva quantificació; els danys corporals o físics -ja s'ha dit- o, sobre tot, el lucre cessant, són d'enorme dificultat en la seva quantificació, i, està clar, la falta de demostració equivaldrà a la negativa al rescabament (S. TS 9.7.84).

Cal destacar, en qualsevol cas, que el sistema espanyol, compartint característica amb la majoria de sistemes continentals, no valora cap quantia addicional a allò que sigui

damnum emergens més *Lucrum cesans*. En especial no seran mai objecte de quantificació allò que en els règims anglosaxons es consideren *punitive damages*, que consisteix en una quantia addicional als propis danys amb l'objectiu de castigar al responsable amb finalitat coercitiva. En el sistema anglosaxó són coneguts els cassos dels danys mediambientals, en que per concepte de *punitive damages* es reconeixen quantitats que quintupliquen en ocasions el muntant del propi dany³³.

-preceptes de ius cogens: en règims de responsabilitat subjectiva com el civil es pot pactar l'exclusió per casos de culpa lleu (no per casos de dol o culpa greu). En canvi, en règims de responsabilitat objectiva com és l'administratiu, no es pot pactar cap tipus d'exclusió, ni en relacions contractuals -en les relacions Administració contractista- ni en relacions extracontractuals -on pròpiament la responsabilitat apareix-, ni a priori de la producció del dany ni a posteriori.

Si el pacte no val per excloure la responsabilitat administrativa, tampoc s'ha d'admetre per modular-la o per regular-ne el seu funcionament a través de regles convencionals.

Els únics pactes que s'admeten (39.4 Llei 39/2015) són per establir la reparació en espècie, per determinar el quantum o per ajornar el pagament de la mateixa en varis terminis; però res més.

3.- Pels cassos en que es procedeixi a la reparació compensatòria, cal partir d'una valoració del dany. En el qual cas hem d'analitzar aquests criteris, des de la seva vesant material i des de la seva vesant temporal.

-criteris de valoració materials: es tracta d'indagar ara quins criteris s'han de seguir per tal d'establir la valoració material dels danys.

A aquest efecte, l'art. 34.2 de la Llei 39/2015 estableix una regla molt genèrica: "*La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables,*

³³ Pel vessament de cru del petrolier Exxon Valdez (succeït a l'any 1989, consistent en el vessament de 37.000 tones davant les costes d'Alaska) la companyia propietària del fletament va haver de pagar una multa de 25 milions de dòlars al govern federal i 900 milions de dòlars per reparar danys mediambientals. A més, el jurat popular del cas va concedir 5.000 milions de dòlars en danys punitius. En canvi, en el vessament del Presitge (succeït a l'any 2002, consistent en el vessament de 64.000 tones davant les costes de Galícia) el TS espanyol va reconèixer una indemnització per danys i perjudicis en la quantia de 1.500 milions d'Euros (sense cap quantia addicional per *punitive damages*, encara que el Govern espanyol es va reclamar posteriorment davant la justícia americana, la qual va desestimar les demandes)

ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. 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 la determinació del valor real té especial importància el dictamen de pèrits (serveixi, per totes, les Ss. del TS. de 2.6.82 i de 30.9.02), si bé el caràcter preferent d'aquesta no exclou l'examen de les altres que obrin en l'expedient administratiu (S. de 22 de juny de 1995, Ar. 4780). I la seva valoració ha de fer-se «amb criteris lògics i correctes, acomodats a les regles de la sana crítica, com exigeix l'article 632 LEC ³⁴» (S. de 21 de maig de 2003, Ar. 4088).

Entenem que cal interpretar aquesta regla, en el mateix sentit que el conegut art. 43 de la Llei d'Expropiació Forçosa, proclamant la preferència de les valoracions segons criteris de mercat, podent servir les valoracions fiscals com criteris de referència o mínims garantits, però sense virtualitat limitativa del màxim indemnitzable. Segons l'Exposició de Motius de la Llei (ap. 15) es tracta d'arbitrar un criteri de reparació que apunti a la consecució de la reparació real.

En matèria de danys personals, la tendència jurisprudencial majoritària que utilitzava per a la seva quantificació els barems de la Llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles a motor s'ha vist incorporada a la redacció de l'art. 34.2 de la Llei 40/2015, això sí, com a criteri potestatiu. Els barems avui vigents figuren en taules annexes al Reial Decret Legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre, barems que són actualitzats anyalment ³⁵.

Precisament pel seu caràcter no preceptiu, no manquen resolucions que alerten sobre la necessitat de superar aquest barem, o fins i tot prescindir-ne, quan de l'aplicació del mateix no s'aconsegueixi la reparació real del dany (STS de 21 d'abril de 1998, Ar. 4045, o STSJ País Basc de 3 de febrer de 2.000 RJCA 2000\671)

Per la determinació dels derivats d'una mort, s'acostuma a considerar l'edat de la víctima, els seus ingressos anyals, les càrregues familiars, les expectatives professionals fundades i altres mòduls objectius, que son ponderats pels Tribunals

³⁴ Es refereix al precepte aleshores vigent (LEC 1881), que equival a l'art. 348 de la LEC actual (Llei 1/2000, de 7 de gener)

³⁵ Darrera actualització per Resolució de 3 d'octubre de 2017 (BOE 25/10/2017)

(SANTAMARIA i PAREJO); la indemnització corresponent la podrà reclamar qualsevol dels afectats, i no només els que estan cridats a succeir-lo testadament o intestada.

Per la determinació dels danys físics cal incloure-hi les despeses mèdiques i hospitalàries, la pèrdua d'ingressos de la víctima, i les despeses originades en l'atenció al malalt (permisos laborals del familiar que n'ha tingut cura) i s'han de quantificar igualment les seqüeles.

Igual succeeix amb els danys morals, que en la majoria d'ocasions és un concepte més del muntant indemnitzatori, afegit als danys físics o psíquics.

En cap cas, però, dins els conceptes indemnitzatoris, s'inclouran les partides de l'Advocat i Procurador, ja que el dret al rescabament d'aquestes despeses ve regulat pels criteris d'imposició de costes que arbitra l'art. 139 de la Llei Jurisdiccional (ss.TS. 29.10.80 i 13.11.81); alguna doctrina critica aquesta exclusió, en la mesura que han estat despeses necessàries per aconseguir la reparació, i suposa una falla important al principi de la integritat de la reparació. Pensem que en el procés civil, quan no existia norma sobre imposició de costes per venciment, s'acudia al 1.902 del Codi per regular la imposició de les mateixes, en clara mostra de que estem en presència, tan en matèria de costes com de responsabilitat, no de dues coses diferents, sinó del gènere i l'espècie.

-criteris de valoració temporals: es tracta d'indagar ara a quin moment s'ha de referir la valoració material dels danys: al moment en que es produïren? o al moment en que es reparen?

La jurisprudència, tradicionalment, s'havia mostrat constantment preocupada per tal que el principi de reparació integral no quedés desdibuixat pel retard que es produïa entre la producció del dany i el reconeixement judicial del dret en la sentència i la seva quantificació posterior en execució de sentència. I des d'aquesta perspectiva o havia declarat que els perjudicis es quantificaven al moment del reconeixement judicial del dret, cridant a aplicació els principis d'equitat o economia processal, admetent fins i tot demanar més en via jurisdiccional d'allò que s'havia demanat en via administrativa (Ss. TS 28.6.77, 2.2.80, 25.9.84 i 22.11.85;) o indexava la quantitat determinada en funció de la depreciació de la moneda o de la pèrdua de poder adquisitiu (S. TS. 18.11.86). La sentència de 2.2.80, per la seva banda, fixava que si la indemnització no es satisfia dins els tres mesos següents existiria dret a

interessos; i si no s'abonava en sis mesos (termini que s'agafava de l'art. 106 de la Llei Jurisdiccional anterior) s'hauria de reevaluar la indemnització en propis tràmits d'execució de sentència.

Avui, però, l'art. 34.3 de la Llei 40/2015 (tal com ja va establir l'art 141.3 de la Llei 30/92, encara que ara es regula de forma més precisa), diu expressament que

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

Per tant, el principi de reparació integral es compatibilitza amb la demora en el pagament de la reparació amb tres regles: es determina el valor al moment en que el dany s'ha sofert, sigui quina sigui la data de resolució de l'expedient que ho estableixi; la valoració serà objecte d'actualització en la mateixa resolució aplicant l'índex de garantia de competitivitat; i la quantitat actualitzada meritarà interès fins el seu pagament conforme la normativa pressupostària.

La primera regla consistirà simplement en un tema d'acreditar el valor dels danys a un moment temporal concret. Amb la complexitat provatòria que això significa.

La segona regla (actualització del valor a la data de resolució) significarà aplicar al valor determinat l'índex de referència: Índex de garantia de competitivitat. Aquest índex va estar creat per la Llei 2/2015, de 30 de març, de desindexació de l'economia espanyola, establint una taxa de revisió de preus consistent amb la recuperació de competitivitat enfront de la zona euro, i pensada per a la revisió de preus de determinats contractes, per tal d'assegurar que els contractes als quals s'apliqui aquest nou índex contribueixin a garantir el manteniment de la competitivitat de l'economia en el mig termini. Es pot consultar l'índex a la web de l'Institut Nacional d'Estadística. Això planteja diferents problemes:

- L'índex de garantia de competitivitat més antic publicat fa referència a novembre de 2016. Com s'ha de fer l'actualització de danys causats amb anterioritat? Sembla que allò més lògic fora aplicar l'IPC pel conjunt nacional total, índex més remot que igualment facilita l'Institut Nacional d'Estadística.
- No té massa sentit actualitzar amb un índex de competitivitat pensat per a la revisió de preus de determinats contractes; ja que la reparació de danys soferts no té cap relació amb la competitivitat de l'economia nacional. Si l'aplicació d'aquest índex d'actualització trenca el principi d'integritat de la reparació del dany, difícilment resistiria una anàlisi de constitucionalitat.

La tercera regla és la de meritament de l'interès conforme a la normativa pressupostària. Aquesta normativa pressupostària es caracteritza per diferents notes:

- La mora es produeix als tres mesos de la resolució expressa (art. 24).
- La constitució en mora significa el meritament de l'interès legal del diner conforme el tipus que per cada any marqui la Llei de pressupostos (art. 17.2).
- La fórmula aritmètica de càlcul és $I = C \times i \times t / B$; en què:

I = interès d'un període

C = Quantitat que s'ha de pagar

i = tipus d'interès aplicat en tant per un

B = Base: nombre de dies que té l'any. Normalment 365, però en anys de traspàs 366

El temps (t) és la diferència entre el dia inici de còmput dels interessos (dies a quo) i normalment el moment de pagament (dies ad quem). Aquest serà el nombre total de dies, però els interessos es calculen al tipus vigent en cada període de temps (anual o semestral), el que obliga a realitzar càlculs parcials per cada període, donada variació dels tipus aplicables per a cada un.

- L'art. 24 de la LGP contempla un requeriment previ com a requisit aparentment constitutiu al meritament de l'interès moratori. En efecte, disposa que: *“Si La Administración no pagara al acreedor de La Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de La resolución judicial o del reconocimiento de La obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta*

Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación". Per tant, aflora el dubte: el dies a quo pel meritament de l'interès serà el de la resolució administrativa que fixa el valor (actualitzat), o tres mesos després que és quan l'Administració es constitueix en mora si no ha satisfet la indemnització, o al moment posterior en què el perjudicat reclami el pagament?

La doctrina i jurisprudència tradicionals entenien que la interpelatio del creditor era requisit necessari de l'acció, però no determinava el dies a quo de meritament de l'interès, ja que la norma estableix de forma clara que la valoració es fa en referència al "día en que la lesión efectivamente se produjo" (avui arts. 67.2 de la Llei 39/2015 i 34.3 de la Llei 40/2015), per la qual cosa el principi de reparació integral no tolera cap lapsus temporal entre aquesta data i la del pagament posterior en que no s'apliqui un índex d'actualització o un interès que més que penalitzar la mora el que fa es actuar en garantia de manteniment del valor.

Sobre aquests interessos moratoris GARCIA DE ENTERRIA, ja va formular fa anys una interessant precisió, que entenc cal estendre avui igualment a la fórmula de l'actualització del valor: no exclou el dret a una quantitat superior si es demostra que el simple interès de demora (o l'índex de recuperació de competitivitat en el seu cas) no compensa realment tots els perjudicis soferts. L'interès legal, o l'índex de recuperació, doncs, entren en funcionament tan sols en casos d'inexistència de prova dels perjudicis derivats de l'actualització del valor o de la mora en el pagament. Precisió que es fa particularment justificable en casos de responsabilitat per dol o culpa greu, ja que en aquest cas la indemnització ha de compensar la totalitat de perjudicis directes i indirectes; però que no pot eliminar-se en les indemnitzacions que no tenen per causa la culpa de l'agent sota el mateix principi de la integritat de la reparació.

4. Pel cas de que la indemnització compensatòria s'imposi amb el pagament dinerari, cal teoritzar sobre la possibilitat d'ajornar el pagament: un cop determinada la quantitat dinerària que es satisfà, es pot pactar el pagament ajornat en diferents terminis, només amb acord amb el perjudicat, al qual l'Administració podrà consentir quan resulti una forma més adequada de reparació i convingui a l'interès públic (arts. 86 de la Llei 39/2015 i 34.4 de la Llei 40/2015). En el qual cas

creiem que resulta innegable, en relació amb allò acabat de tractar, que també es meritaren interessos moratoris segons la LGP. Aquesta possibilitat de pacte d'ajornament pot donar cobertura igualment a admetre indemnitzacions consistents en pagaments de pensions en determinada periodicitat, avui admeses amb normalitat als Tribunals penals, i respecte de les quals la jurisprudència contenciosa tradicional s'havia mostrat contrària, però avui s'ha d'entendre possible a l'empara de l'art. 34.4 de la Llei 40/2015 "*cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público*".

Des del nostre punt de vista, i respecte de la possibilitat d'establir indemnitzacions consistents en pensions periòdiques, cal dir:

-l'establiment de la mesura en via administrativa exigeix, ex. Art. 34.4, la conformitat o conveni entre les parts, amen dels requisits materials i processals comuns amb les indemnitzacions en espècie.

-l'establiment de la mesura en via contenciosa, de no existir aplanament a la demanda, no es pot portar pel precepte que comentem per quan la inexistència de conveni ho impediria. Però sí entenem fora admissible en mèrit les potestats jurisdiccionals que atorga l'art. 105.2 de la Llei jurisdiccional que permet a l'òrgan judicial adoptar les mesures necessàries pel restabliment ple de la situació jurídica individualitzada; sent així, no ha d'oferir cap dificultat al jutge administratiu per decretar amb caràcter obligatori i sense conveni el pagament de pensions per la producció de determinats danys.

5.-Un darrer efecte de la responsabilitat imposada contra l'Administració pública serà la possibilitat de repercutir contra el funcionari culpable. Es l'anomenada acció de repetició o de regrés. Aquesta acció de repetició o regrés ve regulada a l'art. 36 de la Llei 40/2015.

Aquesta acció de repetició i regrés té les següents característiques:

- no exclou la responsabilitat directe de l'Administració.
- no hi ha acció directe del perjudicat contra el funcionari. el particular afectat haurà de reclamar contra l'Administració

Pública a on el funcionari està integrat, i mai contra el funcionari directament.³⁶

- L'acció de repetició o de regrés ostenta l'Administració contra els seus funcionaris es dos supòsits: quan s'hagi vist obligada a indemnitzar a un perjudicat; i també quan els funcionaris han causat danys a bens o drets propietat de l'Administració (art. 36.3 Llei 39/2015). En aquest cas no hi ha hagut dany a tercer, per tant l'Administració no ha hagut de pagar res i, en conseqüència, no pot parlar-se d'acció de repetició. Però l'Administració ha sofert un dany, i tindrà acció contra el funcionari agent, amb els mateixos requisits i sota el mateix procediment de l'acció de regrés.

- l'acció contra el funcionari la decideix l'Administració Pública en exercici d'una potestat discrecional, amb l'aplicació dels principis generals a que es troba afecte la mateixa (NAVARRO).

- significarà, o podrà significar, la imposició d'una sanció disciplinària -en la mesura que existeixi la comissió d'una falta tipificada a la normativa funcional- i la obligació d'indemnitzar els danys per la seva quantia, obligació d'indemnització la qual no té natura sancionadora ans restauradora de la legalitat infringida. Per la seva distinta naturalesa i fonament, i sobre tot per la previsió normativa de procediments diferenciats, les dues mesures no podran acumular-se en un mateix procediment.

-per la imposició contra el funcionari de l'efecte reparador es tindran en compte una sèrie de criteris, com *“el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”* (Art. 36.2 Llei 39/2015).

-existeixen algunes Administracions públiques que, per imposicions de la negociació col·lectiva, assegurin amb les corresponents pòlisses de responsabilitat aquests riscos de

³⁶ Al sistema anterior a La Llei 30/1.992, constituït pels arts 121.1 de La Llei d'Expropiació Forçosa, 135 del Reglament i 42 i 43 de La LRJ, es preveia la possibilitat de que el perjudicat pogués optar entre dirigir-se contra l'Administració Pública, contra el funcionari individualment o contra ambdós simultàniament i conjunta; aquest sistema s'havia mantingut a l'Avantprojecte de La Llei RJAPPAC (art. 142), cosa la qual va ser informada negativament pel Consell d'Estat i el Projecte ja no va recollir, i tampoc, conseqüentment el text definitiu de La Llei. El mateix es manté a La Llei 39/2015.

l'acció de repetició o de regress, per garantir la seguretat i estabilitat dels funcionaris.

L'exercici de l'acció de repetició i regress (i de l'acció directa de l'Administració contra els seus funcionaris) es subjecta als següents requisits:

- per tal que l'Administració gaudeixi d'acció de regress és precís un requisit substantiu: la presència de dol o culpa greu del funcionari. Això significa bàsicament dues coses: d'una banda, que ja no juga un sistema de responsabilitat objectiu, si no subjectiu; i d'altra banda, que les simples faltes de servei, la negligència excusable i figures properes no donaran dret a la repercussió.

- cal, a més, un requisit processal: la tramitació d'un procediment, regulat als arts. 65 ss de la Llei 39/2015, amb les especialitats que contempla l'art. 36.4 de la Llei 40/2015, entre els quals tràmits destaca l'informe de la dependència o servei productor del dany i l'audiència del funcionari responsable. Aquest procediment acabarà amb la resolució que imposi o no la obligació d'indemnitzar, resolució la qual posarà fi a la via administrativa (art. 36,5 Llei 40/2015), però no és hàbil per la imposició de sancions, les quals hauran de venir, en el seu cas, d'un procediment diferent i que es pot tramitar simultàniament o successiva.

1.4 L'ACCIÓ DE RECLAMACIÓ DE RESPONSABILITAT. EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIO COMPETENT

A) L'ACCIÓ DE RESPONSABILITAT

S'ha dit que, en qualsevol cas, el particular que rep un dany en un dels seus bens o drets, conseqüència del funcionament del servei públic, té acció directa contra l'Administració, sense que en cap cas gaudeixi d'acció contra el funcionari. Aquesta acció de responsabilitat directe del perjudicat contra l'Administració Pública no es troba exempta de complexitats o qüestions a destacar:

1.-Primer cal examinar el termini de que disposa l'administrat per l'exercici de l'acció. Sobre aquest termini caldria realitzar les següents precisions:

- examen del termini:

- Per regla general, el termini, a tenor d'allò que disposa l'art. 67.1 de la Llei 39/2015, és d'un any.
- Aquest termini general d'un any és coincident amb el que regula la normativa civil estatal per l'exercici de l'acció de responsabilitat extracontractual (art. 1.968 en relació a l'art. 1.902 del Codi Civil); en canvi, pel CCC (art. 121.21.d) el termini aplicable a les accions de responsabilitat extracontractual és de 3 anys.
- En el cas de reclamar danys derivats de l'aplicació d'una llei declarada inconstitucional, o d'una norma declarada contrària al Dret de la UE, el termini per l'exercici de l'acció serà igualment d'un any des de la fermesa; això no obstant, només seran indemnitzables els danys produïts en els cinc anys anteriors a la sentència que declari l'anul·lació a no ser que la mateixa sentència disposi quelcom diferent (art. 34.1 Llei 40/2015).

- termini de prescripció o de caducitat: s'introdueix aquesta qüestió per tal de recordar que la doctrina anterior a la Llei 30/1992 s'havia fet ressò de la contradicció existent entre l'art. 122.2 de la Llei d'Expropiació Forçosa, que qualificava el termini com de prescripció, i l'art. 40.3 de la Llei de Règim Jurídic, que qualificava el termini com de caducitat; la doctrina s'havia mostrat dividida entre l'una i l'altre. La llei 30/1992 tancà la polèmica, ja que els paràgrafs 4 i 5 de l'art 142 parlen expressament de prescripció (ídem art. 4 del RD 429/1993); en el mateix sentit, avui, art. 67 Llei 39/2015.

- dies a quo: quin és el dies a quo a partir del qual comença el còmput del termini? La llei 39/2015, sobre aquesta qüestió, ens dóna les següents regles:

- Per regla general, l'any comptarà a partir de produït el fet o acte que motiva la indemnització o de manifestar-se els efectes lesius (art. 67.1);
- en cas de danys físics o psíquics, el termini començarà a comptar a partir de la curació o determinació de l'abast de les seqüeles (art. 67.1); la jurisprudència ha acostumat a entendre que en cassos de danys evolutius (que es produeixen en un moment, però evolucionen a partir del dia de producció) allò que determina l'inici del còmput del termini és el dia d'estabilització dels defectes lesius, cosa la qual, en cassos de danys corporals, es produeix en el moment en que queda determinat "l'abast de les seqüeles" (segons expressió de la llei).

- en cas de demanar-se els perjudicis per l'anul·lació d'un acte administratiu, el termini comença a comptar a partir de la "resolució administrativa o la sentència definitiva" que declari l'anul·lació, segons expressió de la Llei 39/2015, art. 67.1. S'acostuma a interpretar que el dies a quo en tals cassos comença amb la notificació de la resolució administrativa o jurisdiccional ferma; no es requereix la declaració de fermesa, sinó l'existència de resolució ferma (STS 6 de novembre de 2015, RJ 2015\5596).

La jurisprudència en la matèria ha precisat aquestes regles (ss. TS 12.2.70, 11.10.82, 16.4.84). I així podríem afirmar:

-si el dany es produeix de forma instantània i d'un sol cop, el termini de l'any començarà a contar des de la producció del fet que motiva el dany; és a dir, des de la producció del dany.

-si el dany es produeix, per molt que sigui d'un sol cop i instantani, sense coneixement del subjecte, a partir de quan començaria el termini? Pensem, per exemple, en una ocupació temporal de fet per obres i sense la corresponent indemnització; pot molt ben ser que el propietari no s'assabenti del dany fins que es desplaci a la finca; i si el terreny és erm, pot ser que trigui mesos o anys en assabentar-se. En aquest cas podríem cridar a l'analogia de l'art. 1.968.2 del Codi Civil i fer comptar el termini a partir del coneixement. No és, ni de bon tros, un plantejament agosarat o contra legem. Cal centrar la nota, en aquests supòsits, en la inexistència de notificació preceptiva de l'acte administratiu, preceptiva a tenor si més no de l'art. 39.2 de la Llei 39/2015, en el qual cas el termini no pot contar si no a partir, no de la notificació, o fins i tot més tard: a partir de la fermesa de la sentència que declari la il·legalitat de l'ocupació temporal. En efecte, ja que tot perjudici derivat d'activitat material necessita de la corresponent notificació. Però, i el perjudici derivat de la inactivitat? aquesta significa, per pròpia naturalesa, la inexistència de notificació, i aleshores no existiria altra opció que la d'aplicar literalment la regla de partida (dies a quo el de producció del dany), però només en la mesura que la inactivitat no signifiqui una responsabilitat continuada.

-pot ser que l'activitat generadora del dany es produeixi a un moment, però que els efectes lesius no es manifestin

fins més tard (danys produïts per filtracions de xarxes d'aigua o clavegueram, per exemple); en aquest cas el termini anual contarà a partir de la manifestació dels efectes lesius.

-si el dany és continuat, fruit d'una activitat (o inactivitat) duradora, o si els efectes lesius es manifesten de forma oscil·lant sense cessar o estabilitzar-se, el termini no pot contar si no a partir de la cessació de la activitat o inactivitat o de l'estabilització dels efectes lesius (Ss.TS. 11.10.82, 21.9.84 i 22.11.85). Perquè en aquests casos no pot aïllar-se el fet en sí de la seva transcendència lesiva, amb la conseqüència de que ha de ser aquesta la iniciadora del còmput del termini prescriptori. La doctrina destaca que aquest supòsit inclou el cas del dany causat per actes administratius diferents connectats entre sí (S.TS. 26.1.78)

-El termini de prescripció pot interrompre's. La jurisprudència i la doctrina han reconegut aquesta aptitud interruptiva respecte de les següents situacions:

- per l'exercici directe de l'acció de responsabilitat.
- per l'existència d'actes expressos en que l'administrat exigeixi el rescabament; i en aquest sentit, la jurisprudència ha admès tradicionalment que l'existència de negociacions entre l'Administració i el perjudicat interromp el termini prescriptori (S.TS. 3.11.75).
- per l'existència de procediment penal si la determinació dels fets per l'ordre penal fos necessària per la fixació de la responsabilitat patrimonial (art. 37.2 de la Llei 40/2015); cal notar que aquesta necessitat es regula com excepció i, per tant, la regla ha de ser la no suspensió per l'obertura d'un procediment penal.

-Com que es tracta d'un termini "civil", el dia de producció del dany, o d'estabilització d'efecte lesius, no s'inclou en el còmput (S.TS. 11.9.74).

2.-Examinades ja les qüestions que fan referència al termini, passem ara a repassar aquelles matèries que fan referència a l'acció de responsabilitat. Sobre aquesta matèria efectuarem un repàs a les següents qüestions:

- sobre l'existència o inexistència de privilegi d'acte previ: possibilitat de plantejar l'acció ex novo en via jurisdiccional: Tradicionalment s'ha admès que l'acció de responsabilitat pot plantejar-se directament al contenciós sense necessitat de plantejament administratiu previ; sent dels pocs exemples on no jugava el privilegi de l'acte previ fins i tot sota la vigència de la LJ de 1956 (ENTRENA, GARCIA DE ENTERRIA, SANTAMARIA i PAREJO). En efecte, l'art. 79.3 de l'antiga Llei, permetia que el l'acte de la vista o en l'escrit de conclusions l'actor sol·liciti pronunciament concret sobre l'existència i quantia de danys i perjudicis, si constessin provats a les actuacions. El precepte es transcriu literalment a l'actual art. 65.3 de la LJ actual. Es a dir, si s'admet introduir la pretensió en tràmit de conclusions sense haver-se fet a la demanda, amb molta més raó podrà fer-se a la demanda sense haver-se plantejat en via administrativa.

- Acció de responsabilitat davant l'Administració: Si no existeix plantejament "sorpressiu" en via contenciosa, en qualsevol altre cas, fins i tot en els casos d'acció a partir de sentència ferma que declara il·legal un acte, l'acció de responsabilitat es plantejarà davant de l'Administració Pública, iniciant-se el corresponent procediment. D'aquest procediment administratiu en podem destacar allò següent:

- iniciació: podrà iniciar-se a través de la presentació de la corresponent instància, sent possible també la iniciació d'ofici (arts. 65 i 67 Llei 39/2015)

- quant a la possibilitat de denúncia, prèvia a la iniciació d'ofici, venia específicament contemplada a l'art. 5.2 del RD 429/1992. La doctrina es feia ressò de la novetat que això significa (NAVARRO) ja que la doctrina fins aleshores més prestigiosa havia entès de la interpretació del regim anterior que els procediments de responsabilitat tan sols podrien obrir-se a instància de la persona afectada, per estar presidits pels principis de rogació i de congruència (GARCIA DE ENTERRIA); o d'ofici. La llei 39/2015 (que deroga el RD 429/92) no té cap regulació d'aquesta possibilitat, amb la qual cosa retorna la polèmica sobre si seran possibles les denúncies.

- quan a la instància formulant la reclamació, hem de manifestar que l'art. 67 de la llei 39/2015 regula uns requisits molt precisos, molt més enllà dels

generals continguts a l'art. 66 de la mateixa; entre d'altres qüestions, exigeix: “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”.

Requerir efectuar l'avaluació econòmica de la responsabilitat patrimonial xoca frontalment amb allò que disposa l'art. 71.1.d de la Llei jurisdiccional, que no obliga a la determinació de la quantia ni tan sols a la demanda, ans ho dilata al període d'execució de sentència sempre que aquesta fixi les bases per a la seva determinació.

-obert el procediment d'ofici o a instància de part, passarem a la instrucció del procediment, que podrà ser normal (arts. 81, 82, 86, 91 i 92 Llei 39/2015) o simplificat (art. 96 ídem). I en destaquem:

- respecte el procediment general, podem esmentar el contingut detallat i precís que s'exigeix de les instàncies, la possibilitat de finalitzar el procediment per un acord convencional (que afectarà només a la determinació de la quantia i al modus de pagament, però no es referirà a la relació de causalitat o als requisits de necessària apreciació), i la configuració com a preceptiu d'un dictamen del Consell d'Estat si l'avaluació del dany és igual o superior a 50.000 € (art. 81.2). Es tracta d'un dictamen preceptiu i no vinculant, que podrà substituir-se per dictamen de l'òrgan corresponent de les Comunitats Autònomes (ibídem).
- respecte del procediment simplificat (art. 96.4), és de destacar que la decisió sobre la seva tramitació es deixa a voluntat administrativa (ho decideix l'instructor abans del tràmit d'audiència, i significa la suspensió en la tramitació del procediment general), pels cassos en que es creguin que els requisits de la responsabilitat i la quantificació dels danys siguin inequívocs (sigui

quina sigui la seva quantia; es tracta d'una decisió discrecional, amb els límits generals de la discrecionalitat administrativa, però que com acte de simple tramitació no admet recurs (NAVARRO); la tramitació d'aquest procediment no s'allargarà més de 30 dies (art. 96.6), i inclou simplement els tràmits d'audiència i dictamen; entre aquest tràmits no s'inclou la preceptivitat de dictamen del Consell d'Estat; i es pot decretar en qualsevol moment el canvi a un procediment general.

-Sobre la finalització, en qualsevol cas, el procediment podrà resoldre's expressament o per silenci; si es resol expressament, l'autoritat competent en l'Estat és el Ministre (o el Consell de Ministres si ho disposa una Llei) o òrgan corresponent a la Comunitat Autònoma o entitat local; les entitats de dret públic resoldran les peticions a través de l'òrgan que determini el seu Estatut de creació (Art. 92 Llei 39/2015). Si es resol per silenci, aquest serà negatiu (art. 91.3 Llei 39/2015), pel transcurs de 6 mesos en el procediment general o de 30 dies en el simplificat. La resolució, expressa o per silenci, esgota la via administrativa i admet impugnació directa a la jurisdicció contencioso-administrativa sense necessitat de recurs administratiu previ (art. 114.1.e Llei 39/2015)

3.-Finalment, encara que sigui resumir en part allò que hem manifestat en diversos punts anteriors, creiem d'interès reproduir sintèticament, de la ma d'en SANTAMARIA i PAREJO, quines son les diferents possibilitats processals de que disposa l'administrat que rep un dany en un bé o dret propi.

Des d'aquest punt de vista hem de començar afirmant que és distint si la lesió prové d'un acte administratiu o no; ja que en el segon cas, no provenint la lesió d'un acte administratiu, haurà de provocar l'acte tot presentant una instància i esperant la resolució expressa o per silenci, com s'ha dit.

Un cop es té l'acte (sigui perquè és el generador del dany, sigui perquè és la desestimació expressa o per silenci de la reclamació), es pot començar el recurs contenciós-administratiu, en el qual pot ser que:

-o bé el recurrent es limiti a demanar l'anul·lació de l'acte, durant tota la tramitació del recurs. En el qual cas, pot demanar-se la responsabilitat en el termini de l'any des de la

sentència definitiva (ferma, segons nosaltres) que anul·lí l'acte.

-o bé el recurrent es limiti a demanar l'anul·lació de l'acte; però en la tramitació del recurs contenciós, bé a la demanda, bé en el propi acte de la vista o en l'escrit de conclusions, introdueix la pretensió de responsabilitat.

-o bé es demani ja d'entrada la declaració de responsabilitat, sense demanar l'anul·lació de l'acte administratiu. És una opció en mans del particular la possibilitat d'alçar-se davant la jurisdicció demanant tan sols la indemnització i no l'anul·lació de l'acte lesiu. La STS 14.12.83 diu que no hi ha res que s'oposi a l'admissió d'aquest plantejament, i afirma que la pretensió indemnitzatòria no exigeix, de sí, l'anul·lació de l'acord, i s'ha de guiar per l'anàlisi dels requisits que disciplinen la responsabilitat de l'Administració, d'entre els quals no hi ha ni la il·legalitat de l'acte ni la necessitat d'anul·lar-lo. Aquesta via pot obrir garanties de defensa importants per reaccionar extemporàniament contra actes administratius; però, per principis de tècnica processal, està clar que no podrà recorre's l'acte administratiu productor del dany, si no provocar, a través de la corresponent instància, un acte administratiu nou, que decideixi tan sols si existeix o no dret a reparació -no la legalitat de l'acte- i contra el mateix interposar el corresponent recurs contenciós.

B.- LA JURISDICCIO COMPENTENT. LA RESPONSABILITAT PRIVADA DE L'ADMINISTRACIO PUBLICA

L'art. 114.1.e de la Llei 39/2015 es limita a afirmar que la resolució de la reclamació formulada a l'Administració demanant la seva responsabilitat, “cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive”, posa fi a la via administrativa.

Les expressions destacades ens obliguen a examinar ara els supòsits en que l'Administració Pública actua disfressada de particular o d'empresa, i, per tant, subjecte la seva actuació al Dret Privat; aleshores, el plantejament tradicional del tema era afirmar que la responsabilitat derivada de les seves accions i omissions ha de venir igualment regulada per dret privat, i atribuïda la litigiositat al coneixement de la jurisdicció de l'ordre civil. És a dir, el plantejament tradicional era dualitat de règims (administratiu i privat) i dualitat de jurisdiccions (contencioso-administrativa i civil).

Aquesta dualitat parteix de les disposicions de la Llei Santamaría de Paredes de 1.888 (art. 4), del CC de 1889 (art. 1.903.5) i la Llei d'Administració i Comptabilitat de l'Estat de 1.911: la jurisdicció civil coneixeria de les qüestions de responsabilitat que sorgissin de l'actuació de l'Administració sotmesa a Dret privat; i convivia amb l'atribució a la jurisdicció contenciosa de les qüestions de responsabilitat que sorgissin de l'actuació administrativa sotmesa a Dret Administratiu.

Per diverses raons que fora prolífic enumerar, entre les que destaca la incapacitat de la jurisprudència per elaborar un cos doctrinal propi, les lleis elaborades a la dècada dels 50 del segle XX passen a un sistema d'unitat jurisdiccional, sotmetent a la jurisdicció contenciosa tots els danys provinents d'actuacions de l'Administració, encara que es tractés d'actuació material sotmesa a dret privat; aquest canvi es formula per la LEF de 1954 (art. 128, en relació amb l'art. 121.1) i per la Llei de la Jurisdicció de 1956 (art. 3.b).

Això no obstant, i quasi simultàniament, apareixen preceptes que trenquen aquesta unitat jurisdiccional; primer l'art. 407 de la Llei de Regim Local, Text Refós de 1.955, i després l'art. 41 de la Llei de Règim Jurídic (1.957), que tornen a atribuir a l'ordre civil competència per resoldre les pretensions de responsabilitat quan l'Estat actuï en relacions de dret privat. S'implanta, de nou, el sistema de dualitat jurisdiccional. Passem (o millor dit, retornem) a un sistema que es caracteritza, com passa en tantes altres institucions administratives, per l'existència d'una dualitat d'ordenaments (privat i administratiu) i dualitat de jurisdiccions (o trident: civil o laboral i contencioso-administrativa).

La institució de la responsabilitat privada de l'Administració, però, quedava relegada a aquells supòsits en que l'Administració actuava en les relacions jurídiques com un particular més, despullada per tant del caràcter d'Administració Pública.

Aquesta característica, d'Administració com particular, podria donar-se a la pràctica, amb transcendència als efectes de la responsabilitat del subjecte, pràcticament tan sols en tres camps: en el camp de la gestió del patrimoni privat, en el camp dels contractes que no es qualifiquin d'administratius, i en el camp de les empreses públiques. I d'aquests tres camps podríem excloure el contractual per quant, a pesar de ser origen d'efectes de responsabilitat, la naturalesa contractual de la relació la separa de l'aquiliana que en principi tractem aquest tema.

En els dos camps que resten, el plantejament tradicional ha estat l'aplicació de l'art. 1.903.5 del Codi Civil i concordants, i sobre d'ells s'ha construït la teoria de la responsabilitat privada de l'Administració pública. Les qüestions més importants que s'havien plantejat feien referència a si existia acció directa contra l'Administració i si, en qualsevol cas, es responia sota un sistema de responsabilitat subjectiva o objectiva.

Inicialment es negà que existís acció directe contra l'Administració Pública; però la jurisprudència rectificà de criteri, i l'art. 41 de la Llei de Regim Jurídic de l'Administració de l'Estat havia proclamat ja expressament la responsabilitat directa de l'Estat; i en la mesura en que es declaraven aquests actes com propis de l'Administració, no existia motiu per aplicar-hi un regim de responsabilitat subjectiva, que significaria una desigualtat de tracte i un empitjorament de les garanties del ciutadà quan l'Administració actua sota l'aplicació del Dret Privat.

Això no obstant, s'establia que la reclamació de l'administrat hauria de dirigir-se davant dels Tribunals de l'ordre civil (art. 41 fine de la Llei de Regim Jurídic). Sense que sigui indispensable, la reclamació prèvia a l'exercici d'accions civils, com ha declarat la S. TS 27.3.92.

Perfectament es podria entendre que, als efectes de la responsabilitat de l'Administració per relacions de dret privat, l'art. 41 de la Llei de Regim Jurídic vindria a derogar, si mes no tàcitament, el paràgraf 5è de l'art. 1.903 (S.TS. 27.3.92). Encara que això podria ser una afirmació polèmica, la Llei 1/1991, de 7 de gener, va venir a derogar expressament el discutit paràgraf 5è, i afegia un paràgraf sisè, per regular la responsabilitat de titulars de Centres docents d'ensenyament no superior, que naturalment, en la seva literalitat, tan sols podria aplicar-se a Centres d'Ensenyament privats. La regulació de la responsabilitat de l'Administració desapareixia, expressament, del Codi Civil.

Però no així la dualitat jurisdiccional, car continuava vigent l'art. 41.fine de la Llei de Regim Jurídic remetent a la jurisdicció civil la litigiositat derivada de l'actuació de l'Administració Pública conforme a dret privat.

Aquesta dualitat jurisdiccional va ser enormement polèmica i criticada per la doctrina, i va portar a la pràctica a que tant

la jurisdicció civil com la contencioso-administrativa coneguessin de supòsits pràctics enormement similars (i en no pocs cassos totalment similars en el fons).

La Llei 30/1.992 va acabar amb aquest regim de dualitat jurisdiccional, retornant a la unitat, perquè després de declarar (art. 144 de la Llei i art. 2.1 del RD 429/93) que els actes que realitzi l'Administració en relacions de dret privat seran actes propis i, per tant, la responsabilitat de l'Administració serà directe (en sentit força similar a la part inicial de l'art. 41 de la Llei de Regim Jurídic), acaba afirmant que l'acció de responsabilitat es regirà pels mateixos preceptes que l'acció de responsabilitat administrativa, amb remissió expressa a la totalitat dels arts 142 i 143 (amb clara discordança a l'art. 41.fine de la Llei de Regim Jurídic). Aquest retorn a la unitat de règims i de jurisdiccions queda refermat a la Llei de la Jurisdicció 29/1988; en efecte, la seva exposició de motius considera propi del coneixement d'aquest ordre jurisdiccional *"...Las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal."*

La vigent normativa confirma aquesta unitat de règim i de jurisdicció; en efecte, l'art.35 de la Llei 40/2015 disposa:

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

Amb aquesta claredat de les disposicions vigents, sobta la pràctica forense que (malgrat no ser generalitzada) encara dona

testimoni d'algunes resolucions de responsabilitat patrimonial dictades per la jurisdicció civil en base a preceptes materials de l'ordre civil (es produeixen, doncs, exemples pràctics de dualitat de sistemes i dualitat de jurisdiccions); així, per exemple, un cas de responsabilitat sanitària en que es va posar demanda davant la jurisdicció civil passat el termini de l'any des de la producció del dany, en base a que la normativa civil regula un termini de prescripció superior (3 anys ex art. 121.21.d del Codi Civil català), que es va tramitar davant del Jutjat de Primera Instància núm 13 de Barcelona i que va acabar amb acord entre els parts a data 11/07/2018.

Dels preceptes avui vigents, però, queda clar que la unitat de regim (administratiu) i de jurisdicció (contencioso-administrativa) no admet fissures; i es predica fins i tot de l'actuació d'entitats de dret privat que emparin, directament o indirecta, l'actuació d'una Administració pública; és a dir, ens estem referint, indubtablement, a totes aquelles entitats que tinguin la consideració d'empresa pública, segons es configuren avui a l'art. 2.2.b de la Llei 39/2015: "*entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de Las Administraciones Públicas*" (ídem art. 2.2.b de la Llei 40/2015), exercitin o no potestats administratives. És a dir, les empreses públiques vinculades o dependents d'un ens territorial, es sotmeten a un règim de responsabilitat administrativa, sigui quina sigui la seva forma d'actuació, àdhuc si utilitza el paraigües del dret privat. Sembla, doncs, que el criteri que ha servir per mesurar l'aplicació d'aquest règim ha de ser la "vinculació" o "dependència"; l'art. 88 de la Llei 40/2015 descriu bàsicament què s'entén per entitat vinculada o dependent de l'Administració General de l'Estat; criteris que podríem aplicar per analogia, en cas de manca de normativa pròpia, a les restants Administracions públiques; com també podria fer-se recurs a la jurisprudència europea que interpreta el requisit del vincle de dependència respecte dels mitjans propis (principalment sentència TJUE de 19 de juny de 2014; TJCE 2014\227, que interpreta existència de vinculació quan l'Administració exerceix sobre l'entitat el mateix control que disposa sobre mitjans propis).

Aquesta nova regulació a la normativa de 2015 sembla incorporar una novetat important sobre la Llei 30/1992, ja que aquesta no regulava la responsabilitat dels ens de dret privat vinculats o dependents, per la qual cosa se'n deduïa la seva remissió a les normes de dret privat. Això no obstant, aquesta conclusió es va qüestionar en part de la jurisprudència, i finalment la STS de 22 de desembre de 2014 (en relació amb l'empresa de Metro de

Madrid) no afirma que les societats privades (com Metro de Madrid) es regeixen per la Llei 30/92 (i per tant no els és d'aplicació el règim de responsabilitat directa i objectiva que es regulaven en els seus arts. 139 i ss), però el que sí podia dir és que, en puritat, qui veritablement actuava darrere d'aquestes empreses privades era l'Administració matriu (en el cas de 2014, la Comunitat de Madrid). Per això la jurisprudència del TS (en el cas de 2014 i en altres anteriors) s'esforça a traçar la línia causal i d'imputació entre el dany i la "competència" o la "responsabilitat pel servei" d'una Administració territorial matriu, per així poder aplicar el règim jurídic de la llei 30/1992. Per tant, des de l'òptica de la Llei 30/1992, l'exclusió de les societats privades respecte de l'àmbit subjectiu d'aplicació de la llei ha conduït no a l'aplicació de la responsabilitat privada a aquestes empreses vinculades o dependents, sinó a forçar la imputació del resultat danyós a l'Administració matriu, excloent-se així l'aplicació del Dret privat, i fins i tot tota responsabilitat patrimonial de les empreses instrumentals directament causants d'un dany a tercers i que s'imputava directament a l'Administració matriu.

Amb la nova Llei 40/2015, tal com es defineixen les entitats vinculades o dependents (art. 2.2.b), els hi és d'aplicació el règim de responsabilitat regulat pel dret administratiu. Aquest és el sentit que s'esmentin expressament aquestes entitats privades instrumentals en el tenor de l'art. 35. Ara, doncs, el règim de responsabilitat d'aquestes entitats és en tot cas públic.

Es discuteix, però, una qüestió de procediment: si la responsabilitat s'ha d'exigir directament de l'entitat privada dependent o de l'Administració matriu. La doctrina destaca que si la jurisprudència anterior havia reclamat el plantejament de l'acció davant l'Administració matriu, venia motivat perquè aquesta era l'única manera d'aplicar el règim públic de la responsabilitat de la Llei 30/92 a una societat privada vinculada o dependent. Però com que ara ha de ser pacífic que la responsabilitat de les empreses públiques vinculades o dependents es sotmet a un règim de la responsabilitat administrativa, no hauria discutir-se el plantejament de la petició davant de l'empresa pública.

A molt apurar, podria acudir-se a la regulació del règim de responsabilitat del contractista, en aquells cassos en què l'empresa pública vinculada o dependent realitzés la gestió d'un servei, o actués seguint ordres o directrius de l'Administració matriu. En el qual cas, ara sí, la responsabilitat hauria

d'imputar-se directament a aquesta; però quan el dany derivi de la gestió mateixa del servei, en el marc operatiu controlat o decidit immediatament per l'empresa pública, la responsabilitat correspon a la pròpia empresa (encara que en règim de dret administratiu).

I admetent-se la petició de responsabilitat davant l'empresa pública, quin procediment serà d'aplicació? Sens dubte, el procediment de la llei 39/2015, cosa la qual podria donar sentit al seu art. 2.2.b (que alguna doctrina qualifica d'enigmàtic), quan diu que la llei és d'aplicació a les entitats privades dependents "en tot cas, quan exerceixin potestats públiques". I atès que l'apreciació de la pròpia responsabilitat per danys causats en exercici d'una tasca pública és una "potestat administrativa", el procediment seria efectivament el de la 39/2015. No ha de sorprendre que una societat privada tramiti procediments administratius; ja que també ho farà, quan s'aplica la normativa de contractació pública, quan tingui la consideració de poder adjudicador.

2 LA RESPONSABILITAT DEL LEGISLADOR I DEL PODER JUDICIAL.

2.1. PLANTEJAMENT DE LA RESPONSABILITAT DEL LEGISLADOR.

Des del punt de vista del dret comparat ja DUGUIT al 1911, en el seu Traité de droit constitutionnel, havia formulat de forma paradigmàtica la tesi de la responsabilitat de l'Estat per actes legislatius. I podem considerar que les bases del tema es comencen a dibuixar pel Consell d'Estat Francès en els arrêts Société Ammanfirmery, de 16 març 1934, La Fleurette, de 14 gener 1938, i Bovero, de 23 gener 1963; s'indicava que l'execució d'una llei podia donar lloc, en determinats casos, a una indemnització en benefici dels particulars perjudicats (en l'arrêt La Fleurette es va declarar que la societat tenia dret a exigir que l'Estat una indemnització en reparació del perjudici per ella sofert com a conseqüència d'una prohibició legal imposada consistent en l'obligació de cessar en la fabricació d'un determinat producte que venia explotant).

No obstant això, a partir de l'arrêt Bovero -que va implicar un menor grau d'exigència quant al règim d'especialitat del perjudici, i que va desplaçar el centre de gravetat de la consideració de la responsabilitat de l'Estat com una modalitat de règim especial de responsabilitat, a ser considerada com una responsabilitat pública de dret comú o «responsabilité sans faute», en fundar-se sobre el principi d'igualtat davant les càrregues públiques- es va mantenir la doctrina que la producció

d'un dany per un acte normatiu obliga, com a regla general, a indemnitzar, salvant que el legislador hagi exclòs expressament tal dret.

2.2. LA RESPONSABILITAT DEL LEGISLADOR PER LLEIS AJUSTADES A ORDRE CONSTITUCIONAL I EUROPEU.

A) SOBRE L'ART. 32.3 DE LA LLEI 40/2015

Podem examinar, passant directament al tractament actual de la qüestió, dos cassos diferents de responsabilitat per actes legislatius (o normatius, en general). El primer fa referència a la responsabilitat que podria derivar-se d'actes legislatius ajustats a l'ordre constitucional i europeu.

Entre nosaltres, avui, l'art. 32.3 de la Llei 40/2015 disposa que:

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

En el tractament del tema podem esmentar la STS de 28 de abril de 2016, que afirma:

que una norma sea constitucional y conforme con el ordenamiento comunitario no excluye la antijuridicidad a efectos de la responsabilidad patrimonial en general pues en la lógica de este instituto tal elemento tiene su propia identidad y no se identifica necesariamente con ilegalidad o inconstitucionalidad. Del mismo modo que según el artículo 142.4 Ley 30/1992 (...) la nulidad de un acto nulo no genera necesariamente responsabilidad patrimonial, cabe deducir que la constitucionalidad de una ley o su conformidad con el ordenamiento comunitario no excluye necesariamente la antijuridicidad de su efecto lesivo.

També resulten d'interès les consideracions que efectua la STS de 6 de febrer de 2015, que reproduïm:

precisa de la concurrencia, para que nazca la obligación de indemnizar, de los requisitos tradicionales (daño efectivo

y antijurídico, imputabilidad, y nexo causal). Teniendo en cuenta, por lo que hace al caso, que respecto de la antijuridicidad, el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 dispone, con carácter general, que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley .

B) CARACTERÍSTICQUES FONAMENTALS DEL SISTEMA

La interpretació d'aquesta norma és caracteritza per les següents notes:

1.- S'exclou l'aplicació de l'art. 32.3 a actes legislatius de naturalesa expropiatòria. Exclusió que es justifica perquè en relació amb aquests últims la conseqüència indemnitzatòria és axiomàtica; no mereix ni tan sols discussió.

En aquest sentit la SAN de 7 maig 1999 (RJCA 1999, 2916), va declarar la improcedència de la indemnització sol·licitada per l'expropiació de determinats béns que havia patit el recurrent a Cuba, indicant-se que *"el primer requisito para dar Lugar a la indemnización administrativa, es que tenga su origen o causa inmediata por la aplicación de actos Legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos"*. Pressupòsit fàctic que no concorre en aquest cas, on precisament és inequívoca la naturalesa expropiatòria de l'aplicació de l'acte legislatiu en qüestió, és a dir, del Tractat Internacional al·ludit (al·ludeix al subscrit entre Cuba i Espanya el 16 de novembre de 1986).

2.- No resulta necessària la previsió legal de les conseqüències indemnitzatòries. Així, la STS de 8 abril 1997 (RJ 1997, 2666), va declarar que l'omissió de previsió legal expressa sobre la matèria de responsabilitat no impedirà la corresponent indemnització, sempre que es demostrï que la norma procedent del Poder Legislatiu suposa per als seus concrets destinataris un sacrifici patrimonial de caràcter especial.

3.- Previsibilitat i predictibilitat del dany; principi de confiança legítima; inexistència de límits a la facultat d'innovació de l'ordenament per part del poder mnemotècnic:

La jurisprudència ha assenyalat que no pot descartar-se que pugui existir responsabilitat, àdhuc tractant-se d'actes legislatius, quan la producció del dany revesteixi caràcters prou singularitzats i imprevisibles com perquè pugui considerar-se relacionada amb l'activitat de l'Administració. En tals

cassos, les resolucions jurisdiccionals fan servir com a vara de mesurar els principis generals de previsibilitat i predictibilitat del dany i de confiança legítima; i acostumen a incidir en la inexistència de dret subjectiu a la petrificació e la norma, ja que això coartaria la potestat normativa d'innovar ordenament per adaptar-se als canvis i a les necessitats socials, qüestió absolutament indispensable dins un món immers en un progrés que avança a velocitat de vertigen.

No obstant això, s'invoca el principi de confiança legítima, com a argument bàsic per arribar a declarar l'existència de responsabilitat patrimonial de l'Administració derivada d'actes legislatius, quan el dany consisteixi en un sacrifici especial i imprevisible per a alguna persona, amb infracció, a més, dels principis de confiança legítima, bona fe, seguretat jurídica i equilibri de les prestacions.

Sobre aquest extrem, això és, sobre que aquest principi de confiança legítima pugui utilitzar-se com a guia per al reconeixement d'una responsabilitat patrimonial derivada de les Lleis, es mostra molt crític GARCÍA DE ENTERRÍA (2002), qui afirma que no és admissible que aquest principi «pugui erigir-se en fonament de l'admissió que els actes del Legislador puguin generar una responsabilitat patrimonial a favor de qui pugui invocar una confiança en què la situació derivada de la Llei anterior es mantindria invariable», assenyalant, com a conclusió, que: «La democràcia, que és la que ha creat enterament el concepte mateix de Legislació sobre el qual avui vivim, no tolera -senzillament- la invocació de cap confiança, o comoditat, o interès, que ningú pugui justificar la impossibilitat que el Legislador pugui canviar una Llei al seu arbitri, amb l'excepció (...) dels drets fonamentals de l'home o els altres valors que cada Constitució hagi cregut oportú protegir. La lliure configuració com a facultat necessària del Legislador resulta elemental i tira per terra, definitivament, qualsevol intent de condicionar-la, o de gravar-la amb costosíssimes indemnitzacions, per qui invoqui, simplement, la confiança que ha pogut haver posat en una estabilitat normativa qualsevol».

Creiem, però, que no es tracta de prohibir al Legislador, de cap manera, que no pugui modificar les Lleis existents per adequar-les convenientment a les noves situacions, a les noves realitats que precisen d'una millor, o més actual, regulació. Ningú pot, raonablement, oposar-se a això, ja que una prohibició tal conduiria directament a la indesitjable situació de la congelació de l'ordenament jurídic i a la seva petrificació, que

s'atemptaria contra l'ampli marge de discrecionalitat política que evidentment disposa el Legislador i el poder mnemotècnic en general.

Ara bé, cal considerar, així mateix, la indiscutible vigència del principi de seguretat jurídica, amb el seu correlat de confiança legítima, subjacent en aquest la idea de la certesa sobre el Dret, que constitueix l'exigència primària d'aquell principi (VILLAR EZCURRA).

En aquest sentit són ja il·lustratives les Sentències del Tribunal Constitucional alemany d'1 juliol 1953, 24 juliol 1957 i, sobretot, 19 desembre 1961. En la primera d'elles es va afirmar que: «El dret constitucional no només es troba format pels principis concrets de la Constitució escrita, sinó també per un entramat de principis generals o idees directrius interiors i interrelacionades que han estat preses en consideració pel legislador en el moment de fixar la Constitució, ja que impregnen i configuren la idea anterior a la redacció constitucional, tot i que no es trobin concretats en principis jurídics especials. Entre aquestes idees -que vinculen també directament al legislador- es troba el principi d'Estat de Dret (...) informat, com un dels seus elements essencials, per la garantia de la seguretat jurídica». En la segona de les citades es va declarar que: «Entre les bases en les quals es funda un Estat de Dret no s'explica únicament la previsibilitat, sinó també la seguretat jurídica i la veritat material o justícia». I en la tercera va assenyalar que: «Entre els elements fonamentals que configuren l'Estat de Dret cal incloure la seguretat jurídica. El ciutadà ha de poder preveure les possibles intervencions de l'Estat pel que fa a la seva persona per poder-se preparar convenientment d'acord amb això; ha de poder confiar que el seu comportament, d'acord amb el dret vigent, seguirà sent reconegut per l'ordenament jurídic amb tots els efectes jurídics que anteriorment es trobaven vinculats al mateix. El ciutadà veurà lesionada, no obstant això, la seva confiança quan el legislador vinculi a fets anteriorment consumats unes conseqüències jurídiques que resultin més desfavorables que aquelles amb les quals el ciutadà podia explicar en prendre les seves decisions. Per al ciutadà, seguretat jurídica significa primària i fonamentalment, protecció de la seva confiança».

Aquesta doctrina, ha estat així mateix sustentada, amb major o menor intensitat, i amb o més o menys encert, per part del nostre Tribunal Constitucional en diverses ocasions; en citarem, com a exemple, la seva ja llunyana Sentència 27/1981, de 20 de

juliol, que va declarar que la seguretat jurídica «és suma de certesa i legalitat, jerarquia i publicitat normativa, irretroactivitat d'allò no favorable, interdicció de l'arbitrarietat, però que, si s'esgotés en l'addició d'aquests principis, no hagués precisat ser formulada expressament. La seguretat jurídica és la suma d'aquests principis, equilibrada de tal sort que permeti promoure, en l'ordre jurídic, la justícia i la igualtat, en llibertat"; consideracions semblants es repeteixen posteriorment ³⁷.

Per tant, es parteix de la plena i total validesa del principi de confiança legítima, com a garantia protectora dels ciutadans davant canvis legislatius injustificats o no raonablement previsibles.

Cert és que també en totes aquestes resolucions de les que ens fem ressò s'ha afirmat, a l'ensem, que aquest principi no empara mai un pretès dret dels ciutadans al manteniment d'un determinat i específic règim legal, ja que això comportaria les conseqüències de congelació de l'ordenament jurídic existent (petrificació o fossilització diuen alguns, emfatitzant l'efecte immobiliària), i en aquest sentit, és útil acudir de nou a l'abans citada STC alemanya 26/1961, de 19 de desembre, en la qual es va afirmar que existien una sèrie d'excepcions a l'aplicació de referit principi de la confiança legítima; i en aquest sentit s'afirma que:

«La protecció de la confiança es qüestionarà en aquells casos en els quals no es trobi objectivament justificada pel que fa a una situació jurídica determinada. Entre uns altres, poden considerar-se sobre aquest tema els següents casos:

- a) No serà protegible la confiança quan el ciutadà, tenint en compte la situació jurídica existent en el moment al que es refereixin les conseqüències jurídiques establertes en la nova llei amb caràcter retroactiu, hagi de comptar amb que es vagi a implantar una nova regulació.
- b) El ciutadà tampoc podrà al·legar, a l'hora de realitzar els seus plans, la seva confiança en el dret vigent quan aquest resulti confús i embullat. En aquests casos el legislador ha d'estar facultat per aclarir retroactivament la situació jurídica existent.
- c) El ciutadà no podrà basar la seva confiança en l'aparença de legalitat generada per una norma invàlida. Per tant i en determinades circumstàncies, el legislador

³⁷ Ss TC 6/1983, de 4 de febrer), 126/1987, de 16 de juliol, 150/1990, de 4 d'octubre i 197/1992, de 19 de novembre.

estarà facultat per substituir amb efectes retroactius una disposició invàlida per una altra que no present objeccions des del punt de vista jurídic.

d) Finalment, poden donar-se raons urgents de bé comú que gaudeixin de preferència sobre el mandat de seguretat jurídica i que justifiquin disposicions amb caràcter retroactiu».

C) CASUÍSTICA:

Anàlisi de cassos de responsabilitat patrimonial per actes legislatius que han estat desestimats.

- Jubilació forçosa dels funcionaris

El problema de la responsabilitat de l'Estat legislador per les normes que van anticipar l'edat de jubilació forçosa dels funcionaris va ser ja resolt per la Sentència del Ple de la Sala Tercera del Tribunal Suprem de 30 novembre 1992 (RJ 1992, 8769), desestimant el recurs promogut per aquesta causa; i, des de llavors, han estat molt nombroses les SSTS que s'han manifestat en igual sentit - des de la de 3 desembre 1997 (RJ 1997, 8879), fins la de 15 novembre 2002 (RJ 2003, 1308) - assenyalant sobre aquest tema que el personal subjecte a règim estatutari que està al servei de l'Estat, no gaudeix d'un dret subjectiu o d'un interès cert, efectiu i actual existent en el seu patrimoni, sinó d'una simple expectativa al fet que la jubilació forçosa es produís a una determinada edat (la vigent en el moment de començar la prestació dels seus serveis), estant aquesta edat subjecta en tot moment a les possibles reformes de l'al·ludit règim estatutari, per la qual cosa, en suma, la jubilació forçosa del referit personal per causa d'edat forma part del contingut de la relació estatutària que els vincula amb l'Estat, i l'anticipació de l'edat de jubilació constitueix una legítima modificació legislativa d'aquest règim estatutari, fundada en raons sociològiques i econòmiques, que no produeix als afectats una lesió que hagi de ser indemnitzada; afegint-se que no cal entendre que l'anticipació de l'edat de jubilació forçosa del personal al servei de l'Estat subjecte a règim estatutari constitueixi una expropiació legislativa, ja que els mateixos no s'han vist privats d'un dret subjectiu o d'un interès cert, efectiu i actual existent en el seu patrimoni.

Les SSTC 108/1986, de 29 de juliol (RTC 1986, 108), 99/1987, d'11 de juny (RTC 1987, 99), i 70/1988, de 19 d'abril (RTC 1988, 70), es troben en la mateixa línia, ja que en analitzar la constitucionalitat dels preceptes de les Lleis que van anticipar

l'edat de jubilació de Jutges i Magistrats, funcionaris públics i Professors d'EGB, van negar que tals preceptes vulneressin els articles 9.3, 33.3 i 35 de la Constitució, afirmant que no hi ha privació de drets, sinó alteració del seu règim en l'àmbit de la potestat del legislador constitucionalment permisible.

- Danys soferts pels Agents de Duanes en entrar en vigor l'Acta Única Europea

Són cassos en què es demanava indemnització per responsabilitat patrimonial de l'Estat derivada dels danys i perjudicis patits pels Agents de Duanes com a conseqüència de l'entrada en vigor de l'Acta Única Europea, la signatura de la qual va ser autoritzada per acord del Consell de Ministres de 14 febrer 1986, i ratificada per la Llei Orgànica 4/1986, de 26 novembre, en afirmar-se que les decisions estatals espanyoles havien originat a aquells perjudicis en concepte d'indemnitzacions abonades a treballadors, no amortització d'inversions, pèrdua d'instal·lacions i clients, dany moral i professional, pèrdua de treball i lucre cessant. La STS de 13 febrer 1997 (RJ 1997, 978) -la doctrina del qual s'ha reiterat després en nombroses ocasions- es va declarar que en aquest cas no es donaven les circumstàncies que determinen la concurrència d'un sacrifici particular de drets o interessos legítims suficient per donar lloc a l'exigència de responsabilitat patrimonial derivada de l'actuació del Govern, i això:

-D'una banda, perquè la mesura d'ingrés al mercat comú europeu no es va adoptar de manera inopinada i brusca, sinó que la mesura va ser coneguda des de molt temps abans de ser adoptada.

-I, per una altra, tampoc des de la perspectiva de la regulació estatal de la professió d'Agent de Duanes pot advertir-se que els danys i perjudicis soferts adquireixin caràcters de sacrifici singular indemnitzable. Si la jurisprudència no reconeix com a drets adquirits els derivats de la situació estatutària dels funcionaris públics, com a conseqüència del poder d'organització que correspon a les Administracions públiques, tampoc ha d'existir l'expressat reconeixement quan no es tracta de l'estatut funcional, sinó de la regulació de professions subjectes a la intervenció administrativa, en què no ja l'interès lligat a la bona organització administrativa, sinó els interessos generals de la societat són els que directament porten a l'ordenament jurídic a autoritzar la fiscalització del poder públic sobre determinats aspectes de la seva activitat. En aquests casos roman amb tot el seu

sentit l'exigència que es mantingui la potestat d'innovació normativa, amb la finalitat de que no quedin petrificades regulacions al marge de l'evolució real dels interessos generals i de l'exercici de les facultats d'apreciació dels òrgans.

- Perjudicis al·legats per Agents de Canvi i Borsa

En aquesta mateixa línia, en la STS d'11 febrer 1999 (RJ 1999, 1790) es va declarar, amb doctrina ratificada per la posterior Sentència de 18 desembre 1999 (RJ 1999, 10070), que tampoc existia responsabilitat patrimonial en el recurs interposat per determinats Agents de Canvi i Borsa, que havien basat la seva pretensió en perjudicis derivats de la Llei 24/1988, de 28 juliol, que els integrava en el Cos de Corredors de Comerç Col·legiats. Segons el parer del Tribunal Suprem aquesta norma no va infringir la confiança dels Agents ni va vulnerar la seva seguretat jurídica, ja que a les previsions transitòries existents en ella havia d'unir-se l'ampli període de «vacatio legis» de la mateixa, i els interessos legítims d'aquells, derivats del principi de confiança legítima, no poden considerar-se desconeputs, màxim si es té en compte que entre les previsions contingudes en la llei es contenen mesures encaminades a pal·liar els possibles efectes negatius de la Llei en relació amb citats Agents de Canvi i Borsa.

- Incompatibilitats en el sector públic

Així mateix, en les SSTS de 8 juliol 1999 (RJ 1999, 6717), i en moltes altres posteriors, es va afirmar -davant la reclamació de danys i perjudicis derivats de l'aplicació als recurrents del règim d'incompatibilitats per a l'exercici del segon lloc de treball en el sector públic establert en la Llei 53/1984, que «la modificació del sistema d'incompatibilitats dels funcionaris, fent més estricta la seva vinculació amb l'Administració mitjançant la prohibició d'ocupar simultàniament dos o més llocs de treball de caràcter públic o un de públic i un altre privat, no és ni constitueix expropiació alguna sense garantia indemnitzatòria, per la raó essencial que els funcionaris, i en general, els empleats públics no ostenten un dret constitucional a mantenir aquestes condicions en què es desenvolupa la seva funció al servei de l'Administració en el mateix nivell d'exigència que van tenir al seu ingrés en la mateixa i per tant, ni existeix un dret patrimonial individual previ ni tampoc una expropiació quan privació singular de drets patrimonials, per la mera modificació de la legislació sobre incompatibilitats en el si de la funció pública, raons que

determinen la desestimació de la pretensió instada davant el fet que expectatives fundades en la permanència d'un determinat status funcional es frustrin en modificar-se tal estatut».

- Cessament dels recaptadors municipals en l'exercici de les seves funcions

També en matèria d'Hisendes locals ens trobem amb la STS de 5 desembre 2000 (RJ 2000, 10683), en la qual es va assenyalar que el cessament dels recaptadors municipals en l'acompliment de les seves funcions, en compliment de disposicions normatives (Reial decret 1327/1986, de 13 de juny) no suposava privació de drets, sinó de meres expectatives, per la qual cosa era improcedent la indemnització sol·licitada. De l'anàlisi de tals normes es desprèn que estem en presència d'un conjunt normatiu, amb expressa habilitació legal, que determina un cessament en la prestació de serveis per part dels recaptadors i qualsevol que sigui el criteri que se sustenti entorn de la naturalesa jurídica de la seva relació no podria equiparar-se a un contracte definidor de drets i obligacions, insusceptible de qualsevol modificació en el futur, per la qual cosa la situació jurídica del recaptador sempre ha estat supeditada al que les lleis i els Reglaments disposessin. En conseqüència, el recaptador no era detentador de drets sinó de meres expectatives, per la qual cosa és evident «que la reestructuració reglamentària autoorganitzativa (amb habilitació legal) de l'anterior sistema recaptatori, en benefici i per a major eficàcia de l'interès públic, i la conseqüent desaparició de les "encomanes" no pot generar cap dret a indemnització.

- Liberalització dels serveis funeraris

Aplicant aquests mateixos criteris, la STS de 14 febrer 2002 (RJ 2002, 1678) va declarar que tampoc existia dret a la indemnització sol·licitada per responsabilitat patrimonial en el supòsit al que va donar lloc la promulgació del Reial decret llei 7/1996, de 7 de juny, l'article del qual 22 va establir la liberalització dels serveis funeraris. El Tribunal Suprem va afirmar, davant l'al·legació del recurrent que això li suposava un perjudici econòmic, que estàvem en presència de «una situació especulativa sobre la possibilitat que puguin originar-se perjudicis pel canvi del sistema en la prestació de serveis funeraris introduït pel Reial decret llei 7/1996, però és la veritat que no s'ha acreditat l'existència de lesió patrimonial efectiva individualitzada. El recurrent opera sobre la base d'una hipòtesi, la previsibilitat que aquesta lesió es produeixi, si efectivament es produeix una situació de

concurrència abans que finalitzi la seva concessió, extrem aquest que ni s'acredita ni s'al·lega s'hagi produït».

Aquesta mateixa doctrina es recull també en les SSTS de 14 març 2002 (RJ 2002, 3004), 12 abril 2002 (RJ 2002, 3466), 13 abril 2002 (RJ 2002, 3957) , havent-se declarat en aquesta darrera que: «Ens trobem, doncs, amb un canvi de caràcter general en el sistema de prestació dels serveis funeraris, que, de ser una activitat reservada a les entitats locals, s'ha transformat en una activitat econòmica lliure, subjecta només a prèvia autorització municipal reglada, de manera que la nova regulació legal manca de contingut expropiatori per constituir una norma general d'obligat compliment, la qual cosa, encara que repercuteixi de forma desigual respecte dels qui prestaven els serveis funeraris a la societat, no suposa una privació singular de drets o interessos patrimonials legítims, com aquesta Sala va declarar, entre unes altres, en les seves Sentències de 24 maig 1997 (RJ 1997, 3983) (recurs 392/1995, fonament jurídic setè) i 18 octubre del mateix any (RJ 1997, 7941) (recurs 223/1995, fonament jurídic vuitè), seguint la doctrina recollida en la Sentència núm. 227 de 29 novembre 1988 (RTC 1988, 227) (fonament jurídic onzè) del Tribunal Constitucional, en la qual s'expressa que les mesures legals de delimitació o regulació general del contingut d'un dret, sense privar singularment del mateix als seus titulars, encara que impliquin una reforma restrictiva de drets individuals o la limitació d'algunes de les seves facultats, no donen per si soles dret a una compensació indemnitzatòria, sinó que, en establir amb caràcter general una nova configuració legal dels drets, és aquesta procedent tenint en compte les exigències de l'interès general. En aquest cas, el legislador ha regulat de forma diferent la prestació dels serveis funeraris però no ha privat a els qui els prestaven del seu dret a continuar fent-ho, si ben ajustant-se a un règim de lliure competència, amb el que només ha limitat la manera de fer-ho per considerar la concurrència en la seva prestació, prèvia autorització municipal reglada, més útil o convenient per a l'economia».

- Eliminació dels contingents de pesca exempts de drets aranzularis

Les SSTS de 5 març 1993 (RJ 1993, 1623) i 27 juny 1994 (RJ 1994, 4981) -i en altres posteriors -,reconeixent que l'eliminació dels contingents de pesca exempts de drets aranzularis derivat del Tractat d'Adhesió d'Espanya a la Comunitat Europea podia considerar-se produïda «fins i tot, i més pròpiament, com a conseqüència de les determinacions del

poder legislatiu», va reconèixer l'existència de responsabilitat patrimonial de l'Estat, per apreciar que els particulars perjudicats havien efectuat fortes inversions -que es van veure frustrades- fundats en la confiança generada per mesures de foment del Govern, que a això estimulaven, plasmades en disposicions molt properes en el temps al moment en què es va produir la supressió dels contingents, de tal sort que va existir un sacrifici particular de drets o almenys d'interessos patrimonials legítims, en contra del principi de bona fe que ha de regir les relacions de l'Administració amb els particulars, de la seguretat jurídica i de l'equilibri de prestacions que ha de presidir les relacions econòmiques.

- Responsabilitat patrimonial generada per processos urbanitzadors, o per haver realitzat inversions en activitat urbanitzadora (Art. 48 LS TR RDL 7/2015, de 30 d'octubre).

Un dels criteris tradicionalment aplicats pel Tribunal Suprem per a la determinació de l'existència de perjudicis indemnitzables, especialment adequat quan es considera la possible privació de drets i interessos amb un contingut patrimonial, ha consistit en la determinació de si els drets o interessos que ha resultat privat l'eventual perjudicat han estat incorporats realment al seu patrimoni, o constitueixen meres expectatives de dret -no susceptibles de consideració des del punt de vista de la seva titularitat per qui es creu anomenat a fer-les efectives- o valors que pertanyen a la comunitat en el seu conjunt para l'adquisició del qual no s'han complert encara les càrregues imposades per l'ordenament jurídic.

Aquesta perspectiva ha estat especialment útil en l'àmbit dels drets generats pel procés urbanitzador. Ja en l'aplicació de l'article 87 de la Llei sobre Règim del Sòl i Ordenació Urbana de 1976, la jurisprudència havia dictat un extens cos doctrinal, bàsicament aprofitable després sota la vigència del Text Refós aprovat pel Decret Legislatiu 2/2008 (art. 35), i avui sota la vigència del Text Refós aprovat pel Decret Legislatiu 7/2015 (art.48).

A destacar, però, que els canvis de planejament, per la seva naturalesa reglamentària, són canvis normatius però sense rang de llei. Que segurament admetrien el mateix tractament (almenys per regla general).

Però en aquest punt que volem analitzar la responsabilitat derivada d'actes del poder legislatiu, hem d'enfocar l'anàlisi a

altres actuacions: actes aprovats pels parlaments estatals o autonòmics, amb valor de llei, i que poden incidir en matèria urbanística perjudicant drets o expectatives de particulars.

En aquest sentit s'han estimat pretensions de responsabilitat com a conseqüència de lleis que han declarat espais naturals que fins a la vigència de la llei gaudien d'aprofitament urbanístic. És el cas de la publicació de la Llei 1/1991, de 30 de gener, sobre Espais Naturals i Règim Urbanístic de les Àrees d'Especial Protecció de les Illes Balears, que va declarar espai natural d'especial protecció, fruit de la qual cosa es va produir una alteració del règim urbanístic, en classificar com inedificables uns terrenys, i per tant va privar a la recurrent del contingut econòmic que aquells tenien; en el qual cas la STS de 16 maig 2000 (RJ 2000, 5487) -recollint i aplicant la doctrina de Sentències anteriors, tals com les de 17 de febrer (RJ 1998, 1677) i 6 de març de 1998 (RJ 1998, 2491) i 3 de març (RJ 1999, 2426) i 27 de setembre de 1999 (RJ 1999, 7930) - es va declarar que era procedent accedir a la petició d'indemnització sol·licitada, ja que concorrien els requisits exigits per donar lloc a la responsabilitat patrimonial de l'Administració: un resultat danyós, la seva imputabilitat al poder, el nexa causal entre la llei i els danys demanats i, en fi, la individualització dels drets afectats.

En termes similars, i referides així mateix a circumstàncies urbanístiques provocades per l'entrada en vigor de Llei 1/1991, de 30 de gener, es pronuncien les SS del TS de 26 novembre 1999 (RJ 2000, 1376), 13 juny 2000 (RJ 2000, 5995), 7 novembre 2000 (RJ 2000, 9393) i 30 juny 2001 (RJ 2001, 8220).

Totes aquestes Sentències tenen el seu fonament en la STC 28/1997, de 13 de febrer (RTC 1997, 28), que va resoldre una qüestió d'inconstitucionalitat relativa a les Lleis del Parlament de les Illes Balears 1/1984, de 14 març, d'Ordenació i Protecció d'Àrees Naturals d'Interès Especial, i 3/1984, de 31 maig, de Declaració de «És Trenc-Salobrar de Campos» com a Àrea Natural d'Especial Interès, que després van ser derogades per referida Llei 1/1991, de 30 de gener. En aquesta STC 28/1997 es va declarar que, des de l'òptica competencial, cap objecció oferien les Lleis jutjades; i va afegir, però, que tampoc existia objecció de constitucionalitat des del punt de vista de les garanties de l'article 33.3 de la Constitució, doncs el silenci de la Llei «no pot ser considerat com una exclusió vulneradora del que es disposa en l'article 33.3 de la Constitució, sinó que ha d'entendre's que aquest extrem quedarà sotmès a la normativa general de l'ordenament jurídic sobre la

responsabilitat patrimonial per actes dels poders públics que procedeix atorgar a els qui, per causa d'interès general, resultin perjudicats en els seus béns i drets».

Bastant similar és també el supòsit resolt per la STSJ Andalusia (Sevilla) de 30 gener 2001 (PROV 2001, 219508), en la qual es va declarar la procedència de la indemnització en concepte danys provats per pèrdua de rendes en els anys 1995/1996 i 1996/1997, en ser declarades les llacunes propietat de l'actora com a Reserva integral per la Llei andalusa 2/1987 de 2 d'abril, incloses en la ZEPA en aplicació de la Directiva Comunitària 79/409 CEE, en l'inventari d'Espais Naturals Protegits d'Andalusia aprovat per Llei 2/1989, i això perquè l'actor no tenia el deure jurídic de suportar el perjudici, com es dedueix de la pròpia Llei 2/1989 en establir que aquestes limitacions són indemnitzables.

2.3. LA RESPONSABILITAT DEL LEGISLADOR PER LA INVALIDESA DE LA LLEI.

A) PLANTEJAMENT La responsabilitat del legislador examinada a l'apartat anterior fa referència als danys causats per l'aplicació de la llei; i, per tant, considerant la seva validesa. Però també pot néixer responsabilitat pels efectes que hagi produït la llei si ve afectada per una declaració d'invalidesa (declaració d'inconstitucionalitat de la Llei; o declaració de que la norma sigui contrària a dret de la UE). Sobre aquest tema, la Llei 40/2015 li destina els apartats 3 a 6 de l'art 32, que diuen:

2.

...

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

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de Ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de La Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de Ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación

administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

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

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de La Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

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

Recordem a més, per fer referència a les disposicions de dret vigent sobre aquest tema, que l'art. 34.2 de la mateixa llei afegeix:

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

Respecte a la declaració d'inconstitucionalitat d'una llei com a possible generadora de responsabilitat administrativa, ja la STS d'11 d'octubre de 1991 (RJ 1991/7784), va considerar que:

ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos -Leyes- quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente él Poder

Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-Legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley.

Resolució de la qual se'n fa ample ressò la doctrina (Martín Rebollo, BIB 2002\2101) i es copia literalment en moltes de posteriors, des de la de 29 de febrer de 2000 RJ 2000/2730; fins a la sentència del TSJ de Múrcia núm. 332/2017 de 5 octubre. JUR 2017\257717.

I respecte de la declaració de disconformitat d'una norma a l'ordenament comunitari, podem destacar les consideracions que el TJUE efectua en la seva sentència de 5 de març de 2006, que diu:

en los casos en que una violación del Derecho comunitario por un Estado miembro sea imputable al Legislador nacional que ha actuado en un ámbito en el que dispone de un margen de apreciación amplio para adoptar opciones normativas, los particulares lesionados tienen derecho a una indemnización cuando la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferirles derechos, la violación esté suficientemente caracterizada y exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el perjuicio sufrido por los particulares. Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado por una violación del Derecho comunitario que le es imputable, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por la legislación nacional aplicable no podrán ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y que no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación.

B) REQUISITS I CARACTERÍSTIQUES

Seguint aquestes consideracions de la jurisprudència europea poden entendre's i interpretar-se els requisits a que es subjecta el reconeixement del dret al rescabament de perjudicis ocasionats per l'aplicació d'una norma declarada contrària a dret comunitari; a saber:

- la norma productora del dany ha de conferir drets particulars. Interpretant aquest requisit, la STS de 12 de

juny de 2003 considera que la vulneració de la norma comunitària ha de privar al particular del gaudi d'aquest dret causant així un perjudici individualitzat i per tant indemnitzable.

- En segon lloc, s'exigeix que la violació sigui suficientment caracteritzada. La mateixa STS de 12 de juny de 2003 interpreta que és l'òrgan jurisdiccional nacional qui ha d'apreciar la concurrència d'aquest requisit, tot seguint aquestes pautes:

- a) Anàlisi de la disposició infringida: per tal d'exigir de la mateixa un nivell de claredat i precisió. En efecte, només si la disposició infringida és clara i precisa, podria considerar-se el dret a la indemnització; però caldrà igualment la concurrència d'altres requisits que passem a examinar
- b) Caldrà examinar igualment la conducta de l'agent d'on ha emanat la norma infringida; i així, si la norma infringida és comunitària, el TJUE exigeix l'anàlisi de la conducta de les institucions de la UE, en la mesura que no hagin propiciat d'alguna manera la producció de la norma infractora; per tant, si la conducta d'alguna institució comunitària ha pogut contribuir a la infracció del Dret comunitari en què ha incorregut l'Estat membre no hi haurà dret a rescabament contra l'Estat infractor
- c) Passant a l'anàlisi de la conducta de l'agent que elabora la norma infractora, caldrà tractar si existeix major o menor marge d'apreciació; si l'Estat membre en relació amb la norma vulnerada no disposa de marge d'apreciació difícilment podrà imputar-se-li alguna responsabilitat;
- d) Seguint amb l'anàlisi de la conducta de l'agent autor de la norma infractora, el TJUE reclama a més l'anàlisi del caràcter intencionat o involuntari de la infracció i del perjudici; cosa que no vol dir en absolut que la responsabilitat patrimonial dels Estats membres hagi de valorar-se amb criteris subjectius; no s'exigeix que la conducta causant del dany sigui culpable; els paràmetres d'imputació han de seguir sent

objectius. Però això no obstant, la idea de culpa sí ha de ser presa en consideració per valorar si estem o no davant una infracció prou caracteritzada. El JTCE en sentència de 5 de març de 1996 aclareix la qüestió quan entre els elements que considera per apreciar si la infracció és o no prou caracteritzada, analitza el caràcter intencional o involuntari de la infracció o del perjudici; però no supedita l'obligació de reparar a la concurrència d'un requisit basat en el concepte de culpa, intencionalitat o negligència. Simplement aquesta intencionalitat o negligència servirà com a element per a determinar què la infracció hagi de ser considerada com prou caracteritzada.

- e) Finalment, seguint amb l'anàlisi de la conducta de l'agent autor de la norma infractora, el TJUE també es fixa en si l'error comés (que normalment es considera error de dret) era excusable o no; ja que només en el darrer cas existirà obligació d'indemnitza.

Això no obstant, el requisit de que existeixi un "incompliment suficientment caracteritzat" per apreciar responsabilitat per un acte legislatiu s'exigeix només per la llei espanyola en cassos de llei contrària a dret europeu (art. 32.5.b Llei 40/2015); i per això recentment la Comissió Europea ha plantejat davant del TJ la corresponent acció per entendre que amb el requisit que la violació sigui suficientment caracteritzada s'infringeix el dret comunitari, perquè s'incompleix el principi d'equivalència, ja que és una condició menys favorable pel que fa a la responsabilitat per una infracció de la legislació de la UE que per la responsabilitat deguda a una violació de la Constitució espanyola.

Des de la vesant processal, la Llei 40/2015 exigeix que el particular hagi obtingut, en qualsevol instància, sentència ferma desestimatòria d'un recurs contra l'actuació administrativa que va ocasionar el dany, sempre que s'hagués al·legat la inconstitucionalitat o, si s'escau, la infracció del Dret de la Unió Europea posteriorment declarada. És a dir, que per a obtenir la indemnització el particular ha d'haver invocat la contrarietat amb la Constitució o amb el Dret eurocomunitari en la reclamació judicial realitzada.

La doctrina del Tribunal Suprem havia estat contrària a aquesta exigència quan es tractava d'una norma inconstitucional (SsTS de 13 de juny de 2000 i de 14 de juliol de 2010); però en canvi sí ho havia exigít quan es tractava de reclamar danys per aplicació d'una norma declarada contrària a dret europeu (Ss TS de 24 de gener de 2004 i 24 de maig de 2005, que entenien que la no impugnació, administrativa i judicial, de l'acte d'aplicació de la norma contrària al Dret Comunitari trencava el nexa causal exigít per la pròpia jurisprudència comunitària per a la declaració de la responsabilitat patrimonial); aquesta exigència introduïda per la jurisprudència espanyola d'impugnació de l'acte d'aplicació per poder reclamar responsabilitat quan la norma nacional es declari contrària a dret europeu, va resultar rebutjada per la jurisprudència europea, apel·lant igualment al principi d'equivalència; en efecte, la sentència de 26 gener de 2010 (Assumpte C-118/08) considera que és contrari a dret europeu exigir l'esgotament en aquest cas si no s'exigeix el mateix quan es tracta de responsabilitat derivada d'actes dictats en aplicació de norma declarada inconstitucional.

A partir d'aquesta sentència, el TS no pot més que unificar els dos cassos; i la STS de 17 de setembre de 2010 elimina el requisit de l'esgotament previ en qualsevol cas.

La Llei 40/2015, com s'ha vist en la transcripció dels apartats 4 i 5 de l'art. 32, ha fet un gir de 180 graus; i estableix com a requisit per obtenir la indemnització la prèvia impugnació invocant la inconstitucionalitat de la norma o la seva contrarietat amb la normativa europea. Amb el límit dels danys soferts en els cinc anys anterior a la data de publicació de la sentència (art. 34.1). El Consell d'Estat, en el seu dictamen 275/2015, es va mostrar conforme amb la decisió legislativa, a partir de que malgrat ser una opció més restrictiva que la jurisprudència dictada fins al moment, a l'aplicar-se en els dos cassos no contraria cap principi de dret comunitari europeu.

Per tant, si aquesta impugnació s'ha produït, no existirà fermesa de l'acte productor del dany, i per tant no existirà obstacle a la seva indemnització (si s'ha al·legat la infracció d'invalidesa de la norma dins el procés); i si aquesta impugnació no s'ha produït (o s'ha produït sense al·legació d'invalidesa de la norma), existirà fermesa de l'acte de producció del perjudici; amb la qual cosa, la resolució que declari la inconstitucionalitat o la contrarietat a dret europeu serà "producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión

Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa» (apartat 6 art. 32).

C. CASSUÍSTICA: Podem analitzar dins la pràctica forense alguns cassos en que s'han reclamat danys per llei contrària a constitució o a dret comunitari. Donarem coneixement dels següents

- Perjudicis derivats de la implantació de l'Impost Especial sobre Combustibles Derivats del Petroli

En les SSTS de 8 octubre 1998 (RJ 1998, 7903) i 9 octubre 1998 (RJ 1998, 7905), referent a la petició d'indemnització pels perjudicis ocasionats pel fet d'haver-se implantat un impost per la Llei del Parlament de Canàries 5/1986, de 28 juliol, de l'Impost Especial sobre Combustibles Derivats del Petroli, que l'empresa apel·lada no va poder repercutir quant als estocs que tenia en els seus dipòsits en el moment d'aplicar-se la nova imposició, atès que els preus de venda al públic són fixats administrativament i en rebaixar-los van resultar inferiors a la suma del preu de compra i el nou impost autonòmic, es va declarar (enfront de l'al·legació del representant de l'Administració Autonòmica de Canàries, per sostenir que no li corresponia a aquesta el rescabament del perjudici, argumentant que la fixació de preus la realitza el Ministeri d'Indústria de l'Administració Estatal, comprenent la total fiscalitat aplicable als productes, incloent l'impost autonòmic, per la qual cosa ha de tenir en compte la possible modificació d'aquest, modificant el preu final de venda dels productes gravats quan es produeixi variació impositiva, per que sinó la Comunitat Autònoma es veuria impossibilitada d'exercir la competència per modificar el seu propi impost, conclouent que correspondria la indemnització a l'Administració General de l'Estat per la seva inactivitat en la referida modificació de preus) que «l'omissió generadora del perjudici econòmic va partir del Legislador Canari que no va fer previsió alguna, en forma de disposició transitòria, per impedir la situació, objectivament injusta, de la impossible repercussió de tribut sobre els productes emmagatzemats amb anterioritat, malgrat ser-li advertit per la pròpia recurrent i altres empreses petrolíferes», afegint-se que «és al Legislador, que pren la iniciativa normativa en el més alt rang, al qui correspon adoptar també les previsions per evitar el resultat danyós en l'aplicació d'aquella, adquirint, en el supòsit contrari, l'obligació d'indemnitzar-ho, com en el present cas, per al manteniment dels principis constitucionals d'igualtat i justícia fiscal».

En idèntic sentit, en la STS de 20 octubre 1998 (RJ 1998, 9455) es va declarar que: «la Comunitat Autònoma ha d'assumir amb les conseqüències danyoses que la seva activitat legisladora va produir en imposar al particular un sacrifici patrimonial que no tenia l'obligació de suportar, concorrent els requisits normalment exigits per donar lloc a la responsabilitat peticionada al no contemplar-se com es consigna en la resolució judicial impugnada expressament "l'autèntica realitat dels estocs de combustibles en el moment de l'entrada en vigor de la Llei, això és, de no regular transitòriament un específic Règim Fiscal per a aquells combustibles ja adquirits per la recurrent en refineria que necessàriament hauria de vendre als preus fixats per l'Ordre 1 agost 1986, sense possibilitat de repercussió..."».

- Perjudicis derivats en l'anomenat cas del "cèntim sanitari". Es tractava de l'Impost sobre Venda a Minorista de Determinats Hidrocarburs (IVMDH), que va estar en vigor des d'1.01.2002 fins a 31.12.2013 (a partir de la qual data va resultar inclòs com un tram específic dins l'Impost d'Hidrocarburs). Mentre va estar en vigor disposava d'un tram estatal i d'un tram autonòmic, i en algunes ocasions podia arribar a superar els quatre cèntims per litre de carburant. La sentència del TJUE de 24/02/2014 el declara contrari a l'ordenament de la UE i per tant dona peu a reclamacions de responsabilitat patrimonial reclamant el retorn d'allò efectivament abonat per aquest tribut. L'Agència Estatal d'Administració Tributària va habilitar una tramitació electrònica per canalitzar les peticions de devolució, algunes de les quals es varen estimar administrativament; altres, davant la denegació expressa o per silenci, van continuar en via contencioso-administrativa, on normalment aquestes reclamacions han prosperat si el recurrent ha demostrat ser consumidor final; així ha passat, per exemple, en els cassos resolts per les Sentències del TSJ de Castella i Lleó 1664/2014, de 30 de juliol (RJ 2014/1668), o de Catalunya 283/2014, de 28 de març (RJ 2014/1058). En canvi en les reclamacions de devolució formulades per titulars d'estacions de servei, al no ser consumidors finals, perquè allò abonat pel tribut s'ha repercutit al client, les reclamacions han estat desestimades (vid. Sentència del TS de 13 de febrer de 2018, RJ 2018/41255)

- Perjudicis derivats de modificació del sistema de retribucions per inversions en energies renovables: el tema ha generat nombrosa litigiositat, i podem referir avui moltes sentències del TS. Partint de que en aquests cassos la reclamació de responsabilitat patrimonial pot ser un cas d'indemnització per

norma vàlida (i per tant potser seria un supòsit a tractar en la casuística anterior) o pot ser un cas de responsabilitat per norma contrària a la CE o al Dret de la UE.

En l'anàlisi que s'ha fet d'aquests cassos en la jurisprudència nacional no s'ha passat del primer cas (responsabilitat derivada de norma en principi vàlida). I podem endevinar, en l'anàlisi d'aquesta la jurisprudència nacional, que existeixen dos supòsits que han acabat en pronunciaments totalment diferents: el de generació d'electricitat a partir de fonts d'energia renovables, cogeneració i residus, inclòs fotovoltaiques (que segons la jurisprudència espanyola el canvi del sistema de retribució de les inversions no genera responsabilitat patrimonial); i el de generació d'electricitat a través de sistemes tractament de purins (que segons la jurisprudència espanyola el canvi del sistema de retribució de les inversions sí genera responsabilitat patrimonial).

a. El cas de generació d'electricitat a partir de fonts d'energia renovables té diferents episodis:

. El de de generació d'electricitat a partir de fonts d'energia renovables, cogeneració i residus venia regulat en el Reial Decret 661/2007, de 25 de maig; i les condicions de retribució de les inversions es reformen (en perjudici dels inversors) en la Llei 15/2012, de 27 de desembre.

. El de producció d'energia elèctrica per cogeneració (per al proveïment d'energia en la producció i fabricació de productes carnis), igualment venia regulat pel Reial Decret 661/2007, de 25 de maig; però les condicions de retribució de les inversions es van reformar (també en perjudici dels inversors) en el Reial Decret Llei 9/2013, de 12 de juliol, en el Reial Decret 413/2014, de 6 de juny i en de l'Ordre IET/1045/2014, de 16 de juny.

. El de producció d'energia elèctrica procedent d'energia solar fotovoltàica que venia regulat en el Reial Decret 2818/1998, de 23 de desembre, en el Reial decret 436/2004, de 12 de març i en el Reial Decret 661/2007 de 25 de maig. I llurs condicions de retribució es van reformar en el Reial Decret 1565/2010, de 19 de novembre, en el Reial decret llei 14/2010, de 23 de desembre i en la Llei 2 / 2011, de 4 de març.

Les reclamacions de responsabilitat patrimonial contra aquests canvis regulatoris que contemplaven sistemes retributius a la baixa han estat totes desestimades per la jurisprudència nacional; en les següents resolucions:

- ✓ La STC 270/2015, de 17 de desembre (que va desestimar el recurs d'inconstitucionalitat contra el Reial Decret Llei 9/2013, de 12 de juliol).
- ✓ Tretze sentències del TS (totes de data 1 de juny de 2016) que van desestimar els recursos contenciosos administratius interposats contra el Reial Decret 413/2014, de 6 de juny: RJ 2016/3495, RJ 2016/3450, RJ 2016/4469, RJ 2016/3493, RJ 2016/4468, RJ 2016/3494, RJ 2016/3475, RJ 2016/6670, RJ 2016 / 3499, JUR 2016/143071, RJ 2016/3477, RJ 2016/3476 i RJ 2016/3452.
- ✓ Cinc sentències del mateix òrgan jurisdiccional (totes de 21 de gener de 2016), que van desestimar els recursos interposats reclamant danys i perjudicis causats a instal·lacions de producció d'electricitat procedent d'energia solar fotovoltaica: totes de data 21 de gener de 2016: RJ 2016/308, RJ 2016/309, RJ 2016/306, RJ 2016/307 i RJ 2016/6499.
- ✓ La sentència de 25 de gener de 2017 (RJ 2017/1006), que desestima el recurs reclamant danys i perjudicis per l'entrada en vigor del Reial Decret Llei 9/2013, de 12 de juliol, el Reial Decret 413/2014 , i l'Ordre IET / 1045/2014, que van regular, en condicions econòmiques més desfavorables a les vigents fins a l'entrada en vigor d'aquestes noves normes, l'activitat de producció d'energia elèctrica a partir de fonts d'energia renovables, cogeneració i residus.
- ✓ La sentència núm. 2024/2017 de 19 desembre. JUR 2018\690, que igualment desestima la reclamació de responsabilitat derivada de la Llei 15/2012, que va modificar el règim de compensacions que regulava el Reial Decret 661/2007, de 25 de maig; el recurrent entenia que ostentava el dret adquirit al sistema econòmic establert en el RD 661/2007, que s'havien vist reduïts després de l'esmentada Llei 15/2012.

Els arguments emprats pel TS per desestimar les reclamacions els podem resumir així:

i. No pot apreciar infracció del principi d'irretroactivitat, ja que aquest principi es restringeix a lleis sancionadores o restrictives de drets individuals en l'art. 9.3 CE. En altres casos, res no impedeix al legislador l'eficàcia retroactiva en el grau que estimi necessari "ja que en cas contrari es podrien produir situacions de congelació o petrificació de l'ordenament jurídic"; a més, la irretroactivitat impedeix a la nova llei incidir "en els efectes jurídics ja tancats, ja produïts de situacions anteriors"; i només és aplicable a drets consolidats; no s'aplica a drets futurs, pendants o expectatives.

ii. Tampoc s'aprecia infracció al principi de confiança legítima: Parteix d'entendre que el principi de confiança legítima exigeix de la concurrència de tres requisits:

- .que es basi en signes innegables i externs
- .que les esperances generades en l'administrat han de ser legítimes
- .que la conducta final dels poders públics resulti contradictòria amb els actes anteriors, per resultar sorprenent i incoherent.

Es considera que en el cas analitzat no s'ha generat una situació de necessària confiança i certesa que impedeixi a l'Administració adoptar decisions contràries a simples perspectives o esperances; per contra, el comportament del legislador (i el de l'Administració) s'entén coherent, i no pot qualificar-se de sorprenent o inesperat: es basa en l'enteniment "una rendibilitat raonable" encara que diferent de la derivada de les condicions inicials, sobre la base a les característiques de l'àmbit sectorial de l'energia, que ha patit múltiples reformes, ajustos, modulacions o canvis normatius de major o menor intensitat i calat. Davant d'això, el nou règim pretén "equilibrar el sistema, que per raó de la crisi econòmica i l'evolució de les circumstàncies en aquest sector no s'assolien els objectius perseguits per al sistema elèctric".

iii. Tampoc s'aprecia l'existència d'un dany antijurídic. Des del punt de que el nou règim retributiu projecta els seus efectes cap al futur, i no ha ocasionat un dany que els interessats no tinguin obligació de suportar. Si no

s'ha lesionat la confiança legítima i la seguretat jurídica, la conclusió ha de ser que el dany no tindrà la caracterització de antijurídic.

iv. El nou sistema retributiu té en compte una "rendibilitat raonable". El dany irrogat només podrà qualificar-se com antijurídic i indemnitzable si la modificació ha determinat que les instal·lacions no siguin raonablement rendibles; el que no s'aprecia. Aquest extrem, doncs, es redueix a un problema probatori, que grava com a càrrega al que reclama.

A nivell de normativa internacional, cal comptar de forma destacada amb la Carta de l'Energia (17/12/1991, i signat per Espanya a 1994; avui ratificat per 72 països), que declara que els Estats signants han de garantir "condicions estables, equitatives, favorables i transparents perquè els inversors" d'altres països "realitzin inversions al seu territori". Això implica concedir als inversors estrangers "un tracte just i equitatiu" i una "protecció i seguretat completes", segons ho estableix l'article 10.1 del tractat internacional, signat per Espanya el 1994.

I a nivell d'òrgans de resolució de conflictes, en aquesta matèria han actuat de forma destacada el CIADI i altres organismes arbitrals.

El CIADI (Centre Internacional d'Arranjament de Diferències Relatives a Inversions) és un organisme arbitral creat a 1966 per un conveni avui ratificat per 154 Estats. És un organisme líder a nivell mundial dedicat a l'arranjament de diferències relatives a inversions internacionals, és l'organisme d'arbitratge del Banc mundial, i ha dictat diversos laudes contra Espanya (el primer és el Núm. ARB / 13/36, de 4 de maig de 2017, de 183 pp d'extensió; del darrer en tenim notícies de premsa de data 5 de febrer de 2020). En la majoria dels seus laudes el CIADI declara que el regne d'Espanya ha incomplert la normativa internacional per les retallades de primes a les renovables; considera com a punt de partida que el dret a un tracte just i equitatiu no exclou el dret dels Estats a la modificació de les seves lleis i reglaments, i per tant un operador no pot al·legar un pretès dret a l'estabilitat en matèria regulatòria (això, està clar, en absència de compromisos explícits: clàusula d'estabilització o altres garanties específiques), de manera que l'Estat té dret a modificacions normatives per adaptar-se a noves

circumstàncies econòmiques; però el dret a un tracte just i equitatiu ha de quedar fora de perill perquè deriva del Tractat sobre la Carta de l'Energia: protegeix els inversors davant un canvi fonamental del règim regulador.

Això no obstant en alguns laudes el CIADI sosté arguments contraris; i en un de 2 de desembre de 2019 dóna la raó a Espanya tot argumentant “bajar las primas para atajar el déficit de tarifa era razonable porque los españoles pagan la luz más cara de Europa... y un inversor prudente no se habría formado una expectativa de ingresos estables durante la vida de la planta”.

El regne d'Espanya ha rebut un altre revés per part de l'Institut d'Arbitratge de la Cambra de Comerç d'Estocolm³⁸. És un organisme independent en el si de la Cambra que tracta els assumptes d'arbitratge nacional i internacional. L'Institut té per missió col·laborar en la solució de controvèrsies nacionals i internacionals.

Espanya suma un reguitzell de demandes davant organismes internacionals per la retallada a les renovables (cal considerar que el número d'instal·lacions afectades s'eleva a 64.000), i es calcula que les reclamacions superen la quantia dels 10.000 milions d'€. I només tenim constància de tres resolucions favorables al regne d'Espanya. Malgrat tot, segons la premsa especialitzada, ha afectat extraordinàriament a l'anomenat prestigi reputacional d'Espanya entre els corrents inversors internacionals.

No obstant això, les resolucions d'aquests processos que són contràries a l'Estat espanyol encara no són definitives (l'estat espanyol ha impugnat aquestes resolucions condemnatòries); i, a més, el mes de novembre de 2018, la Comissió Europea va donar suport al Govern d'Espanya en considerar que el cassos d'inversors d'altres estats de la UE -que afectava a algun dels reclamants-, les condemnes a l'estat espanyol no troben empara en la normativa. Però cal tenir en compte que la majoria d'arbitratges referits s'han iniciat a l'empara de la Carta Europea de l'Energia,

³⁸ Anteriorment, davant d'aquest organisme ja s'havien presentat dues reclamacions, per part d'Isolux a través de la seva filial holandesa, que es van desestimar, donant la raó al Govern espanyol. La principal diferència entre el cas d'Isolux i el de Novenergia és que en els primers no es va tenir en compte la forta retallada de la reforma del sistema legal, que sí ha estat analitzada amb profunditat en el segon. Per això, en el cas de Novenergia s'estima gairebé el 100% de la pretensió de la reclamant: reclamava 60.430.000 € i es condemna a l'Estat per 53 milions € la diferència entre allò reclamat i allò decidit és tant sols l'impost del 7% a la generació que s'aplica des de 2012, concepte el qual per la seva naturalesa tributària l'organisme d'arbitratge no reconeix.

que ha estat subscrit per 72 països (per tant té una aplicació subjectiva més enllà de la UE).

Les empreses que han obtingut resolucions favorables d'aquests organismes internacionals estan intentant l'execució forçosa dels laudes a través de l'embargament dels béns de l'Estat espanyol a l'estranger (la premsa dona coneixement d'algunes actuacions executives que s'estan duent a terme a Usa i a Austràlia ³⁹)

Finalment, el Decret Llei 17/2019, de 22 de de novembre, aprova una mesura compensatòria per posar remei a aquesta litigiositat: ofereix l'opció de retribució del 7,398% durant el període 2010-2031, superior al 7,09 % establert fins ara pel període 2020-2025 i eliminant la incertesa pel període 2026-2031; sempre que les empreses que vulguin aquesta garantia renunciïn a les seves reclamacions o a les compensacions que hagin obtingut.

b. El cas de generació d'electricitat a partir del tractament de purins:

En tal cas, les SsTS 1463/2016, de 20 de juny (RJ 2016\3696) i 2040/2017, de 20 de desembre (JUR\2018\8975; aquesta amb dos vots particulars) estimen la reclamació de responsabilitat.

El règim jurídic d'aquestes instal·lacions venia regulat en el Reial Decret 2818/1998, en el Reial Decret 436/2004 i en el Reial Decret 661/2007; i les condicions de retribució de les inversions es reformen (en perjudici dels inversors) en Reial Decret 413/2014, de 6 de juny i en de l'Ordre IET/1045/2014, de 16 de juny. És a dir, el nou règim jurídic que neix el 2014 equipara aquestes plantes a les instal·lacions convencionals de cogeneració, regulant un mateix règim per a totes elles.

El TS considera, com en els cassos anteriors, que no es pot parlar d'infracció a la prohibició de retroactivitat de la norma, ni de dret adquirit de l'interessat al manteniment de la situació regulatòria, ni en la inexistència d'una rendibilitat raonable; és a dir, en aquestes consideracions no efectua cap rectificació a la jurisprudència anteriorment referida.

³⁹ https://www.elconfidencial.com/espana/2020-02-26/australia-laudos-renovables-embargos-eiser_2469707/

Però considera especialment que existeix una dimensió mediambiental més potent, en la mesura que les instal·lacions de tractament de purins troben tractament en les normes de Dret comunitari europeu dirigides a combatre la contaminació de les aigües, pel qual incompliment Espanya ha estat condemnada en diverses ocasions; és per això que Espanya va reaccionar a l'any 098 (amb el RD 2818/98) establint un sistema de producció d'energia elèctrica que seria receptora d'una retribució regulada, que s'ha mantingut com sistema propi i diferencial dels restants sistemes de generació; especificitat diferencial justificada en el superior interès mediambiental, i que s'ha configurat amb un sistema retributiu propi, superior a les dels altres sistemes de generació; aquesta situació diferencial més favorable segurament es justificava en els factors mediambientals, en els superiors costos de construcció i manteniment, o en ambdues circumstàncies. I sent així, els nous paràmetres de retribució de la normativa posterior impugnada, a la baixa, no cal dir-ho, no tenen en consideració aquest factor diferencial, fins a tal punt que la posada en marxa del nou sistema ha implicat el tancament de totes les plantes existents al país (29 en total). En definitiva, el nou règim retributiu ha ignorat les singularitats de les plantes de tractaments de purins, que des del seu origen han vingut sent considerades com instal·lacions de producció d'energia elèctrica diferents a les de cogeneració i estretament vinculades al compromís mediambiental de tractament i reducció de residus.

2.3.- LA RESPONSABILITAT DEL PODER JUDICIAL

A) NORMATIVA

L'art. 121 de la Constitució estableix que

«los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a La Ley».

Segons l'art. 33 (apartats 7 i 8) de la Llei 40/2015,

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

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

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

I a la Llei Orgànica del Poder Judicial es regula el tema en els arts 292 a 296. Reproduïm el seu contingut:

Artículo 292. [Responsabilidad patrimonial del Estado]

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

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

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

Artículo 293. [Reglas para concesión de indemnización]

1. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicarán las reglas siguientes:

a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.

b) La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

c) El procedimiento para substanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo

partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y La Administración del Estado.

d) El Tribunal, dictará sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error.

e) Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario.

f) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

g) La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute.

2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recuso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse.

Artículo 294. [Derecho y fijación de la indemnización]

1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior.

Artículo 295. [Conducta dolosa o culposa del perjudicado]

En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado.

Artículo 296. [Daños por dolo o culpa de Jueces y Magistrados]

1. Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar,

en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de La Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos.

2. Si los daños y perjuicios provinieren de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pudiera incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley. El dolo o culpa grave del Juez o Magistrado se podrá reconocer en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que éste determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad.

B) DE LA RESPONSABILITAT PER DANYS DERIVATS DEL PODER JUDICIAL

De la normativa descrita destaca que la responsabilitat de l'Estat per actuacions imputables al poder judicial abasta dos cassos segons la causa que origina el dany: l'error judicial o el funcionament anormal; així com també ens trobem amb un supòsit específic de l'error judicial, com és la presó preventiva quan la persona que l'ha patit posteriorment sigui absoluta (per inexistència del fet imputat) o s'hagi dictat acte de sobreseïment lliure.

Com requisits generals aplicables a tots els cassos podem assenyalar les següents, que a grans trets venen ja de la teoria general abans descrita:

- a) Aquesta via exigeix que s'hagi esgotat prèviament qualsevol recurs processal.
- b) el dany al·legat ha de ser «efectiu, avaluable econòmicament i individualitzat amb relació a una persona o grup de persones.
- c) la simple revocació o anul·lació de les resolucions judicials no pressuposa per si sola dret a indemnització.

C) CASSOS EN QUE ES CONFIGURA LA RESPONSABILITAT PER ACTES DEL PODER JUDICIAL

Els preceptes transcrits regulen tres supòsits de responsabilitat: els derivats d'error judicial, els derivats de presó preventiva seguida de sobreseïment, i els derivats del funcionament anormal.

C.1. Els danys derivats en el primer cas (error judicial) significa la contemplació d'un error en que cau una autoritat judicial encarregada de dictar una resolució; exigint-se la constitució d'un títol que declari l'existència d'error judicial: serà una sentència (obtinguda en recurs de revisió o en procediment ad hoc tramitat davant la Sala del TS que correspongui a l'ordre judicial en què s'imputa l'error).

I tenint en compte que abans d'instar la constitució del títol, com hem dit abans, cal esgotar tots els recursos previs. Aquesta obligació d'esgotament de vies processals prèvies inclou la necessitat de l'incident de nul·litat d'actuacions contemplat a l'art. 241 de la LOPJ únicament si l'error es produeix en la sentència que tanca la via jurisdiccional (no pas si l'error es produeix abans i s'ha denunciat a través dels recursos possibles); és en aquest sentit que cal interpretar la STC 216/2013 que va rectificar allò que anteriorment considerava el TS que requeria la tramitació prèvia de l'incident de nul·litat en tots els cassos.

I un cop obtingut el títol, el perjudicat dirigirà la pertinent reclamació al Ministeri de Justícia. És a dir, a partir d'aquí comença el procediment administratiu, la resolució expressa o presumpta del qual podrà impugnar-se davant la jurisdicció contenciosa en tot cas.

Sobre els criteris relatius què s'ha d'entendre per error judicial, i que es valorarà en la constitució del títol, la STS de 10 d'abril de 2006, diu:

- caràcter manifest de l'error: *"sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial"; "no toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante";*
- una cosa és error i altra diferent el desencert: *"no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de*

error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador"».

- no procedeix una revisió de la instancia; judicar l'existència o inexistència de l'error no és tercera instancia: *"el error judicial... no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales", no pudiendo ampararse en el mismo "el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales";*

- pot ser un error de fet o de dret: *"el error judicial es la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley";*

- l'error de dret aplica normes inexistents o sense sentit allunyada de criteris de la lògica: *"el error judicial es el que deriva de la aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido" y "[no existe error] cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico";*

- l'error de fet és aquell que estableix conclusions fàctiques il·lògiques: *"viciada [la resolución judicial] de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico".*

C.2. El cas de la presó preventiva seguida d'absolució: a destacar només en aquest cas que no es requereix la prèvia constitució de títol que declari l'error.

C.3.- El cas del funcionament anormal: pot originar-se en l'actuació de qualsevol funcionari de l'Administració de Justícia, o fins i tot, d'altres persones quan actuen mitjançant una delegació legal d'aquells. En aquest cas no cal que prèviament es constitueixi el títol que declari el funcionament anormal de l'Administració de Justícia sinó que la reclamació es realitza directament al Ministeri de Justícia, el qual ha de demanar informe del CGPJ i del Consell d'Estat.

D. DANY INDEMNITZABLE; RELACIÓ DE CAUSALITAT.

No s'aprecien novetats destacables respecte a allò tracta de la responsabilitat de l'Administració, sobre els requisits de l'efectivitat del dany, sigui econòmic, físic, psíquic o moral.

Tampoc hi ha novetat en requerir la relació de causalitat: el dany és conseqüència de l'actuació errònia o anormal del poder judicial.