

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Madrid, 10, 11 y 12 de marzo de 2010

Relación de Docentes:

Coordinador:

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Ponente

D. Diego Córdoba Castroverde

Presidente de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Ponente

Doña Celsa Pico Lorenzo

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo.

Secretario Relator

Doña Berta Gosálbez Ruiz

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

CONCLUSIONES DEL SEMINARIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Durante las jornadas del 10, 11 y 12 de marzo de 2010, en el marco de las actividades programadas por el Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial, se ha celebrado un Seminario sobre Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas con objeto de efectuar un análisis de las cuestiones procedimentales y procesales más controvertidas que se plantean en la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas vigente en España y, ello, desde una perspectiva eminentemente práctica, efectuando un análisis crítico de las soluciones jurisprudenciales más recientes sobre la materia, tratando de estimular a los intervinientes para la puesta de manifiesto de los inconvenientes a los que se enfrentan en la aplicación diaria de dicho sistema y para la propuesta de eventuales soluciones tanto prácticas e inmediatas, en el marco de las posibilidades que confiere la normativa vigente, como de lege ferenda.

I.-TRATAMIENTO DE ASPECTOS O CUESTIONES PROCEDIMENTALES.

En la jornada del 10 de marzo, se examinaron las cuestiones procedimentales programadas, relativas, principalmente, a los problemas que plantea la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, en conexión con la necesaria distinción entre daños permanentes y daños continuados, a los problemas que plantea la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la anulación jurisdiccional de un acto o disposición administrativa y a la eficacia interruptiva del proceso encaminado a la fijación de cualquiera de los elementos de la responsabilidad patrimonial.

A.1.- En relación con la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial.

Partiendo de la doctrina que distingue entre daños permanentes y daños continuados, se han puesto de manifiesto las dificultades del Juzgador en aquellos supuestos de la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación, ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas, bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permite prever dicha evolución, bien porque en el devenir de su desarrollo se producen secuelas imprevistas respecto de las cuales existen serias dudas sobre su conexión con la enfermedad o lesión inicialmente considerada.

Aunque en relación con estos supuestos existe un criterio jurisprudencial consolidado, de acuerdo con el cual tratándose de daños continuados, entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la *actio nata*, desde la determinación del alcance de las secuelas, aún cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable, lo cierto es que en la práctica no resulta nada fácil para el aplicador del Derecho, concluir en qué momento concreto las lesiones están realmente determinadas o estabilizadas, ni siquiera a la vista de las periciales médicas que, en muchos casos, resultan bastante indefinidas, lo que enfrenta al juzgador, como observa con acierto uno de los presentes, a una especie de dilema diabólico ante la evidencia de que la consideración precipitada de que las lesiones o secuelas están estabilizadas, puede determinar que en el futuro deba apreciarse la prescripción respecto a reclamaciones por secuelas complementarias que no se manifiestan sino con el transcurso de un largo periodo de tiempo, muy superior al plazo de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, en ocasiones más graves que las inicialmente determinadas y respecto de las cuales tiene una clara percepción de que, en caso de tener su origen en las lesiones que en su momento se consideraron estabilizadas y que fueron valoradas e indemnizadas, deberían ser también valoradas e indemnizadas por imperativo del principio de reparación integral.

En relación con esta compleja cuestión, se valora muy positivamente la sugerencia puesta de manifiesto en el voto particular a la STS, Sala III, Sección 6ª de 10 de marzo de 2005 (RC 982/2001), formulado por el Excmo. Magistrado D. Francisco González Navarro, donde se apunta la importancia a estos efectos de distinguir entre los **diagnósticos sindrómicos**, *meramente sintomáticos, que se manifiestan en términos de mera probabilidad en los que el perito no logra establecer cuál sea la causa exacta del daño lesión o secuela complementario* y los **diagnósticos nosológicos** *que se pronuncian de manera concluyente sobre si el daño lesión o secuela complementaria tiene su origen o causa en la lesión o enfermedad que en su momento se consideró estabilizada.*

Si existe un diagnóstico o un informe médico que permite al Juzgador tener la convicción de que el daño o lesión es complementario o consecuencia del que en su día se estimó como estabilizado, habrá que considerar que aquella conclusión sobre la estabilización de las lesiones fue anticipada, rechazando la alegación de prescripción siempre que la reclamación por el daño complementario se formule en el plazo de un año desde la nueva determinación o estabilización del mismo. De hecho el principio pro actione impondría adoptar la misma solución en aquellos casos en que el informe pericial se manifiesta en términos de probabilidad, de forma que la falta de prueba no se resuelva nunca en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquel que alega su extinción, escudándose en la extemporaneidad de la pretensión contraria.

No obstante, por lo que se refiere al tratamiento procesal que pudiera darse a estos supuestos, los asistentes se dividen entre quienes consideran que esas lesiones

o secuelas complementarias que, en virtud del principio de reparación integral, deben ser también valoradas e indemnizadas, deben hacerse valer mediante el ejercicio de acciones (y por tanto, procesos) independientes y quienes entienden que sería deseable que esos posibles daños futuros pudieran solventarse en incidente de ejecución de sentencia, solución esta última que según se advierte parece chocar con el escollo legal de la exigencia de determinación del daño para la apreciación de responsabilidad patrimonial, a menos que se entienda que dicha exigencia se limita a una suerte de daño nuclear que haría indemnizables todas las lesiones o secuelas que probadamente deriven o sean consecuencia del mismo, lo que a su vez plantea la posibilidad nada deseable de tener que mantener abiertas sine die las causas de esta índole.

A.2.- En relación con la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la anulación jurisdiccional de un acto o disposición administrativa.

Se somete a la consideración de los asistentes el problema que plantea la diferente redacción del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a cuyo tenor *“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”* y la redacción del párrafo primero del artículo 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, a tenor del cual *“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente”*.

Por tanto, mientras el precepto legal remite a la fecha en que se dicta la sentencia definitiva, el precepto reglamentario remite a la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme.

No parece adecuado limitarse a aplicar el principio de jerarquía normativa para resolver el dilema, pues este es uno de esos casos en que la previsión reglamentaria resulta mas acorde con el principio pro actione por lo que, en principio convendría decantarse la solución del artículo 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo y, por tanto, *atender a la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme.*

Sin embargo, pese a lo dispuesto en tales preceptos, existen supuestos en los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aceptado que el *dies a quo* para el inicio del cómputo de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no se corresponda con la de la sentencia firme que anule el acto o disposición administrativa, en concreto cuando la sentencia anulatoria no supone la terminación del perjuicio por sí misma, en cuanto requiere una actuación de la Administración que resulta imprescindible para conocer en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos.

Fuera de estos casos, cuando es la propia sentencia anulatoria la que supone la terminación del perjuicio y, por lo tanto, a la fecha de la misma “la etiología de los daños está plenamente determinada en su doble aspecto material y jurídico, ha de plantearse cómo debemos interpretar la expresión “desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme”, a los efectos de determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo de las acciones de responsabilidad patrimonial.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando como fecha de inicio del cómputo del plazo prescriptivo, la fecha de la notificación al interesado de la sentencia firme que anula el acto o disposición administrativa. Así se deduce, entre otras, de las Sentencias (ambas de la Sección Sexta) de 17 de marzo de 2003 (recurso de casación nº 9585/1998) y de 19 de septiembre de 2006 (recurso de casación nº 5560/2002) y ello porque en virtud de la tesis de la «actio nata» el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción sólo puede comenzar cuando los daños están determinados tanto en su aspecto jurídico como material y, lógicamente, tenga conocimiento el agraviado de tales circunstancias jurídicas que concluyen tal determinación.

Por tanto, cabe concluir que el conocimiento de la firmeza de la sentencia anulatoria constituye el hecho al que hay que anudar el inicio del cómputo del plazo de prescripción. La notificación, resulta así, normalmente, imprescindible pues la prescripción emprende su curso sólo cuando el perjudicado conoce que el acto administrativo ha sido anulado y que esta anulación es firme. (SSTS 26-6-1989 y 28-4-1993, entre otras)”.

Lo anterior obliga a plantearse la *manera* en que dicha firmeza se produce y a acudir al artículo 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su apartado tercero, señala que “*Son sentencias firmes aquéllas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley*”.

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aclarado que el incidente de nulidad de actuaciones no afecta a la firmeza de la sentencia; en cambio sí que cabe diferir el inicio del cómputo del plazo de prescripción en aquellos casos en que se inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo, que previamente había sido admitido por la Sala de instancia (STS, Sala III, de 9 de abril de 2007).

De acuerdo con lo expuesto, se aprecian las siguientes posibilidades que se someten a consideración de los asistentes:

1.- Puede ocurrir que la sentencia sea firme porque frente a la misma no quepa recurso alguno, expresándose así en la propia resolución (dándose cumplimiento a lo que dispone el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prescribe: *“Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello”*, así como el artículo 208.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En este caso, la notificación de la propia resolución firme marca el inicio del cómputo del plazo prescriptivo, puesto que el perjudicado va a saber que su acción de responsabilidad patrimonial tiene el camino expedito desde que la resolución se le notifica, sin necesidad de ulteriores trámites o actuaciones.

2.- Ahora bien, si la resolución que pone término al proceso es susceptible de recurso, habrá que esperar a que transcurra el plazo para interponerlo. En este caso, entendemos, que el mero conocimiento y notificación de la resolución recurrible no es suficiente, sino que se requiere la certeza de que no ha sido recurrida por ninguna de las partes. A este respecto, el artículo 207.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: *“Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella”*. En estos casos, por tanto, será la notificación de la resolución que declare la firmeza de la sentencia (y no la notificación de la propia sentencia) la que debería tomarse en consideración a los efectos del *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo.

No obstante, teniendo en cuenta que *la firmeza se produce por el mero transcurso del plazo para recurrir, sin haber interpuesto el pertinente recurso, cabe considerar que por el solo transcurso del plazo hábil para recurrir la sentencia esta deviene firme, sin necesidad de la declaración expresa de la firmeza. Así lo entiende la reciente sentencia STS de 21-10-2009 (RC 679/2008) que tiene en cuenta que <<la propia norma legal estatuye cuando una sentencia deviene firme por lo que cualquier providencia ulterior que proceda a declarar la firmeza constituye una mera constatación de un hecho pero no una declaración a partir de la cual pueda nacer el plazo para el ejercicio de un derecho.*

Los asistentes están de acuerdo en que hay supuestos en los que, determinados matices o circunstancias que se perciben como anormales o extraordinarias, imponen efectuar un esfuerzo especial bajo la inspiración del principio *pro actione*, por ejemplo:

- En aquellos casos en que la parte que ejerce la acción de responsabilidad patrimonial no tiene por qué conocer la fecha en que la sentencia ha sido notificada a las partes en el proceso ni la fecha en que la sentencia devino firme, porque no fue llamada al mismo.
- En los supuestos excepcionales de huelgas en la Administración de Justicia en que el parón de los servicios de notificaciones y de registro ha ocasionado numerosos problemas que en ocasiones han llevado a declarar la firmeza de sentencias contra las que se había interpuesto recurso en plazo, que sin embargo no había sido tramitado y por tanto no podía ser conocido.

Asimismo, se somete a consideración de los asistentes la posibilidad de contemplar separadamente las diversas pretensiones autónomas que se ejercitan en un proceso y se ventilan en la sentencia, con objeto de poder considerar la firmeza técnica (o de

hecho) separada y anticipadamente, respecto de aquellas pretensiones en relación con las cuales el pronunciamiento ya no puede variar (como ocurre, tratándose de sentencia susceptible de recurso de casación, respecto de aquellas pretensiones acumuladas que no alcanzan la cuantía mínima casacional y respecto de las cuales el pronunciamiento de la sentencia en cuestión es técnicamente firme porque ya no es susceptible de modificación.

La totalidad de los presentes entiende que esta cuestión debe ser valorada, aunque reconocen que esta consideración choca tanto con la concepción de la sentencia como un todo, como con los términos empleados por el legislador que expresamente se refiere a la firmeza de la sentencia.

A.3.- Respecto a la posible eficacia interruptiva del proceso encaminado a la fijación de cualquiera de los elementos de la responsabilidad patrimonial.

La regla general es que la pendencia de un proceso encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración, comporta la eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, siempre que dicho proceso se haya dirigido contra la Administración o contra sus funcionarios o agentes.

Dicha regla general se expresa con gran amplitud en la STS, Sala III, Sección 6ª, de 21 de marzo de 2000, en cuanto afirma que <<la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello>>.

No obstante, esta regla general presenta numerosos matices que en ocasiones pueden pasar desapercibidos para el juzgador y que merecen un examen con cierto detenimiento. En concreto se hace referencia a los siguientes:

1.- Es preciso que la reclamación se dirija contra la Administración, sus funcionarios o agentes.

Así resulta, entre otras muchas, de la STS, Sala Tercera, Sección 6ª de 23/04/2008 (RC 8282/2003) (estimatoria), relativa a daños sufridos por el conductor del vehículo del Parque de Bomberos, a quien se le entrega un camión para la prestación de dicho servicio que no estaba dotado de los suficientes elementos de seguridad para su conducción por las vías públicas. En este supuesto la Administración puso a disposición de su personal un elemento de trabajo carente de la más mínima seguridad, como lo era el vehículo al que imprudentemente se practicó una sustitución irregular de un neumático provocando con ello una situación de riesgo potencial que, si bien no fue advertido por el personal del servicio de incendios encargado de las relaciones con el taller en su función de reparación de la citada avería, es lo cierto que todo ello no puede repercutir, dado el carácter objetivo de la responsabilidad y el anormal funcionamiento de la Administración que ello supone, sobre el conductor del vehículo, al no estar acreditado en modo alguno que entre las particulares obligaciones de éste estuviera la de revisar el neumático que había sido rectificado y que ha de suponerse que, en principio y aparentemente, no presentaba señal de

peligro. El funcionario lesionado debió de haber dirigido su pretensión en el orden penal, no contra el Servicio de Extinción de Incendios, sino contra el operario que sustituyó el neumático y como responsable civil subsidiario el taller donde aquél se sustituyó. Por ello no se apreció la responsabilidad penal intentada. Pero ese proceso penal erróneamente dirigido contra la Administración, tiene sin embargo el efecto de interrumpir la prescripción de su acción para reclamar responsabilidad patrimonial de la administración.

En el mismo sentido, en la STSJ, Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de Enero 2006, confirmada por la STS, Sala III, Sección 6ª de 24 de febrero de 2009 (RC 8524/2004), *examinando una reclamación de responsabilidad patrimonial*, por lesiones y daños derivados de accidente de caza sufrido por uno de los reclamantes mientras participaba en una montería, rechaza la alegación de interrupción de la prescripción de la acción frente a la administración por la causa penal abierta toda vez que ésta no se dirigió contra la administración, ni siquiera en concepto de responsable civil, entendiéndose que tampoco produce ese efecto de interrupción el proceso seguido ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Móstoles, en el que recayó sentencia de 28 de septiembre de 1999, declarando la incapacidad permanente absoluta del perjudicado.

2.- Es preciso que se trate de un proceso adecuado o idóneo para solventar la cuestión de que se trate.

Así lo matiza la STS, Sala III, Sección 6ª de 10 de junio de 2008 (RC 1545/2004) que rechaza la eficacia interruptiva de una reclamación inidónea cuando afirma <<*los perjuicios cuya reparación se pretende, como consecuencia de la falta de convocatoria del concurso y retraso en la ejecución de la sentencia que imponía dicha convocatoria, se habían puesto ya de manifiesto al momento de dictarse los referidos autos que declaraban cumplida dicha sentencia, que además efectuaban las correspondientes declaraciones jurídicas definitivas al respecto, abriendo el plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad patrimonial, que no se interrumpe por el mantenimiento de un proceso contencioso administrativo no adecuado para solventar tales cuestiones de ejecución de sentencia*>>.

En el mismo sentido la STS, Sala III, Sección 6ª de 3 de noviembre de 2009 (RC 2000/2005), rechaza la eficacia interruptiva de una solicitud de información al considerar que la misma constituye una reclamación inidónea a estos efectos, razonando que <<*pedir información para el eventual ejercicio de un derecho no equivale a reclamar por vía extrajudicial el cumplimiento de aquello a lo que se dice tener derecho. Con anterioridad al 20 de junio de 1996, la recurrente no llevó a cabo ninguna actuación que pueda calificarse como una petición de indemnización a la Administración, por lo que es claro que la sentencia impugnada, al considerar prescrito el derecho, no infringe el art. 1973 CC. (...)>>*

3.- En tales supuestos, en que se reconoce al proceso pendiente eficacia interruptiva del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, y para determinar en qué momento debe entenderse que cesa esa eficacia interruptiva sería preciso acudir a los criterios expuestos en el epígrafe A.2, ya considerados por los asistentes.

Se plantea la duda de qué ocurre cuando la sentencia en cuestión no ha sido notificada al perjudicado por cualquier causa, sometiendo a los presentes la consideración del supuesto contemplado en la STS, Sala III, Sección 6ª de 09/05/2007 (RC 601/2003), que revoca la sentencia recurrida que apreció la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial instada por el actor, que en 1972 fue herido por disparos de un guardia civil que se encontraba de servicio, sufriendo la amputación de una pierna y diversas secuelas. Afirma el TS que la petición de reclamación se produjo cuando se estabilizaron las lesiones, y que el plazo legalmente previsto fue interrumpido por el proceso penal militar seguido contra el autor de los disparos ante la Justicia Militar, en el que no tuvo intervención el recurrente, dictándose sentencia absolutoria que no fue expresamente notificada hasta después de haber interesado el actor su práctica al formular su reclamación.

Razona esta sentencia: < En el presente caso es evidente que el proceso penal concluyó con el pronunciamiento del Tribunal Militar, en el que no tuvo parte interviniente la actora el recurrente y de cuyo pronunciamiento no fue expresamente notificado hasta la fecha indicada por la sentencia recurrida, el 25 de abril del año 2.000, después de haber interesado él mismo la práctica de dicha notificación al formular su reclamación de marzo de 1.999 y en varios escritos posteriores. Frente a ello no cabe aducir, como la sentencia hace, que a finales del año 1.980 el recurrente interesó del Juzgado Militar de Algeciras la indemnización correspondiente, donde le indicaron que le sería comunicada la sentencia y el acuerdo que recayese, pues de ello solamente se concluye, en una razonable interpretación, que el recurrente no dejó de demostrar una actividad tendente a conocer el resultado de la sentencia penal, y en modo alguno puede extraerse de ello la consecuencia de que el Sr. Gil Carrasco hubiera dejado transcurrir años sin adoptar iniciativa alguna hasta que presentó su reclamación. El hecho cierto es que la sentencia del orden militar penal no le fué notificada hasta el año 2.000 y, en consecuencia y en esa fecha en que se practicó la notificación a instancia del propio recurrente, no puede entenderse que estaba prescrito el derecho a ejercitar la acción de responsabilidad contra la Administración. >>

Se dedica especial atención al análisis de la STS, Sección 6ª de 11-12-2009 (RC 572/2007) que, con ocasión del examen de una de las muchas reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por daños y perjuicios derivados del pago de gravámenes complementarios, declarados inconstitucionales, solventadas por la Sala, introduce una observación interesante respecto a la eficacia interruptiva del ejercicio de la acción de nulidad al declarar que << si bien es cierto que la acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo, de ello no puede colegirse sin más que el ejercicio de la acción de nulidad tenga la virtualidad de reabrir el plazo para el ejercicio de una acción de responsabilidad que ya ha expirado. La acción de nulidad solo puede interrumpir el plazo de prescripción de una acción de diferente naturaleza, como es la de responsabilidad, cuando aquella se ejercita antes de que haya expirado el plazo de un año desde que esta última puede ejercitarse y la acción de responsabilidad, en el caso concreto, pudo ejercitarse en el plazo de un año desde la publicación en el BOE de la STC 176/1996, de 31 de octubre. Transcurrido dicho plazo, ya no cabe su ejercicio, sin que el ejercicio de la acción de nulidad, que efectivamente puede intentarse en cualquier tiempo, pueda reabrir el plazo ya expirado. >>

PONENCIAS.

En la jornada matinal del 11 de marzo de 2010, se procedió a la exposición de las ponencias programadas.

Primera Ponencia. **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR POR INCUMPLIMIENTO, FALTA DE TRANSPOSICIÓN Y DEFECTUOSA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ POR INCUMPLIMIENTO DE DERECHO COMUNITARIO.**

El Ilmo. Magistrado Sr. **D. Diego Córdoba Castroverde**, Presidente de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional efectúa una completísima exposición sobre la doctrina y jurisprudencia relativas a la Responsabilidad patrimonial del estado legislador por incumplimiento, falta de transposición y defectuosa transposición del derecho comunitario.

Se refiere a los **principios comunitarios de equivalencia y efectividad** y a cómo atemperan la autonomía procesal de los Estados miembros para garantizar la protección de los derechos conferidos por el Derecho comunitario. **El principio de efectividad** requiere que las normas de procedimiento nacionales garanticen una protección efectiva de los derechos que confiere el Derecho comunitario. Por su parte, **el principio de equivalencia** exige que el ordenamiento jurídico nacional conceda a cualquier recurso basado en el Derecho comunitario, en lo que respecta al procedimiento, un tratamiento al menos tan favorable como el previsto para un recurso similar basado en el Derecho interno.

Se refiere a cómo la duda acerca del respeto a los condicionamientos que imponen estos principios determinó el **planteamiento por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de una cuestión prejudicial que versa, en síntesis, sobre si la interposición de un recurso de responsabilidad patrimonial del Estado que tiene formas diferentes, según tenga como fundamento la infracción legislativa de una disposición constitucional o de una norma comunitaria, es conforme con los principios comunitarios de equivalencia y efectividad.** Dicha cuestión ha sido planteada en el marco de un litigio entre la sociedad Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L., y la Administración del Estado, que había desestimado la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado español por la infracción legislativa del Derecho comunitario.

El litigio tiene su origen en la Ley española de 28 de diciembre de 1992, en su versión modificada por una Ley de 30 de diciembre de 1997, que limitaba el derecho de los obligados tributarios a deducir el impuesto sobre el valor añadido soportado en la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones y les obligaba a presentar declaraciones periódicas en las que debían calcular los importes del IVA repercutidos y soportados, procediendo al pago del saldo (autoliquidaciones). En virtud

de la normativa española, los obligados tributarios tienen derecho a solicitar la rectificación de sus autoliquidaciones y, en su caso, a reclamar la devolución de los ingresos indebidos, siempre que lo hagan en el plazo de cuatro años.

Como se declaró la incompatibilidad de la limitación del carácter deducible del IVA prevista por la Ley española de 28 de diciembre 1992 con los artículos 17, apartado 2, y 19 de la Directiva 77/388/CEE, la demandante en el litigio principal, que había realizado autoliquidaciones por los ejercicios 1999 y 2000 y cuyo derecho a reclamar la devolución de los ingresos indebidos había caducado en el momento en que se dictó la sentencia Comisión/España, antes citada, presentó una reclamación para obtener la indemnización del perjuicio sufrido, evaluado en un importe de 1.228.336,39 euros, correspondientes a los pagos del IVA indebidamente percibidos por el Estado español y a las devoluciones a las que podría haber tenido derecho en relación con los mismos ejercicios.

Por Acuerdo de 12 de enero de 2007, el Consejo de Ministros desestimó la reclamación, al considerar que el hecho de que la demandante no hubiera presentado recurso contra sus autoliquidaciones dentro del plazo de cuatro años establecido había roto la relación de causalidad directa entre la infracción del Derecho comunitario que se reprochaba y el daño supuestamente sufrido., viniendo a considerar que la inexistencia de dicho recurso era la causa exclusiva del daño. Para ello se fundamentó en dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1994 y de 24 de mayo de 2005, de las que se desprende que los recursos de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho comunitario están sometidos a una regla de agotamiento previo de las vías de recurso, administrativas y judiciales, contra el acto administrativo lesivo adoptado en ejecución de una ley nacional presuntamente contraria al Derecho comunitario.

Interpuesto recurso contra dicho acuerdo del Consejo de Ministros, el juez *a quo* (*el Tribunal Supremo*) se plantea la conformidad de este requisito de agotamiento previo de las vías de recurso establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho comunitario, con los principios comunitarios de equivalencia y efectividad ya que, la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado fundada en la inconstitucionalidad de una ley, no está sometida al requisito de que la persona afectada haya impugnado previamente el acto lesivo basado en dicha ley.

En concreto la cuestión prejudicial se plantea en los siguientes términos **¿Resultaría contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina hecha por el Tribunal Supremo del Reino de España en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho Comunitario?**

A esta cuestión responde la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de enero de 2010 (asunto C 118/08)** de la que se destacan las siguientes observaciones:

- que, según reiterada jurisprudencia, el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son

imputables es inherente al sistema de los Tratados en los que ésta se funda (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, C 6/90 y C 9/90, Rec. p. I 5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C 46/93 y C 48/93, Rec. p. I 1029, apartado 31, y de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C 445/06, Rec. p. I-0000, apartado 19).

- que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos: que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares (véase, en este sentido, la sentencia Danske Slagterier, antes citada, apartado 20 y jurisprudencia citada).

- que, sin perjuicio del derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho de la Unión desde el momento en que se reúnen estos tres requisitos, incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad) (en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C 224/01, Rec. p. I 10239, apartado 58, y de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C 524/04, Rec. p. I 2107, apartado 123).

En consecuencia, el Tribunal examina la cuestión planteada a la luz del principio de equivalencia y de efectividad y razona lo siguiente.

- **Que el principio de equivalencia exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno** (en este sentido, las sentencias de 15 de septiembre de 1998, Edis, C 231/96, Rec. p. I 4951, apartado 36; de 1 de diciembre de 1998, Levez, C 326/96, Rec. p. I 7835, apartado 41; de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C 78/98, Rec. p. I 3201, apartado 55, y de 19 de septiembre de 2006, i-21 Germany y Arcor, C 392/04 y C 422/04, Rec. p. I 8559, apartado 62), si bien no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho (sentencias Levez, antes citada, apartado 42; de 9 de febrero de 1999, Dilexport, C 343/96, Rec. p. I 579, apartado 27, y de 29 de octubre de 2009, Pontin, C 63/08, Rec. p. I-0000, apartado 45).

En consecuencia, **para comprobar si se respeta el principio de equivalencia** en el litigio principal, es preciso examinar si, habida cuenta de su objeto y de sus elementos esenciales, la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por Transportes Urbanos, basada en la infracción del Derecho de la Unión, y la que dicha sociedad habría podido interponer basándose en una posible infracción de la Constitución pueden considerarse similares (en este sentido, la sentencia Preston y otros, antes citada, apartado 49). El Tribunal examina su objeto y los elementos esenciales y entiende que **la regla del agotamiento previo que se discute en el litigio principal lleva a cabo una distinción entre estas reclamaciones, en la medida en que exige que el demandante haya agotado previamente las vías de recurso contra el acto lesivo sólo cuando la reclamación de responsabilidad**

patrimonial se basa en la infracción del Derecho de la Unión por la ley nacional en aplicación de la cual se ha adoptado el mencionado acto.

-que, contrariamente a lo que parecen sugerir determinados planteamientos de la jurisprudencia controvertida, la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro, no está subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción (, en este sentido, las sentencias Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartados 94 a 96; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, C 178/94, C 179/94 y C 188/94 a C 190/94, Rec. p. I 4845, apartado 28, y Danske Slagterier, antes citada, apartado 37).

-que en el litigio principal, Transportes Urbanos basó su recurso expresamente en la sentencia Comisión/España, antes citada, dictada con arreglo al artículo 226 CE, en la cual el Tribunal de Justicia declaró la infracción de la Sexta Directiva por la Ley 37/1992 y además interpuso la reclamación ante el Consejo de Ministros porque el plazo para presentar una solicitud de rectificación de las autoliquidaciones de los ejercicios 1999 y 2000 había expirado en el momento en que se dictó la mencionada sentencia Comisión/España, **siendo desestimada precisamente porque no había solicitado la rectificación de sus autoliquidaciones antes de la interposición de dicha reclamación, en cambio**, si hubiera podido fundamentar su reclamación de responsabilidad patrimonial en una sentencia del Tribunal Constitucional que declarara la nulidad de la misma ley por infringir la Constitución, esta reclamación habría sido estimada, con independencia de que dicha sociedad no hubiera solicitado la rectificación de dichas autoliquidaciones antes de que expiraran los plazos para hacerlo.

-que en el contexto particular que ha dado origen al litigio principal, la única diferencia existente entre las dos reclamaciones mencionadas en el apartado 35 de la presente sentencia consiste en que las infracciones jurídicas en las que se basan han sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia mediante una sentencia dictada con arreglo al artículo 226 CE y, en otro, por una sentencia del Tribunal Constitucional y esta única circunstancia, no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia.

Concluye el Tribunal que las dos reclamaciones examinadas pueden considerarse similares y que el principio de equivalencia se opone a la aplicación de una regla como la controvertida en el litigio principal, lo que hace ya innecesario examinar la regla del agotamiento previo de las vías de recurso discutida en el litigio principal a la luz del principio de efectividad.

De acuerdo con todo ello, el Tribunal responde a la cuestión planteada **“que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente.>>**

***Reconocida por los asistentes la trascendencia de la cuestión planteada y del pronunciamiento de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, se pone de manifiesto que, para el Juez Español, la carga de trabajo actual hace realmente difícil el poder mantenerse al día en el conocimiento del Derecho y la Jurisprudencia comunitaria y, teniendo en cuenta que su desconocimiento puede dar lugar incluso a la responsabilidad personal del Juez, resulta muy gravoso y genera inquietud a los presentes.

Respecto al planteamiento de cuestiones prejudiciales y a la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de plantear dichas cuestiones, se cuestiona si cada vez que se sabe del planteamiento de una cuestión prejudicial en un asunto que se reitera en el mismo ó distinto Juzgado ó Tribunal debe procederse a la suspensión reiterando el planteamiento de cuestión prejudicial ó si resulta mas procedente la mera suspensión en tanto se resuelve la cuestión prejudicial ya planteada.

Concluyen los presentes que lo mas procedente es suspender, por razones de coherencia y hasta de economía procesal y que dicha suspensión resulta procedente incluso cuando ha sido otro Juzgado o Tribunal el que ha planteado la cuestión prejudicial.

El problema que perciben todos los asistentes es el del acceso a las cuestiones prejudiciales planteadas por los restantes Juzgados y Tribunales. Comparten la idea de que debería crearse un servicio que, tanto a nivel autonómico como central, se encargara de la difusión del planteamiento de dichas cuestiones y de su resolución a los Jueces y Magistrados.

Segunda Ponencia. **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO.**

La excma. Sra. Magistrada del Tribunal Supremo, Doña Celsa Pico, dedica su ponencia al examen de la Responsabilidad Patrimonial de Órganos Constitucionales, al socaire de las recientísimas sentencias del Pleno de la Sala III del Tribunal Supremo, relativas a reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por retrasos indebidos del Tribunal Constitucional en la decisión de un incidente de recusación formulado en un recurso de amparo, y por funcionamiento anómalo de la Oficina del Defensor del Pueblo. Se trata de las STS, Sala III, Pleno, de 26 de noviembre de 2009 (rec. ordinario 585/2008) y de 27 de noviembre de 2009 (rec. ordinario 603/2007).

En la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de noviembre de 2009 (rec. ordinario 585/2008), se examina el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dos acuerdos por los que fue denegada la reclamación por responsabilidad patrimonial que el interesado había ejercitado ante el Ministerio de Justicia por el retraso, a su juicio indebido, en que había incurrido el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de amparo formulado por él, como consecuencia de la demora en la resolución de un incidente de recusación que en dicho recurso él había plantado contra dos magistrados de ese Tribunal. Uno de esos

acuerdos procede del Ministerio de Justicia, que el 17 de octubre de 2006 comunicó al recurrente que su reclamación había sido remitida al Tribunal Constitucional debido a la falta de competencia del Ministerio de Justicia para conocer de ese asunto. El segundo procede del Vicesecretario General del Tribunal Constitucional, que el 18 de octubre de 2006 comunicó al recurrente que con fecha 10 de abril de 2006 se había comunicado al Ministerio de Justicia que "el Tribunal Constitucional no cuenta con habilitación legal para conocer de la reclamación de que se nos ha dado traslado".

El TS, ante la cuestión suscitada, relativa a la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional por dilaciones indebidas en la resolución de un incidente de recusación planteado con ocasión de un recurso de amparo, por un lado, aborda la cuestión de si el principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos que proclama y garantiza el artículo 9.3 CE alcanza o no al Tribunal Constitucional, por no haber sido desarrollado por el legislador ordinario este precepto en cuanto a dicho Tribunal y no resultar de aplicación lo dispuesto en el Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no estar integrado el Tribunal Constitucional entre los órganos de la Administración de Justicia a que se refieren los preceptos contenidos en ese título. El Tribunal advierte que la postura del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado es contraria a la que ha defendido el Gobierno español ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en los casos en que se ha reclamado ante él responsabilidad por retraso indebido en decisiones del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio). Entonces (asuntos Caldas Ramírez de Arellano y Soto Sánchez), supuestos en que el Gobierno de España solicitó la inadmisibilidad de los recursos interpuestos por no haber agotado los recurrentes las vías de reclamación disponibles en la legislación interna, considerando que dichas vías eran precisamente las contenidas en los artículos 292 a 297 LOPJ. En tales casos el Gobierno de España no negó ante el TEDH lo que niega el Abogado del Estado ante esta Sala: que pueda exigirse responsabilidad patrimonial a la Administración como consecuencia de dilaciones indebidas en que haya incurrido el Tribunal Constitucional, pese a que no haya una ley que expresamente desarrolle en el ámbito de ese Tribunal el mandato general establecido en el artículo 9.3 CE, ni cuestionó que la ausencia de esa regulación pudiera suplirse por la aplicación de lo dispuesto para el Poder Judicial en el Título V del Libro III LOPJ.

La Sala no comparte la tesis del Abogado del Estado sino que considera que del artículo 9.3 CE deriva una garantía para el particular de ser resarcido por toda lesión que le haya causado una actuación del Tribunal Constitucional que pueda considerarse irregular, pero en cambio de ese precepto constitucional no se deriva en modo alguno que la Administración pueda repetir contra un miembro de ese Tribunal si se considerase que la actuación del mismo pudiera calificarse como dolosa o gravemente culposa. Esta es una solución adoptada por el legislador al regular la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, pero no es una consecuencia que se derive inevitablemente del artículo 9.3 CE (ni del 120, por lo que se refiere al Poder Judicial). Por ello excluye de su consideración cualquier calificación de la conducta personal del magistrado del Tribunal Constitucional a quien se imputa la causación del daño cuya reparación reclama el recurrente.

Por el contrario, sí deriva directamente del artículo 9.3 CE que el Estado deba responder por los daños que los particulares hayan sufrido como consecuencia de las dilaciones en que el Tribunal Constitucional haya incurrido al resolver algún recurso de amparo interpuesto por ellos, si esas dilaciones pueden calificarse como indebidas. Dicha calificación incluye el supuesto con toda evidencia dentro del concepto mas amplio del funcionamiento anormal de Tribunal Constitucional, como

ha declarado el TEDH, entre otras, en su sentencia de 25 de noviembre de 2003 (caso Soto Sánchez contra España), en interpretación del artículo 6.1 del Convenio, cuya doctrina debe tenerse en cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, en la interpretación del artículo 24 CE, cuyo contenido comprende el derecho a que la tutela judicial impetrada se conceda en un plazo razonable.

Determinada la posibilidad de exigir responsabilidad por daños antijurídicos causados por el Tribunal Constitucional, la segunda cuestión que se plantea la Sala es la determinar qué órgano debe pronunciarse sobre la reclamación formulada.

Entiende que el Tribunal Constitucional devolvió correctamente el expediente al Ministerio de Justicia, ante el que el recurrente había presentado su reclamación, porque el Tribunal Constitucional carece de habilitación legal para conocer de reclamaciones por daños atribuidos a un funcionamiento anormal del mismo, razón por la que desestima. El artículo 1.3. a) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, encomienda a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptados, entre otros, por los órganos competentes del Tribunal Constitucional, pero en modo alguno puede incluirse en esta categoría la decisión sobre peticiones de resarcimiento provocadas por la actuación del propio Tribunal Constitucional.

Por ello desestima el recurso interpuesto, en cuanto al acuerdo del Vicesecretario General del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2006, impugnado en este proceso, razonando que, tratándose de un órgano constitucional, la competencia para resolver la reclamación interpuesta debe situarse, sin género alguno de duda, en la Administración General del Estado como personificación de éste, aunque, dentro de ella, cabe plantearse si el órgano competente para resolver debe ser algún departamento ministerial o el Consejo de Ministros.

Entiende la Sala que, en ausencia de regulación legal, cabría sostener la competencia del Ministerio de Justicia en atención a lo dispuesto en el artículo 142.2 LPAC que establece que cuando se trata de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado la competencia para su resolución corresponde al Ministro respectivo y sólo será competente el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone, pero concluye que este precepto no resulta aplicable a la presente reclamación puesto que se refiriendo a los supuestos en los que la responsabilidad de la Administración está expresamente regulada por el legislador lo que no sucede en el presente caso.

Por otro lado, dada la imposibilidad de adscribir ni directa ni indirectamente el Tribunal Constitucional a algún departamento ministerial en concreto y en ausencia de regulación legal parece lógico considerar que las reclamaciones deber ser resueltas por el órgano que representa al Poder Ejecutivo a su máximo nivel, y por tanto por el Consejo de Ministros, siendo esta la solución que ha adoptado el artículo noveno de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que añade un apartado 5 al artículo 139 LPAC, con la siguiente redacción: "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 del Consejo de Estado".

La decisión de atribuir al Consejo de Ministros la competencia para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de daños producidos por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional responde a

una lícita opción del legislador (lo mismo que la de encomendar al Ministro de Justicia la instrucción del correspondiente procedimiento), que podría haber elegido otra distinta, como la que para el Poder Judicial establece el artículo 293.2 LOPJ. El riesgo de que la decisión del órgano competente para resolver comprometa la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional no tiene que ver con la jerarquía del órgano que resuelve sino con la existencia o no en el procedimiento seguido para declarar la responsabilidad del Estado por esa causa de mecanismos que aseguren que la decisión adoptada no ha de suponer intromisión alguna en el funcionamiento del Tribunal.

En los procedimientos seguidos por la exigencia de responsabilidad patrimonial por actos del Poder Judicial esa garantía se ha observado, en ausencia de específica previsión legal al respecto, al entender el Consejo de Estado que su dictamen no podía extenderse a determinar si había existido o no funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por lo que en estos expedientes se requiere un informe previo del Consejo General del Poder Judicial sobre esta cuestión, cuya opinión es vinculante para la Administración, de modo que el Consejo de Estado sólo informa, si el Consejo General del Poder Judicial ha entendido ya que se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sobre los restantes aspectos de la reclamación administrativa. Según expresa el Consejo de Estado, en su dictamen n.º 49.569 de 18 de septiembre de 1986, "reiteradamente tiene expuesto este Consejo de Estado que en virtud del principio de separación de poderes y asimismo del de independencia del Poder Judicial, contenidos ambos en la vigente Constitución, la apreciación de la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia corresponde exclusivamente a los órganos de dicho Poder Judicial, pudiendo solamente la Administración entrar a apreciar los aspectos de daño efectivo e individualizado y de la evaluación económica cuando previamente se haya realizado en el ámbito judicial la declaración positiva de existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia".

El nuevo apartado 5 del 139 LPAC responde a esta misma idea al imponer al Ministro de Justicia la remisión del expediente al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre si ha existido funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo de las cuestiones de inconstitucionalidad, pero es una exigencia consustancial al sistema porque deriva del principio constitucional de separación de poderes y responde a la necesidad de preservar al Tribunal Constitucional de posibles perturbaciones procedentes del Poder Ejecutivo, por lo que, aunque el citado precepto no estuviera en vigor cuando se presentó la reclamación que da origen a este proceso, ni lo esté en el momento de dictar esta resolución, la garantía que representa la intervención del Tribunal Constitucional debe considerarse exigible, en ausencia de dicha regulación legal.

La decisión del Tribunal Constitucional respecto a si ha incurrido o no en funcionamiento anormal, como la del Consejo General del Poder Judicial a que antes nos referimos, acaso sea vinculante para el Consejo de Ministros, pero es una decisión no jurisdiccional, sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan en orden a su posible revisión jurisdiccional.

En este punto la Sala se refiere a varios obstáculos que podrían oponerse al examen de la cuestión de fondo planteada por la parte actora. Uno, que en el procedimiento administrativo iniciado a su instancia el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre si a su juicio han existido dilaciones indebidas en el recurso de amparo promovido por el recurrente, en particular en la resolución del incidente de recusación formulado contra dos magistrados del Tribunal Constitucional. Otro, que tampoco la Comisión Permanente del Consejo de Estado ha sido consultada conforme a lo previsto en el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril,

del Consejo de Estado, toda vez que el recurrente reclama en concepto de indemnización una suma superior a los 6.000 euros que señala ese precepto legal. Finalmente, que tampoco el Consejo de Ministros ha decidido sobre la reclamación de responsabilidad presentada por el actor. La consideración de estos obstáculos como insalvables postularía la devolución del expediente al Ministerio de Justicia, ante el que se presentó la reclamación para que tras recabar el correspondiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, lo remitiese para su resolución al Consejo de Ministros.

Sin embargo, la Sala entiende que ninguno de esos obstáculos constituyen impedimentos que puedan limitar el derecho a la tutela judicial efectiva reclamada por el actor que requiere que el examen de la cuestión de fondo planteada sólo sea postergada cuando existan razones muy fundadas que impidan a la Sala su decisión. Y en el caso presente no concurren esas razones.

El Tribunal Constitucional pudo haberse pronunciado sobre si, a su juicio, había incurrido en dilaciones indebidas al resolver el incidente de recusación planteado por el recurrente, pero no lo hizo escudándose en un argumento que, siendo formalmente correcto, resultaba absolutamente insatisfactorio. Ciertamente el Tribunal Constitucional no era competente para resolver la reclamación formulada pero tuvo ocasión de haber advertido lo que hubiera considerado pertinente acerca de las circunstancias que determinaron la demora de casi tres años en la decisión del incidente de recusación. No lo hizo, y esta omisión no puede perjudicar al recurrente que cumplió con la carga de presentar su reclamación ante un órgano de la Administración General del Estado, dentro del año siguiente al día en que tanto el Ministerio de Justicia como el Tribunal Constitucional le comunicaron que su reclamación no iba a ser resuelta.

Por semejantes argumentos considera superable la ausencia del informe de la Comisión Permanente del Consejo de Estado. Aparte de que en estos casos, como en los de reclamaciones por funcionamiento anormal del Poder Judicial, su papel es mas limitado que en el de los procedimientos ordinarios de responsabilidad patrimonial de la Administración, como hemos expuesto en el anterior razonamiento, la parte actora no debe sufrir las consecuencias del error cometido por el Ministerio de Justicia al rechazar la reclamación sin continuar la instrucción del procedimiento en la forma debida. El dictamen del Consejo de Estado no es vinculante para la Administración y, obviamente, en cuanto se integra en la resolución final del procedimiento manifiesta una opinión que puede no ser seguida por los órganos de esta jurisdicción, de modo que su ausencia no representa óbice alguno a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada por el recurrente.

Ciertamente el Consejo de Ministros no ha intervenido en la decisión del procedimiento iniciado por la reclamación del actor pero el Ministerio de Justicia en lugar de enviar esa reclamación al Tribunal Constitucional para que la resolviera debió haberlo hecho al Consejo de Ministros, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1 LPAC. Esta omisión del Ministerio de Justicia no debe retrasar aun mas la tutela judicial pedida por la parte actora, toda vez que no existen intereses públicos prevalentes que fuercen a una decisión expresa del Consejo de Ministros dilatando una resolución que finalmente habría tenido que ser enjuiciada por esta Sala.>>

Entrando en el examen de la cuestión de fondo planteada por la parte actora que se concreta en determinar, por un lado, si el Tribunal Constitucional incurrió en dilaciones indebidas al resolver el recurso de amparo al haber permanecido el incidente de recusación paralizado durante casi tres años (dos años, siete meses y diez y seis días) y, de otro, si dicha actuación del Tribunal Constitucional le ha ocasionado algún daño susceptible de reparación, la Sala concluye:

a.- **Que el recurso de amparo interpuesto por el recurrente no fue resuelto en un plazo razonable**, al haber sufrido la tramitación del incidente de recusación formulado una paralización que no puede considerarse justificada, atendidas las circunstancias y en particular, la escasa complejidad del asunto y que por tanto el Tribunal constitucional incurrió en una dilación indebida.

b.- **Que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya incurrido en una dilación indebida no determina automáticamente el derecho a una indemnización por parte del que la ha sufrido porque para que así ocurra es preciso que el que reclama acredite la producción de un daño efectivo y que esa lesión pueda considerarse causalmente determinada por ese funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, y estas condiciones no concurren en los daños cuya reparación se pretende.**

La ponente destaca por su interés el voto particular que formula a esta sentencia el Excmo. Magistrado de la Sala D. Luis Díez Picazo en el que expresa como razón de su discrepancia del parecer mayoritario del Pleno, el hecho de que, a su modo de ver, este recurso contencioso-administrativo era inadmisibile por falta de jurisdicción (art. 69 LJCA), extremo que puede y debe ser examinado de oficio por los órganos de este orden jurisdiccional (art. 5.2 LJCA). Razona el firmante de este voto particular que <<incluso admitiendo a efectos puramente argumentativos que la jurisdicción contencioso-administrativa alcanzase a pretensiones como la que es objeto del presente asunto - tal vez sobre la base de una supuesta analogía con la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 292 LOPJ)-, seguiría habiendo falta de jurisdicción por otra razón: uno de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración es que el lesionado no tenga el deber jurídico de soportar el daño (art. 141.1 LRJ-PAC) y, tratándose de lesiones que se dicen ocasionadas por actos u omisiones del Tribunal Constitucional en el curso de un proceso constitucional, el único modo de determinar si existe o no un deber jurídico de soportar el daño es, por definición, examinar la corrección del modo en que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo su función jurisdiccional. Esto es algo que queda fuera de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues, como solemnemente establece el art. 4.2 LOTC, "las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado". Y ni que decir tiene que determinar si una resolución del Tribunal Constitucional es indebidamente tardía es un modo de fiscalizar aquélla.>>

Se refiere asimismo la Ponente a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de noviembre de 2009 (rec. ordinario 603/2007), por la que se desestima reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anómalo de la Oficina del Defensor del Pueblo, destacando que la misma presenta una gran riqueza de matices sobre asunto de la máxima transcendencia para el Derecho Constitucional y para el Derecho Administrativo español. Es decir, pese a que desestima la demanda, su doctrina encierra un paso de gigante en el control de las inmunidades de los poderes constitucionales.

El núcleo del litigio es el siguiente. Un particular reclama indemnización de 7.000 euros por daños morales y trastornos derivados del deficiente funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo, primero, por haber dejado transcurrir ocho meses desde la queja inicial hasta su admisión a trámite, y segundo, por haber extraviado la

documentación original aportada, así como por retener dicha Oficina un valioso informe del Ministerio de Asuntos Exteriores que respondía a la queja del ciudadano.

La resolución recurrida ante el Tribunal Supremo es la Resolución de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados que acordó el archivo de la reclamación de indemnización.

Dicha sentencia, dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (que cuenta con 6 votos particulares, de los cuales cinco postulaban la inadmisibilidad del recurso y otro una línea argumental diferente de la sentencia) no se pronuncia sobre la responsabilidad del Parlamento-legislador, sino sobre la responsabilidad del Parlamento-administrador.

En ella se confirma la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa sobre la actuación de los Órganos Constitucionales en materia de personal, administración y gestión patrimonial (tal y como contemplaba el artículo .3 a, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pero el Tribunal Supremo va más allá e incluye otro concepto conexo: la responsabilidad patrimonial o extracontractual derivada de esos actos de personal, administración o gestión patrimonial.

Razona la Sala que *<< no cabe (...) como pretende el Congreso de los Diputados, que el acto recurrido no es susceptible de control jurisdiccional por su carácter de acto político parlamentario, pues, como se razona en dicho auto, la responsabilidad patrimonial es siempre una actividad típica de "administración", siendo el tema debatido el de la «responsabilidad patrimonial contra la actividad administrativa desarrollada por el Defensor del Pueblo».*

Esta última afirmación trae implícitamente a colación el artículo 2.e) de la propia Ley jurisdiccional, conforme al que, cualquiera que fuere la calificación que se otorgue a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el conocimiento de los litigios que se susciten en torno a la misma corresponde siempre a nuestra jurisdicción. De este modo, en la medida en que los órganos constitucionales que se enuncian en el artículo 1.3.a) [entre los que se cuentan el Congreso de los Diputados y el Defensor del Pueblo] se reputan "Administración" a los efectos de la revisión judicial de los actos y disposiciones que produzcan en los ámbitos que menciona, pues participan de la misma sustancia que los propios de una Administración pública («no sólo la Administración administra»), la eventual responsabilidad derivada de la actividad desenvuelta en dichos ámbitos, de los que forma parte, sin mayor precisión, la "administración", ha de ventilarse ante esta jurisdicción."

De ello se desprende que los órganos constitucionales cuando ejercen funciones constitucionales de naturaleza política se escapan del control judicial ordinario, pero si ejercen funciones administrativas (con su personal, con su patrimonio o con sus procedimientos...) automáticamente el manto del control contencioso-administrativo cae sobre ellos. Y por derivación, también la responsabilidad patrimonial que se deriva de tales ámbitos.

Admitido el control jurisdiccional de los actos administrativos de los órganos constitucionales, la Sentencia se enfrenta a la difícil cuestión de dilucidar quién tiene que resolver en vía administrativa tales peticiones de responsabilidad de los órganos constitucionales, partiendo del presupuesto de que la inexistencia de regulación del cauce para exigir responsabilidad a los órganos constitucionales por actuaciones

administrativas no permite una situación de impunidad. Razona al efecto la Sala que el margen de maniobra que se reconoce al legislador no autoriza, por lo dicho, a concluir que si se abstiene de regular la responsabilidad de un determinado poder o de un servicio haya querido crear un espacio inmune a las reclamaciones de los que sufran daños por su actuación, por impedirlo la cláusula general del *artículo 9.3 de la Constitución*. En esa tesitura, si los tribunales detectan la existencia de una lesión antijurídica que deba resarcirse, así lo deben declarar, sin riesgo alguno de suplantar la labor de los legisladores, pues la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del *artículo 9.3 de la Constitución*, *concluyendo que en estos casos la responsabilidad habrá de exigirse al Consejo de Ministros que personifica el poder ejecutivo en su máximo nivel, siendo precisamente la falta de intervención del Consejo de Ministros la que aboca a la Sala a la desestimación del recurso, aunque dejando a salvo el derecho del recurrente a dirigirse al Consejo de Ministros para, de acuerdo con lo razonado en esta sentencia, ejercitar la acción de responsabilidad por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la actuación de la Oficina del Defensor del Pueblo, en el bien entendido de que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción quedó interrumpido el día en el que presentó ante el Letrado Mayor de las Cortes Generales el escrito formulando la reclamación.*

Los asistentes se decantan, unánimemente a favor de que no exista ninguna parcela inmune a la responsabilidad patrimonial del Estado.

II.- ASPECTOS PROCESALES

A.- COMPETENCIA: IDENTIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE.

En la práctica, se plantean numerosos supuestos en que la identificación de la Administración responsable resulta tan complicada para el Juzgador como para los propios administrados. Entre ellos se han examinado los siguientes:

A.1 PROBLEMAS QUE PLANTEAN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN QUE EL DAÑO SE IMPUTA AL EJERCICIO O FALTA DE EJERCICIO DE COMPETENCIAS O SERVICIOS TRANSFERIDOS A LAS CCAA.: SUPUESTOS EN QUE EL JUEGO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO SE PRODUCE CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DEL TRASPASO DE COMPETENCIAS.

La jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido señalando reiteradamente que las dudas que puedan surgir entre dos Administraciones Públicas en orden a determinar cuál de ellas es la responsable de un supuesto de subrogación - técnica a la que, en definitiva, responden los Decretos de Transferencias- no pueden perjudicar a los administrados a quienes en todo caso, les debe bastar con reclamar a la Administración que, en ese momento, ostenta la titularidad de la competencia, sin perjuicio de las compensaciones económicas que, en su caso, puedan establecerse entre las Administraciones afectadas.

En esencia, deriva la responsabilidad patrimonial a la Administración a la que se le haya transferido el servicio originariamente causante del daño o perjuicio, aún cuando tal traspaso hubiera tenido lugar después de acaecido el hecho determinante de dicha responsabilidad patrimonial. La única forma de no asumir dichas obligaciones es establecer en los Decretos de Transferencias que la Administración que transfiere será responsable de las obligaciones de pago que se reconozcan en sentencias judiciales firmes por hechos ocurridos con anterioridad a la transferencia, con las salvaguardas que precise para que pueda personarse en los procedimientos judiciales, salvo que los mecanismos de compensación a la Comunidad Autónoma por hacerse cargo de los pagos estén satisfactoriamente convenidos. Esta solución, por lo demás, es la que se ha venido adoptando en los Decretos de transferencias en materia de Sanidad.

A.2 PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN CUANDO EL RECURSO SE INTERPONE FRENTE A UNA DESESTIMACIÓN PRESUNTA Y A CONTINUACIÓN LA ADMINISTRACIÓN DICTA UNA RESOLUCIÓN EXPRESA : LA AMPLIACIÓN O ACUMULACIÓN POR INSERCIÓN.

Se examina el artículo 36 de la Ley 29/1998 que regula la llamada «acumulación por inserción» o «ampliación del objeto del recurso», de modo que, conocida la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde con el que sea objeto del recurso la relación prevista en el artículo 34 LJCA, el demandante puede pedir, dentro del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, que se amplíe el ya iniciado a la nueva actuación administrativa (Art. 36.1 LJCA).

En el caso de que esta nueva actuación constituya la respuesta explícita a una petición cuya desestimación presunta por silencio es objeto de una impugnación contencioso-administrativa en trámite, el recurrente, además de conducirse como indica el apartado 1, puede aceptar el pronunciamiento expreso, desistir de la impugnación contra el acto presunto y, en el plazo para recurrir, instar otra contra aquel primero (Art. 36.4 LJCA).

No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 LJCA, cabe una tercera posibilidad, consistente en interponer un recurso contencioso-administrativo independiente contra el acto expreso y después pedir su acumulación al que ya está en marcha contra el presunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 37.

Por tanto, el legislador ha configurado tres opciones (ampliación, desistimiento y nuevo recurso o interposición independiente y posterior acumulación) con carácter potestativo, como lo evidencia el repetido uso del verbo «poder» y, en principio, se ha venido considerando que si el recurrente no optaba por alguna de estas posibilidades, la nueva actuación administrativa quedará consentida, firme y, por consiguiente, inatacable con arreglo a los artículos 51, apartado 1, letra d), y 69, letra c), de la Ley de la Jurisdicción.

Surge, sin embargo la duda de, si esta última afirmación rige para todos los casos. Es decir, si el apartado 4 del artículo 36, inexistente en su precedente (el artículo 46 de la vieja Ley reguladora de esta jurisdicción de 27 de diciembre de 1956 -BOE de 28 de diciembre-), y que no estaba previsto en el proyecto de Ley remitido a las Cortes (fue introducido en sede parlamentaria como enmienda 112 para «solucionar los problemas derivados de las notificaciones tardías»), obliga en toda circunstancia a ampliar o a desistir e impugnar, de modo que si el recurrente no opta por ninguno de ambos caminos su pretensión quedará en vía muerta, habida cuenta de que la decisión expresa tardía resultará inatacable por no haber sido recurrida en tiempo, mientras que la presunta ya no existe, pues la ficción que representa ha sido reemplazada por la ulterior explícita resolución.

Ahora bien se suscita la duda acerca de qué ocurre cuando se impugna una desestimación presunta y a continuación se dicta una resolución expresa parcialmente estimatoria. El supuesto se contempla en la STS, Sección 5ª de 14-11-2002 (RC 1091/1999) a la vista de la cual cabe concluir que en caso de que, interpuesto recurso contencioso-administrativo contra desestimación presunta de una reclamación de la índole de las que examinamos, la Administración dicte, con posterioridad, resolución expresa existen las siguientes posibilidades:

A) Si el acto o la resolución expresa, producido fuera de tiempo, es de signo contrario al producido por silencio administrativo, el demandante, para evitar que la resolución expresa se tenga por consentida, podrá optar entre:

Ampliar, formalmente, el recurso interpuesto a la resolución expresa.

Desistir del recurso interpuesto contra la resolución presunta e instar otro proceso contra la expresa.

Ó interponer otro recurso contra la resolución expresa y pedir la acumulación en los plazos que contempla el artículo 46 de la Ley.

B) Si el acto o la resolución expresa, producido fuera de tiempo, es parcialmente estimatoria y, por tanto, difiere solo en parte del producido por silencio administrativo, el recurrente podrá optar entre:

Ampliar, formalmente, el recurso interpuesto a la resolución expresa.

Desistir del recurso interpuesto contra la resolución presunta e instar otro proceso contra la expresa.

Ó interponer otro recurso contra la resolución expresa y pedir la acumulación en los plazos que contempla el artículo 46 de la Ley.

Ó bien, si la resolución expresa, se ha dictado una vez interpuesto el recurso contra la desestimación presunta pero antes de la formalización de la demanda, será suficiente con que en ésta se haga referencia a la resolución expresa y se combatan sus fundamentos.

En cambio, si el acto o la resolución expresa producido fuera de tiempo, es de idéntico contenido al producido por silencio administrativo, viniendo a hacer explícito y real lo que ya anteriormente se había tenido por existente, sin añadir nada ni modificar el contenido implícito de la voluntad administrativa, no resulta necesario ampliar expresamente la demanda, sin perjuicio de que si el recurrente lo desea pueda actuar cualquiera de las opciones previstas para el supuesto anterior.

A.3 PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN CUANDO EXISTE UNA DESESTIMACIÓN PRESUNTA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN A LA QUE RECLAMA EL PERJUDICADO Y POSTERIOR RESOLUCIÓN EXPRESA DE UNA ADMINISTRACIÓN DISTINTA.

En sentencias de 5 y 23 de marzo, 30 de abril y 12 de junio de 2009 , dictadas en los recursos ordinarios nº 22/07, 379/06, ,412/06, 454/06, 457/06, 461/06, 385/06, 459/06, 404/06 y 455/06, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de enfrentarse a esta cuestión en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por los perjudicados por la tarifas portuarias

declaradas inconstitucionales. En estos casos, aunque las Sociedades supuestamente perjudicadas, presentaron en diversas Delegaciones del Gobierno, sus reclamaciones por responsabilidad del Estado legislador, correctamente dirigidas al CONSEJO DE MINISTROS,, lo cierto es que por las correspondientes Delegaciones fueron remitidas al Ministerio de Fomento que, en todos los casos, dictó resolución expresa acordando su inadmisión.

Ante el silencio del Consejo de Ministros al que habían dirigido su reclamación, los reclamantes, a los que en todos los casos se les había notificado una resolución expresa del Ministerio de Fomento inadmitiendo su reclamación, interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra la desestimación presunta del Consejo de Ministros por considerar, acertadamente, que este es el único órgano competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, siendo competente para su fiscalización el Tribunal Supremo.

Algunos de estos recursos se interpusieron solo contra la desestimación presunta y, otros, simultáneamente contra aquella y contra la resolución expresa del Ministerio de Fomento, pero en todos ellos se razonaba sobradamente que el Ministerio de Fomento no tenía por que haber conocido una reclamación que no iba dirigida a él y para la que, por razón de la materia, era notoriamente incompetente.

Interpuesto el recurso en el Tribunal Supremo, el Abogado del Estado cuestiona la competencia de dicho Tribunal para conocer del asunto, razonando que, al existir una respuesta expresa del Ministerio de Fomento a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada al Consejo de Ministros, corresponde a la Audiencia Nacional determinar su validez y, en su caso, la incompetencia del Ministerio de Fomento que mantienen los perjudicados.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo declara no haber lugar a la inadmisibilidad por falta de competencia opuesta por el Abogado del Estado. Para ello tiene en cuenta .

- que la parte recurrente, con pleno conocimiento de la existencia de esa resolución expresa del Ministerio de Fomento, razona porqué dirige el recurso contra la desestimación presunta de su reclamación por el Consejo de Ministros.

- que la competencia para resolver sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por acto legislativo, que determina el órgano jurisdiccional competente, corresponde al Consejo de Ministros.

- que de aceptar el planteamiento de inadmisibilidad del Abogado del Estado sólo se vería demorado el control jurisdiccional de la desestimación presunta de la reclamación formulada, obligando a la parte a reiterar el mismo planteamiento del recurso ante esta Sala y en semejantes circunstancias, con notable incidencia en el derecho a la tutela judicial, ante el retraso en la resolución de reclamación formulada, cuando los términos en que se ha planteado el recurso permiten su adecuada resolución.

- que la competencia de esta Sala para resolver la impugnación del acto presunto, comporta inevitablemente una vis atractiva en relación con el acto expreso dictado por el Ministerio de Fomento pues, en otro caso, podría dar lugar a resoluciones contradictorias.

En otros supuestos, el Abogado del Estado, siguiendo la pista suministrada en la Sentencia del Pleno, de 5 de marzo de 2008 (rec. nº 22/2007) no opone la inadmisibilidad por falta de competencia, directamente, sino la inadmisibilidad por

inexistencia del acto administrativo recurrido, razonando que, al existir una respuesta expresa del Ministerio de Fomento a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada al Consejo de Ministros y, por tanto, un acto expreso impugnabile que resuelve la reclamación planteada, no puede recurrirse a la ficción del acto presunto para tener acceso a una vía jurisdiccional distinta a la que corresponde frente al acto expreso, a lo que la Sala responde que *<<habiendo formulado una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador ante el Consejo de Ministros que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala es el único Órgano competente para resolver esta clase de reclamación, era dicho órgano quien tenía la obligación de resolver y no el Ministerio de Fomento, por lo que la resolución expresa de este último constituye efectivamente un desvío procedimental imputable a la Administración, que si bien es susceptible de impugnación independiente, no exime al Consejo de Ministros de su obligación de resolver, sin que sea de recibo que la Administración, mediante el simple recurso de hacer que la cuestión se ventile por un órgano incompetente pueda perjudicar al administrado y alterar la competencia para el conocimiento de una reclamación de esta índole, tanto en vía administrativa, como en vía jurisdiccional.>>*

A.4.- AFINSA: UN SUPUESTO SINGULAR. LA CONTINENCIA DE LA CAUSA COMO FACTOR DIRIMIENTE DE LA CUESTIÓN DE COMPETENCIA PLANTEADA.

El caso AFINSA ha sido objeto de especial consideración en cuanto ha dado lugar al planteamiento de una enrevesada cuestión de competencia negativa a la que se ha enfrentado la STS, Sección Primera de 4-12-2009 (Cuestión de Competencia nº 65/2009).

Las circunstancias del caso son las siguientes: la Asociación de consumidores afectados de Forum Filatélico de Asturias y otros, formulan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Galicia.

Al no dictarse en plazo resolución expresa por la Xunta, interponen recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Aunque en principio, en dicho escrito, se identificaba como acto recurrido la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada a la Consejería de Santidad de la Junta de Galicia, lo cierto es que, en el suplico del escrito de interposición se interesaba la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Autónoma “ ó en su caso de la Administración Autónoma en concurrencia o solidaridad con la Administración del Estado”, añadiendo, en un segundo otrosí, que “de preverse la posible responsabilidad concurrente y/o solidaria con otra Administración Pública u Organismo de esa misma Administración o de la Administración del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140.2 de la LRJAPPAC, se inste de oficio la incorporación de aquella al presente procedimiento”. En un tercer otrosí, se pone de manifiesto que, con la misma fecha, se ha interpuesto reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración contra los Ministerios de Economía y Hacienda, Sanidad y Consumo, así como contra las correspondientes Consejerías de la Comunidad de Madrid y otras.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia , teniendo en cuenta que los propios recurrentes consideraban que puede concurrir responsabilidad de varias Administraciones, y que han deducido ya recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional frente a la desestimación presunta por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Sanidad y Consumo, en reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, con arreglo al artículo 11 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el

140 de la Ley 30/1992, se inhibió del conocimiento del asunto, al considerar competente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional”.

Por su parte, la Audiencia Nacional considera, que la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, planteando cuestión de competencia ante el Tribunal Supremo en la que razona que *“(..)* en el supuesto que nos ocupa no concurren los presupuestos previstos en este precepto (artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) para entender que nos encontramos ante una responsabilidad solidaria de las Administraciones Públicas contra las que se reclama, pues ni la responsabilidad que se invoca surge de fórmulas de actuación conjunta entre ellas, ni existe una concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño en la que no sea posible delimitar la responsabilidad de cada una de ellas atendiendo a los criterios de competencia respectiva. Y ello precisamente porque la responsabilidad de una u otra Administración viene delimitada en este caso por razones competenciales, y así se desprende de la propia reclamación entablada por la parte recurrente en vía administrativa, en la que se diferencia entre la actuación de los órganos de la Administración del Estado en relación con sus propias competencias en la materia o la actuación de la Comunidad Autónoma respectiva en este último caso en relación con sus competencias delegadas en materia de Consumo”.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, dirime la cuestión de competencia atribuyéndola a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Para ello, tiene en cuenta que en la reclamación formulada en vía administrativa ya se puso de manifiesto una posible concurrencia o solidaridad en cuanto a la responsabilidad de una y otra Administración (la Autonómica y la Estatal), así como que consta de manera indubitada que la pretensión que ejercitan los recurrentes, aunque la dirigen a ambas Administraciones, es única, dando cuenta expresa de que la razón por la que no interponen conjuntamente el recurso contencioso-administrativo frente a ambas Administraciones, no es otra que el acuerdo de ampliación del plazo para resolver, adoptado por la Administración General del Estado.

Teniendo en cuenta todo ello, la Sala concluye que *<<Una interpretación integradora de las reglas sobre competencia objetiva previstas en la Ley Jurisdiccional permite deducir que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir, entendida esta causa como el dato fáctico determinante de la reclamación, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial; órgano que en el presente caso es la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.*

B.- JURISDICCIÓN COMPETENTE EN LOS SUPUESTOS EN QUE CONCURREN A LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO SUJETOS PRIVADOS.

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

Ello supone que corresponde al orden contencioso administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con sujetos privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden contencioso administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a 1.998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares."

No es obstáculo a ello la circunstancia de que se excluya por los Tribunales de lo contencioso administrativo la responsabilidad de la Administración, ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella.

Ahora bien para ello es necesario que el Tribunal de lo contencioso administrativo "pueda enjuiciar la responsabilidad de la Administración", lo cual no siempre es posible como lo demuestra la STS, Sala III, Sección 6ª de 24 de febrero de 2009 (RC 8524/2004), relativa a un supuesto en que la parte recurrente, ante el resultado de las actuaciones penales, en las que no se planteó la responsabilidad civil de la Administración, limitándose a los demás codemandados, y habiendo dejado transcurrir el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, haciendo inviable su ejercicio, se dirige a la Administración extemporáneamente exigiendo tal responsabilidad en concurrencia con diversos sujetos privados, de manera que a través del ejercicio de tal acción ya prescrita para la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración, se traslada al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la exigencia de responsabilidad extracontractual de los sujetos privados en cuestión, que se constituye en único objeto viable del proceso y no en concurrencia con una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, que es lo que se prevé en el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el art. 2.e) de la Ley de la Jurisdicción.

Se examina asimismo, la cuestión de la imputación de responsabilidad en los casos en que la asistencia sanitaria ha sido prestada por entidades concertadas con los entes gestores del Régimen de la Seguridad Social, señalando como esclarecedora la STS de 24-05-2007 (RC 7767/2003) que razona que la existencia de conciertos para prestaciones sanitarias *no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que concurren los requisitos configuradores de aquella, según el art. 139 de la Ley 30/92, no pudiendo oponerse las concretas cláusulas del concierto, a quien tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo, pero que precisamente por la existencia de este, acude a recibir asistencia sanitaria a la entidad médica con la que su entidad gestora (ISFAS, MUFACE, MUJEJU..), de cuyo régimen sanitario es beneficiario, ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de dicha asistencia.*

Y ello, porque el art. 45 de la Ley General de Sanidad establece que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que de acuerdo con lo previsto en esa ley son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud y por tanto en él deben entenderse incluidas MUFACE, ISFAS, MUGEJU, etc.

Los asistentes advierten que en la práctica se viene encontrando con reclamaciones que se dirigen contra la Administración de manera forzada con objeto de someter la cuestión a la jurisdicción contenciosa. Casi todos ellos están de acuerdo en que cuando es evidente que la imputación a la Administración no tiene ningún fundamento resulta procedente declarar la falta de jurisdicción y remitir al reclamante al orden jurisdiccional que corresponda, si bien ello requiere que el juzgador no albergue duda alguna.

C.- ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE DAÑOS CAUSADOS CON OCASIÓN DE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

REGLAS GENERALES:

1.- Si se demanda solo al contratista la competencia no corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues es una acción civil en la que se imputa una actuación negligente a un particular o persona jurídica cuyo conocimiento corresponderá a la jurisdicción civil.

2.- Si se demanda a todos (Administración, contratista y aseguradora) puede condenarse sólo al contratista, si procede, en los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Hay sentencias que así lo asumen pero se manifiestan ciertas dudas al respecto. El problema desde el punto de vista procesal se plantea cuando la sentencia desestima el recurso contencioso, por considerar que el acto administrativo es conforme a Derecho, rechazando la responsabilidad de la Administración y, en cambio, condena al contratista. En todo caso, para que pudiera ser condenado sería imprescindible que, como es lógico, sea parte en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y aconsejable que haya sido oído en el expediente administrativo.

Se plantea la duda de si en vía civil la acción frente al contratista sería por responsabilidad objetiva. Mayoritariamente se entiende que no, pues estaría amparada en el art. 1902 del Código Civil, pero existe alguna opinión a favor de que es objetiva en base al 97 de la Ley de Contratos del Estado y el art. 106 de la Constitución Española. El hecho de que se acuda a la vía civil no debe inducir a los jueces civiles a apreciar la incompetencia por el solo hecho de que intervenga una Administración. Cabe una acción civil directa frente al contratista que queda al margen de la responsabilidad de la Administración.

La falta de claridad del artículo 97 de la Ley de Contratos del Estado ha favorecido durante mucho tiempo, la interposición de reclamaciones en la vía contenciosa conjuntamente frente a la Administración, contratista y aseguradora a fin de evitar la

desestimación de reclamaciones con fundamento en la falta de legitimación o en el error en la imputación, cuando de algunas de esas cuestiones podía conocer la jurisdicción civil.

También se plantean problemas cuando los interesados se dirigen con carácter previo a la Administración para que se pronuncie con carácter previo sobre a quién - el contratista o la propia Administración, deban imputar el daño, problemas que intenta solventar la STS, Sección 6ª de 30-03-2009 (RC Nº 10680/2004) que razona lo siguiente :

<<(…) Cabe que los perjudicados, conforme les autoriza el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 (y les autorizaba el último párrafo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación), se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan (artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley 29/1998). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (...).

Dado que el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 configura como una facultad la, posibilidad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992. En esta tesitura, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 98, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable.

Desde luego, está fuera de lugar que, ante tal eventualidad, se limite a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Así se lo impiden, no sólo el espíritu del artículo 98 de la Ley 13/1995, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima (artículo 3, apartado 1, de la Ley 30/1992), y de su procedimiento en particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno (artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma Ley).

Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la callada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo

juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada.

Así lo hemos estimado en otras ocasiones para casos semejantes. En la sentencia de 11 de julio de 1995 (casación 303/93, FJ 4º) esta Sala ha sostenido que, haciéndose referencia por los reclamantes a las compañías constructoras, a las que la Administración no dio traslado de la reclamación, debe juzgarse que, si no lo hizo, fue porque asumía la total responsabilidad de lo decidido. Ya con anterioridad, el Tribunal Supremo se había expresado con parecidos términos en la sentencia de 9 de mayo de dicho año (recurso contencioso-administrativo 527/93, FJ 5º). La sentencia de 7 de abril de 2001 (apelación 3509/92, FJ 5º) dijo que, en tales situaciones, la Administración debe responder, sin perjuicio de repetir posteriormente sobre el responsable. A esta misma línea pertenecen las sentencias de 12 de febrero de 2000 (apelación 3342/92, FJ 1º) y 8 de julio de 2000 (casación 2731/96, FJ 3º).>>

3.- Si la sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa imputa la responsabilidad al contratista y no hay condena, por no cumplirse las condiciones anteriormente expuestas o porque no haya sido traído al proceso contencioso administrativo, el perjudicado tiene que ir a la vía civil. La falta de efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en otro orden jurisdiccional podrá suponer que en el tribunal civil se dicte una sentencia que no reconozca esa responsabilidad del contratista, lo que entraría en absoluta contradicción con la sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que admitió esa responsabilidad. Evidentemente, este resultado se considera poco deseable desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva.

D.- ACERCA DE LAS EXIGENCIAS FORMALES EN LA SOLICITUD DEL RECIBIMIENTO DEL PLEITO A PRUEBA.

Se examinan diversas sentencias que inciden especialmente en las exigencias en cuanto a la proposición de medios de prueba, de las que se destacan las siguientes conclusiones:

- La Sala en principio sostiene la aplicación supletoria de los artículos 336 y 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero matiza que habrán de interpretarse teniendo en cuenta la especial estructura del proceso contencioso administrativo, en que el plazo para formalizar demanda es de sólo veinte días, periodo en que se tiene a disposición el expediente administrativo, rechazando un criterio excesivamente formalista y matizando que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduciría a entender producida una lesión en el derecho de defensa, sino sólo cuando por haber sido determinante del fallo de la sentencia de instancia, comporta una efectiva indefensión.
- No cabe rechazar sin más consideraciones un dictamen pericial oportunamente aportado al pleito contencioso-administrativo con la demanda, so pretexto de

que no se interesó su ratificación en el periodo probatorio, al no ser esa ratificación preceptiva sino dispositiva para las partes y el Tribunal.

- Si ninguna de las partes o el Tribunal solicitan la ratificación o aclaraciones al dictamen pericial, el mismo constituye un medio de prueba plenamente útil y eficaz como tal pericial sin necesidad de ratificación alguna (sin perjuicio, por supuesto, de la valoración que merezca al órgano jurisdiccional a la hora de resolver el litigio).
- La evolución jurisprudencial parece decantarse por la no supletoriedad de la LEC en esta materia, en concreto en las STS, Sala III, Sección 6ª, de 2-12-2008 (RC 3978/05), 09-03-2009 (RC 6433/05), 31-03-2009 (RC 7093/05) y 22-12-2009 (RC 2769/2004) que examinan diversos recursos de casación en los que se cuestiona si en el proceso contencioso-administrativo rige la exigencia de los arts. 336.1 y 339.2 de que la prueba pericial quede delimitada en la demanda: bien mediante la simultánea aportación del dictamen, si se trata de perito de parte; bien mediante la expresa solicitud de designación, si se trata de perito judicial, la Sala viene a dar la razón a la recurrente :<<La recurrente sostiene que no. A su juicio, el art. 56 LJCA, al regular la demanda y los documentos que deben acompañarla, no impone la necesidad de que los dictámenes periciales de parte se aporten en ese momento; y el art. 60 LJCA, al regular la solicitud de recibimiento a prueba, dispone que se hará en la demanda expresando los puntos sobre los que haya de versar, pero sin exigir que se anuncien expresamente los medios de prueba que se propondrán. De aquí infiere que la Ley de la Jurisdicción contiene una regulación completa de esta materia, por lo que no es aplicable su disposición final 1ª relativa a la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La verdad es que la jurisprudencia de esta Sala se orienta claramente a favor de la tesis de la recurrente, como se desprende de las recientes sentencias de 6 de junio de 2007 o 2 de abril de 2008. (...)>>

III- RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. ASPECTOS SUSTANTIVOS.

A) EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD SANITARIA: Se ha efectuado un análisis detallado del consentimiento informado, con referencia a su imprescindible marco normativo, al concepto legal del mismo, a la información adecuada como antecedente necesario del consentimiento informado, a las restricciones del derecho a la información (al estado de necesidad o privilegio terapéutico y a la renuncia a la información) y a la dispensa del deber de recabar el consentimiento del paciente, efectuando un análisis comparativo de la jurisprudencia de las Salas de lo civil y de lo contencioso-administrativo, especialmente en lo que se refiere a la carga de la prueba del consentimiento, al modo en que debe prestarse la información y constar el consentimiento y al contenido o alcance de la información en función de que se trate de actos de medicina voluntaria o satisfactiva, concluyendo con un caso práctico en que se ha sometido a la consideración y valoración de los presentes el supuesto de hecho contemplado en la STS, Sala III, Sección 6ª, de 09-05-2005 (RC 3546/2001), contrastando las conclusiones de aquellos con las apreciaciones de la Sala en la sentencia y del voto particular que la acompaña.

C.- EN RELACIÓN CON LOS REQUISITOS QUE HAN DE CONCURRIR PARA CONSIDERAR EL DESEMBOLSO DE LOS HONORARIOS DE LOS ABOGADOS QUE HAN ASISTIDO AL ADMINISTRADO EN LA VÍA ADMINISTRATIVA Y ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA COMO UNA LESIÓN ANTIJURÍDICA.

Se efectúa un análisis de la STS, Sala Tercera, Sección 6ª de 14/07/2008 (RCUD 289/2007) en la que primero se resume la doctrina en la materia, en el sentido de que, cuando un obligado tributario, valiéndose de un asesoramiento específico y retribuido, obtiene de la Administración, bien en la vía de gestión bien en la económico-administrativa, la anulación de un acto que le afecta, ha de soportar el detrimento patrimonial que la retribución comporta si la actuación administrativa frente a la que ha reaccionado se produce dentro de los márgenes ordinarios o de los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses generales, con objetividad, efectividad y pleno sometimiento a la ley y al derecho, eludiendo todo atisbo de arbitrariedad.

En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el pago del asesoramiento que ha contratado constituye una lesión antijurídica, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejercita.

Pero, y aquí radica el interés de esta sentencia, se introduce un matiz importante al razonar la Sala que <<no puede equipararse, a los efectos de analizar si queda jurídicamente obligado a hacer frente a la minuta de los profesionales que ha contratado para obtener la razón en la vía administrativa, un sujeto pasivo de un impuesto, persona física, que se relaciona esporádicamente con los órganos tributarios y que, ante un requerimiento, un procedimiento de inspección o una liquidación, se ve obligado a buscar una asistencia letrada *ad hoc*, con una sociedad, organización compleja, habituada, por su actividad, a entrar en conflicto con la hacienda pública y que, incluso, cuenta en plantilla con profesionales que, llegada la ocasión, intervienen en su defensa o que tiene contratado, en régimen de «igualada», un asesoramiento externo.

D.- RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS EN O CON OCASIÓN DE FESTEJOS POPULARES O FIESTAS PATRONALES O FERIAS MUNICIPALES.

Con la dificultad de establecer criterios generales de responsabilidad, que deben ser ponderados caso a caso, el exámen de las soluciones jurisprudenciales examinadas, lleva a la conclusión de que *es cuestionable que por el hecho de que se trate de fiestas patronales sea siempre asumida la responsabilidad del Ayuntamiento*. Si hay dejación de funciones propias de la Administración Municipal (limpieza después de espectáculos pirotécnicos, por ejemplo) cabe asumir la responsabilidad en base al defectuoso funcionamiento en el servicio municipal. No se trataría tanto de determinar la responsabilidad como mero organizador de las fiestas en actos gestionados por comisiones u otros, pues no se acepta que lleguen a integrarse en la Administración municipal en los casos en que el Ayuntamiento se limita a la autorización del acto, sin

perjuicio de que en cada caso pueda acreditarse otro tipo de intervención por la Administración, sino que estaría más relacionado con el defecto de un servicio público municipal, generador de su propia responsabilidad patrimonial.

Como supuestos ilustrativos del estado de la cuestión se han examinado los contemplados, entre otras.

- en la STSJ de la Comunidad Valenciana, de fecha 22-09-2006, (rec. nº 2277/2003), que examina una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida contra el Ayuntamiento de Terrateig como consecuencia de las graves heridas sufridas por un menor en el curso de un festejo denominado "cuets solts y cremades per a tots", consistente en el lanzamiento de cohetes y petardos por los participantes, en que las lesiones se produjeron "por explosión de los cohetes que llevaba en el bolsillo a estallarle uno disparado por otro festero que rebotó en la pared y le alcanzó.

- en la STSJ de Castilla-León, de 28 de Julio de 2.004 (Rec.753/2002), en que se contempla una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de unas lesiones ocasionadas durante la celebración de la romería del Cristo de la Luz, al desprenderse la herradura de uno de los caballos, excluyendo el Tribunal "a quo", cualquier negligencia en quien resultó víctima de dicho percance, condenando al Ayuntamiento organizador del evento, a indemnizar los perjuicios causados al reclamante.

- en la STSJ de Galicia, de 20 de enero de 2.005 (Rec.4445/2001), que desestima una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños, sufridos por el reclamante cuanto visitaba la "Feira Cabalar do Martes de Pascua" al ser coceado por un caballo, al apreciar un alto grado de *imprevisión e imprudencia en el recurrente, excluyente por sí sola de toda responsabilidad de la Administración a lo que se une la circunstancia de que no había prueba alguna que acreditara una causalidad adecuada entre el evento dañoso y el servicio público, salvo que se admita una responsabilidad universal de las Administraciones Públicas por todo evento dañoso.*

- en la STSJ de Canarias, de 11 de Julio de 2.004 (Rec.1231/2000), examina una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Ayuntamiento de Valsequillo por las lesiones sufridas por una persona, como consecuencia de la coz que le propinó una yegua en el curso de una feria de ganado celebrado en Valsequillo, en que la Sala sentenciadora excluye la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, señalando que la organización por una administración local de una feria o similar no la puede convertir en responsable de unos daños derivados de una coz sufrida, por quien no debía entrar en el recinto de los animales.

- en la STS, Sala III, Sección 6ª, de 2-10-2009(RC. 4740/2004) que estima el recurso de casación interpuesto contra STSJ de Madrid que estimó en parte la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida contra el Ayuntamiento de Colmenarejo por daños sufridos por cogida de vaquilla, en que la Sala concluye que <<Lo realmente importante es que el recurrente, pudiendo sentarse en las gradas destinadas a los espectadores, como así lo hicieron otras personas que lo acompañaban, optó por permanecer en el callejón, y ya lo fuera con la intención de participar directamente en el festejo, ya con el simple deseo de ver más cerca a los participantes, asumió un riesgo que impide apreciar la relación de causalidad exigible y por ello la responsabilidad patrimonial de la Administración.

- en la STS, Sala III, Sección 6ª, de 21-06-2007(RC. 2330/2003), que confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha trece de febrero de dos mil tres, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Torre del Bierzo de treinta de julio de mil novecientos noventa y siete, que denegó la reclamación formulada por responsabilidad patrimonial de la Administración por las gravísimas lesiones y secuelas sufridas por un joven cuando estaba instalando el juego de la tirolina en el polideportivo de aquel municipio, por inexistencia de nexo causal, dado que <<el mero hecho de que la Administración municipal aceptara la citada colaboración no supone que pudieran aquellos jóvenes por propia iniciativa organizar, sin autorización expresa o tácita del Ayuntamiento otras actividades distintas a las comprendidas en el programa de los festejos. La colaboración de aquellos jóvenes en las actividades programadas por el Ayuntamiento justifica que tuvieran acceso al pabellón municipal, pero ello no supone que por su propia decisión pudieran instalar el juego de la tirolina sin conocimiento y autorización de la Administración>>.

E.- RESPONSABILIDAD POR DAÑOS RELACIONADOS CON EL DEFICIENTE FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE VIGILANCIA, CONTROL, MANTENIMIENTO O LIMPIEZA.

Se han destacado los siguientes supuestos:

E.1.- Control por las autoridades de las fronteras interiores de la unión europea de la documentación exigida por el estado para la verificación del seguro obligatorio de automóviles a ciudadanos no nacionales de países de la Unión, a la luz de la STS, Sala III, Sección 6ª, de 11-11-2009 (RC. 2210/2005), estimatoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de febrero de 2.005, dictada en el recurso núm. 992/03, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de la Audiencia Nacional, sentencia que se valora por los asistentes como de especial interés por sus implicaciones.

E.2.- Mantenimiento de carreteras, con especial referencia a los supuestos de concurrencia de culpas contemplados en la STS, Sala III, Sección 6ª, de 01-12-2009 (RC. 3381/2005), parcialmente estimatoria del recurso de casación interpuesto contra SAN, de fecha 1 de febrero de 2005 (que desestimó reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con el accidente sufrido por un motorista cuya pierna izquierda resultó seccionada por un quitamiedos) y en la STS, Sala III, Sección 6ª, de 28-04-2009 (RC.7836/2004) que examina un curioso supuesto de concurrencias de culpas entre la Administración y el particular lesionado en un accidente de motocicleta.

E.3.- Vigilancia y limpieza de playas, destacando el supuesto contemplado en la STS, Sala III, Sección 6ª, de 24-06-2008(RC. 2515/2004), que estima el recurso de casación interpuesto contra STSJ de Galicia de 28-11-2003 que desestimó reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones y secuelas, físicas y morales, sufridas por menor de edad, en la playa de La Lanzada, al haber pisado unas brasas ocultas en la arena, que le produjeron quemaduras de diverso grado en distintas zonas del cuerpo.

E.4.- Falta de ejercicio de la potestad y función de policía y control de actividades molestas, a la luz de la STS, Sala Tercera, Sección 6ª de 21/02/2008 (RC 5146/2003), que desestima una reclamación de responsabilidad patrimonial por imposibilidad de vender o alquilar nave industrial que se imputa a la falta de ejercicio por el

Ayuntamiento de la potestad de policía, control e inspección de actividad de chatarrería que genera depósito de chatarra y deshechos en la finca colindante. La sentencia aprecia falta de acreditación de la efectividad del daño.

E.5- Deficiente funcionamiento del servicio de recogida de residuos en las vías públicas que corresponde al ayuntamiento, examinando las STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección segunda, de 31/01/2005 (recurso contencioso 2/1559/03) sobre reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 19 de noviembre de 2002, frente al Ayuntamiento de Alicante por calcinación de vehículo consecuencia del funcionamiento del Servicio público municipal, y la STSJ, Castilla y León, de 12-09-2002 (recurso contencioso 461/1997) que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por la actora en relación con los daños en su finca, derivados del vertedero de residuos sólidos de Valdeseñor.

G.-EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD MUNICIPAL POR NEGLIGENCIA EN LA CUSTODIA DE BIENES PROCEDENTES DE LANZAMIENTO POR DESAHUCIO.

Se ha destacado el interés del supuesto contemplado en la STS, Sala Tercera, Sección 6ª, de 15/02/2008 (RC 9596/2003) que estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ, Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 13/06/2003 (RCA 1163/99), en relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra el Ayuntamiento de Valencia por negligencia en la custodia de bienes, obras de arte y enseres procedentes de lanzamiento por desahucio que fueron reclamados por la heredera de los desahuciados.

H. RESPECTO A LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PERJUICIOS DERIVADOS DE ALERTAS ALIMENTARIAS O SUSPENSIÓN DE COMERCIALIZACIÓN DE FÁRMACOS.

Se han examinado las reclamaciones de responsabilidad patrimonial relacionadas con las alertas alimentarias acordadas el 3 de julio de 2001 respecto de los productos comercializados bajo las denominaciones de "aceite de orujo refinado y de oliva" y "aceite de orujo de oliva" ante la sospecha de contener sustancias cancerígenas, (en concreto benzopireno, un hidrocarburo aromático policíclico) y las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por perjuicios derivados de sendas resoluciones del Director General de Farmacia y Productos Sanitarios por las que se acordó retirar del mercado las suturas de catgut, prohibiendo su comercialización y puesta en servicio, acordando asimismo retirar el certificado del marcado CE para las suturas de clase III catgut simple y cromado de las mercantiles "Lorca Marín, S.A" y "Laboratorios Aragón S.A.," dejando sin efecto los correspondientes certificados de garantía de calidad para las suturas de dicha clase toda vez, que al participar en su composición materia prima de procedencia animal(en concreto, intestinos de ovinos y bovinos) se sospechaba su relación con el llamado "mal de las vacas locas."

En todos estos casos, la Administración pretendió amparar la exclusión de la antijuridicidad de su actuación en la aplicación del principio de precaución, principio

que permite la adopción de medidas restrictivas del comercio de alimentos y bienes destinados al consumo y uso humano, ante la existencia de un riesgo para la salud pública, sin necesidad de acreditar de manera científicamente irrefutable la realidad de dicho riesgo.

El Tribunal Supremo en las STS, Sala III, Sección 6ª de 4 de marzo de 2009 (RC 9520/2004) relativa al aceite de orujo y en las STS, Sala Tercera, Sección 6ª, de 18/02/2009 (RC 9335/2004) y de 25/11/2009 (RC 3627/2005) ofrece una serie de pautas de notable interés para determinar como opera el principio de precaución y cuáles son los condicionamientos y variables que debe tener en cuenta el juzgador para poder considerar que excluye la antijuridicidad de la actuación de la Administración.

I.- ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA CONTROVERTIDA OBLIGACIÓN DE SOPORTAR EL DAÑO DERIVADO DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS.

Se examina el supuesto considerado en la **STS, Sala III, Sección 6ª de 23-03-2009 (RC 10236/2004) que estima el recurso de casación interpuesto por HOTEL MIGUEL ÁNGEL, S.A.**, contra la sentencia dictada el 9 de junio de 2004 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 9ª) del Tribunal Superior de Justicia Madrid, en el recurso 2240/98, en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, por los daños y perjuicios causados a HOTEL MIGUEL ÁNGEL, S.A., con ocasión de las obras de unión de las líneas 8 y 10 del Metro de Madrid hasta la estación de Nuevos Ministerios de la Línea 8, incluyendo entre las infraestructuras la nueva estación de Gregorio Marañón, situada bajo la plaza del mismo nombre y la calle Miguel Ángel.

HOTEL MIGUEL ÁNGEL, S.A., formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que considera sufridos en el desarrollo del negocio hotelero debido a las consecuencias de las obras realizadas y entre ellas la dificultad de acceso al hotel, ruidos, humos, depósito de escombros y vallas, aportando la documentación que estimó pertinente (actas de comprobaciones notariales y reportajes fotográficos), solicitando una indemnización por importe de 381.376.000 pesetas por los conceptos de lucro cesante y daño emergente.

La Dirección General de Infraestructuras emitió informe, dando cuenta de que los trabajos se habían realizado conforme al proyecto con adopción de las medidas necesarias para garantizar el acceso peatonal y de vehículos al hotel y para minimizar las molestias para el establecimiento hotelero. Por la Dirección de **obras** se ponía de manifiesto que estas **se habían realizado conforme al programa de trabajo e intentando realizarlas en el menor tiempo posible sin privarse de acceso al hotel garantizando siempre el acceso al garaje y a la puerta principal de este**, manteniéndose numerosas reuniones con la representación del hotel con objeto de establecer la mejor forma de tales accesos y disminuir los inconvenientes derivados de las obras.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió dictamen en el sentido de desestimar la reclamación sometida a su consulta y la **Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la CAM denegó la reclamación** formulada por la actora.

El TSJ de Madrid, desestimó la reclamación al considerar que, en el caso concreto, el deber de soportar el daño excluye la antijuridicidad de la acción, al no exceder de las

cargas generales ligadas al status jurídico de ciudadano, siendo esto, efectivamente lo que acontece en la mayoría de los casos de construcción de obras públicas que, por su propia naturaleza imponen sacrificios y comportan molestias para los ciudadanos cuando tienen lugar en un barrio determinado o atraviesan determinadas zonas de una ciudad en su recorrido, sin que el administrado tenga derecho alguno a que la obra pública no transcurra junto a los inmuebles de su propiedad.

Interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia, la **STS, Sala III, Sección 6ª de 23-03-2009 (RC 10236/2004)** lo ESTIMA al considerar que el **perjuicio sufrido por la compañía recurrente supera el objetivamente admisible en función de los estándares sociales y por tanto que las limitaciones y las restricciones que la ejecución de la obra impuso a la actividad que constituye su objeto empresarial exceden de las que afectaron por la realización de la misma al conjunto de los ciudadanos y a otros negocios emplazados en la zona, razonando que << Los transeúntes soportaron las molestias de una calle cortada y en obras; los titulares de actividades económicas en la zona sufrieron, sin excepción, las consecuencias de la ejecución de unos trabajos públicos, llevados a cabo en beneficio de todos y para mejorar el transporte metropolitano de Madrid; pero nadie, salvo la compañía recurrente, tuvo que soportar durante un largo periodo una excavación «a cielo abierto» en la puerta de su negocio, con maquinaria pesada y los consiguientes efectos. Los documentos aportados en el periodo de prueba reflejan esas singulares consecuencias (ocasionales cierres de los accesos; cambio de los mismos que obligan a sacar la basura por la zona de equipajes; cortes en el suministro de gas; rotura de las tuberías que abastecen de agua al hotel; pérdidas de las comunicaciones telefónicas; etc.).>>**

Merece la pena llamar la atención sobre los razonamientos de la Sala acerca de la imputación del daño toda vez que teniendo en cuenta que los trabajos se desarrollaron con arreglo al proyecto aprobado por la Administración, manteniéndose por los ejecutores de la obra repetidas reuniones con los responsables del hotel a fin de minimizar los efectos inherentes a su realización, concluye que **los daños no tuvieron su causa inmediata en la actuación del contratista sino, precisamente, en el proyecto, tal y como fue aprobado por la Comunidad de Madrid por lo que imputa a la Administración la responsabilidad que declara.**

****La mayoría de los asistentes pone de manifiesto las dificultades que se plantean en la práctica para aplicar el criterio que maneja la Sala en esta Sentencia. Para llegar a la conclusión de que las limitaciones y restricciones que la ejecución de la obra impone a un determinado ciudadano o empresa, es preciso considerar las que afectan al conjunto de ciudadanos y negocios emplazados en la misma zona porque solo de este modo se puede concluir que las limitaciones que sufren unos exceden de las que sufren los demás.*

En el caso concreto examinado en esta sentencia se da la circunstancia de que "HOTEL MIGUEL ANGEL" fue la única reclamante, pero, en los supuestos de ejecución de obras públicas que afectan a grandes áreas o zonas puede ocurrir que reclamen buena parte o incluso la totalidad de los titulares de negocios afectados – máxime, con este precedente- y el hecho de que las reclamaciones se ventilen independientemente, puede dificultar bastante la determinación de lo que deba considerarse que excede del deber de soportar el daño por lo que también la mayoría de los presentes se inclina por considerar deseable que todas las reclamaciones que traigan consecuencia de una misma obra afectante a una determinada zona se ventilen en un mismo proceso en el que sean llamados todos los interesados .

IV. RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. ERROR JUDICIAL.

Ante la imposibilidad de efectuar un tratamiento exhaustivo de esta materia, que pudiera ser objeto de un seminario independiente, se han querido destacar ciertas sentencias que se perciben como de especial interés, entre ellas,:

-Las Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por dilaciones indebidas en la ejecución de sentencia y consiguiente percepción de las indemnizaciones reconocidas en la sentencia del síndrome tóxico. **Muchas de ellas, ni siquiera entran en la cuestión de fondo al apreciar prescripción de la acción, pero existen otras como la SAN de 3 de julio de 2007**(recurso de apelación nº 10/07), que estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la perjudicada contra sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 1 de 10 de noviembre de 2006, sentencia que se revoca, reconociendo el derecho de la recurrente a percibir una indemnización con cargo al Estado por **funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, consistente en dilaciones indebidas**.

- La **STS, Sala III, Sección 6ª, de 04/11/2009 (RC 3269/2005)**, estimatoria del recurso de casación interpuesto contra la SAN de 17 de marzo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 399/03, contra resolución del Ministro de Justicia desestimatoria de reclamación de indemnización con cargo al Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia formulada el 23 de enero de 2003. Esta sentencia llama poderosamente la atención, en cuanto **pone de manifiesto que la confusión entre error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia subsiste y, precisamente en los Tribunales**.