

TRIBUNAL SUPREMO  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE  
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE  
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

**2009-2012**

**Coordinador:** D. Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

**Autores:** D. José Guerrero Zaplana. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

D<sup>a</sup> Concha Castro Álvarez. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

## ÍNDICE

<b>I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....</b>	<b>8</b>
<b>1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.....</b>	<b>8</b>
1. Requisitos generales .....	8
2. Caracteres: responsabilidad objetiva y obligación de medios.....	11
3. Elementos objetivos.....	15
1) Daño .....	15
1.1. Antijuridicidad.....	15
A) <i>En general</i> .....	15
B) <i>Lex artis</i> .....	17
C) <i>Doctrina del desarrollo técnico o riesgos de progreso</i> .....	21
1.2. Consentimiento informado .....	22
A) <i>Evolución jurisprudencial</i> .....	22
B) <i>Riesgos que comprende</i> .....	23
C) <i>Intensidad (omisión total-parcial). Contenido</i> .....	26
D) <i>Forma del consentimiento</i> .....	32
F) <i>Derecho a indemnización</i> .....	35
1.3. Pérdida de oportunidad.....	40
1.4. Riesgo profesional .....	46
1.5. Daño desproporcionado.....	47
1.6. Daño moral .....	53
1.7. Reparación del daño: indemnización.....	59
A) <i>Reparación integral</i> .....	59
B) <i>Intereses</i> .....	64
C) <i>Reparación del daño moral: doctrina general</i> .....	66
2) Relación de causalidad.....	68

2.1. En general .....	68
2.2. Ruptura del nexo causal: intervención del paciente y fuerza mayor .....	71
2.3. Principio de facilidad de la prueba .....	72
4. Elementos subjetivos .....	76
1) Autor del daño. Asistencia sanitaria prestada por entidades privadas .....	76
5. Prescripción .....	83
1) Cómputo del plazo .....	83
1.1. Interrupción del cómputo del plazo .....	83
1.2. Supuestos especiales .....	86
<i>A) Incidencia de la mayoría de edad en el cómputo del plazo de prescripción.....</i>	<i>86</i>
<i>B) Afectación de la declaración de incapacidad permanente a efectos del cómputo del plazo de prescripción.....</i>	<i>88</i>
<i>C) Incidencia de la realización de controles ambulatorios a efectos de inicio del cómputo del plazo.....</i>	<i>89</i>
2) Daños permanentes y daños continuados.....	90
Diferencias; STS de 16 de Noviembre de 2010 (Rec. 1483/2009) .....	90
2.1. Daño continuado.....	90
2.2. Daño permanente .....	93
6. Cuestiones generales .....	103
1) Hechos probados .....	103
1.1. Declaración de hechos probados en las sentencias del orden jurisdiccional contencioso administrativo .....	103
1.2. Revisión de hechos en sede casacional.....	104
<i>A) En general.....</i>	<i>104</i>
<i>B) Alcance de la facultad prevista en el artículo 88.3 LRJCA.....</i>	<i>105</i>
2) La prueba.....	108
2.1. Principio de libre valoración de la prueba.....	108
2.2. Rehabilitación de plazos para efectuar alegaciones al dictamen pericial .....	110
2.3. Denegación de prueba. Alcance del artículo 60.4 LRJCA.....	113

2.4. Denegación de un medio de prueba: cuándo dicha denegación constituye vulneración del artículo 24 CE. ....	116
3) Cuestión nueva .....	118
4) Improcedente invocación de la doctrina de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración .	119
1. Requisitos generales .....	120
2. Elementos objetivos.....	126
1) Daño .....	127
1.1. Antijuridicidad.....	127
A) <i>En general</i> .....	127
B) <i>Deber jurídico de soportar el daño</i> .....	129
Otras sentencias sobre la misma cuestión: Rec. 6458/2005 y 2565/2006 .....	138
C) <i>Anulación de un acto</i> .....	138
D) <i>La acción de responsabilidad patrimonial no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos consentidos</i> .....	145
1.2. Reparación integral del daño. ....	146
A) <i>Compatibilidad de las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial con las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración</i> .....	146
B) <i>Valoración de los daños</i> .....	147
2) Relación de causalidad.....	149
2.1. En general .....	149
2.2. Distinción entre los supuestos de comportamiento activo y omisivo en el funcionamiento del servicio público.....	154
3. Prescripción .....	159
1) Interrupción del plazo por la pendencia de una acción civil o penal .....	159
2) Una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa dirigida exclusivamente contra la Administración no proyecta consecuencias contra terceros civiles .....	161
4. Cuestiones generales .....	163
1) Sobre si las calificaciones efectuadas por la jurisdicción civil o penal pueden condicionar el pronunciamiento de este orden jurisdiccional contencioso administrativo .....	163
2) Improcedencia de invocar la infracción de normas civiles para fundamentar una casación en esta vía. Improcedencia de dirigir la casación contra los pronunciamientos dictados obiter dicta .....	165
3) Interposición del recurso contencioso administrativo. Doctrina sobre el artículo 45.2.d), en relación con el 138, de la LRJCA .....	168

<b>II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ .....</b>	<b>175</b>
<b>1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....</b>	<b>175</b>
1. Distinción entre funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y error judicial .....	175
2. Reparación del daño: indemnización.....	178
1) Doctrina general .....	178
2) Reparación integral .....	179
3) Revisión del quantum indemnizatorio en casación.....	180
<b>2.FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....</b>	<b>183</b>
1. Requisitos generales y supuestos.....	183
2. Antijuridicidad.....	184
1) Dilaciones indebidas .....	184
2) Depósito de vehículos .....	185
3) Daños reclamados por personal al servicio de la Administración de Justicia, derivados de su condición de funcionario de prisiones .....	187
4) Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sobre la base de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos referentes a la necesidad de doble instancia penal. ....	187
3. Prescripción .....	189
1) Principio de la actio nata .....	189
2) Interrupción del plazo de prescripción.....	191
4. Responsabilidad por retrasos en el tribunal constitucional. ....	193
<b>3. ERROR JUDICIAL .....</b>	<b>195</b>
1. Caracteres y finalidad del recurso de revisión para la declaración de error judicial.....	195
2. Plazo para instar la acción judicial para el reconocimiento del error judicial..	198
1) En general.....	198
2) Interpretación del artículo 293.1.f) LOPJ.....	199
3. Supuesto específico de error judicial: prisión preventiva (artículo 294 LOPJ)	201
1) Inexistencia del hecho imputado .....	201
1.1.Evolución jurisprudencial.....	201
1.2.Supuestos de absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal.....	207

<b>1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR. ARTÍCULO 139.3 LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>209</b>
<b>2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL CASO DE APLICACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS DE NATURALEZA NO EXPROPIATORIA QUE NO DERIVAN DE LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>215</b>
1. Responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el ámbito urbanístico..	217
1) Necesaria patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos para la entrada en juego del instituto de la responsabilidad patrimonial.....	217
2) Vinculación de la antijuridicidad del daño con el principio de confianza legítima.....	219
<b>2. Otros supuestos.....</b>	<b>222</b>
<b>3. Prescripción. Principio de la actio nata. Daños continuados y daños permanentes .....</b>	<b>223</b>
<b>3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR APLICACIÓN DE ACTO LEGISLATIVO FUNDADA EN LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA .....</b>	<b>227</b>
1. Requisitos generales para la indemnizabilidad del daño.....	227
1) Requisitos generales. Doctrina de la Sala .....	227
2) El valor de cosa juzgada no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial dirigida a lograr la indemnización de los perjuicios causados por la aplicación de la ley declarada inconstitucional.....	234
2. Daño .....	236
1) Antijuridicidad .....	236
1.1. La declaración de inconstitucionalidad de la ley conlleva como regla general el reconocimiento de la antijuridicidad de daño. Inexistencia del deber jurídico de soportar el daño .....	236
2) Daño real y efectivo .....	248
3) Supuestos en que la declaración de inconstitucionalidad no implica el reconocimiento de responsabilidad patrimonial .....	251
4) Quatum indemnizatorio.....	253
3. Prescripción .....	255
1) Principio de la actio nata. Interrupción del plazo de la prescripción .....	255
2) Doctrina general sobre el día inicial del plazo para recurrir .....	258
<b>4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL FUNDADA EN VULNERACIÓN DE DERECHO COMUNITARIO .....</b>	<b>262</b>
1. Requisitos exigidos para dar lugar a indemnización. Doctrina general. Violación de la norma “suficientemente caracterizada” .....	262

2. Circunstancias que permiten apreciar si la violación del Derecho Comunitario reviste la entidad necesaria para que sea calificada de “suficientemente caracterizada” .....	270
3. No es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales contra los actos dictados en aplicación de la norma que vulnera el Derecho Comunitario para el ejercicio de la acción de responsabilidad. Evolución jurisprudencial .....	275
4. Principio de reparación integral del daño .....	278
5. Prescripción .....	280
1) Principio de la actio nata .....	280

**IV. EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... 282**

<b>1.- LIMITES EN CUANTO A LA MATERIA .....</b>	<b>282</b>
<b>2.- LIMITES EN CUANTO A LA CUANTÍA.....</b>	<b>284</b>
<b>3.- LIMITES DEL TRIBUNAL COMO TRIBUNAL DE CASACIÓN .....</b>	<b>286</b>

## **I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA**

#### **1. Requisitos generales**

##### **Requisitos generales para la indemnizabilidad del daño causado por la Administración sanitaria. Doctrina jurisprudencial**

###### **STS de 22 de junio de 2012, Rec. casación 2506/2011**

“... Hemos de partir de que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".

Conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, Rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Y también insiste la jurisprudencia (por todas SSTS 7 de febrero 2006 recurso de casación 6445/2001, 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005) en que la apreciación del nexo causal entre la



actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por su parte las SSTS de 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, 9 de diciembre de 2008, recurso de casación 6580/2004, reiteran (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización” (FJ 4º).

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 11 de noviembre de 2011, RCA 3879/2009; STS de 7/12/2011, RCA 6613/2009.*

### **STS de 18 de junio de 2012, Rec. casación 4113/2010**

“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".

(...)

Se insiste STS 19 de junio de 2007, Rec. casación 10231/2003 con cita de otras muchas que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

También hemos señalado en nuestra reciente sentencia de fecha 3 de mayo de 2012, recurso 6636/2010, que "la interpretación de la voluntad manifestada en dictámenes, informes, documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo es un labor que corresponde a la Sala de instancia y la

revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hace el Tribunal "a quo", no tiene cabida objetiva en sede jurisdiccional, pues, como hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de siete y veinte de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la Sala de instancia ... salvo que ... infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o haber procedido de manera ilógica, irracional o arbitraria", reiterando así lo que ya habíamos afirmado en múltiples ocasiones, como en la Sentencia de fecha 16 de febrero de 2010, recurso 656/2008" (FJ 3º)

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 3 de julio de 2012, RCA 4614/2011.*

**Se reconoce la solidaridad social como fundamento de la responsabilidad patrimonial en un supuesto de lesión derivado de la aplicación de una vacuna**

**STS de 9 de Octubre de 2012 (Rec. Casación 6878/2010)**

“el supuesto se manifiesta como una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanar de la programación de las campañas de vacunación dirigidas a toda la población, con las excepciones conocidas, y de modo especial a los distintos grupos de riesgos perfectamente caracterizados, pero de las que se beneficia en su conjunto toda la sociedad”.

**La administración sanitaria no es una aseguradora universal y la responsabilidad no es objetiva pura sino modulada.**

**STS de 9 de Octubre de 2012 (Rec. casación 40/2012)**

frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009 (recurso 9.484/2.004), con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso

garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles. (...)

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la Sala de instancia no infringió los preceptos citados, sino que los aplicó conforme a Derecho cuando concluyó desestimando el recurso contencioso-administrativo, en cuanto que apreció del conjunto de la prueba practicada el cumplimiento por los hospitales en que trataron al recurrente y por los médicos que lo atendieron de los protocolos de profilaxis conforme lo que permitía en la fecha en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados el conocimiento de la ciencia y las técnicas que la aplican. En las anteriores circunstancias, ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de lesión antijurídica, sino como realización de un riesgo conocido e inherente a las intervenciones practicadas y las posteriores actuaciones que la mismas demandaban, y que el demandante tenía obligación de soportar”.

## **2. Caracteres: responsabilidad objetiva y obligación de medios**

**La responsabilidad patrimonial sanitaria constituye una obligación de medios. Lex artis como criterio para determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa.**

### **STS de 5 de junio de 2012, Rec. casación 2241/2011**

“Como que frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica

consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

En otros términos, que la Constitución determine que “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, lo que es desarrollado en la Ley 30/1992, con la indicación que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”, no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento.

**STS de 23 de Septiembre de 2009, Rec. Casación 89/2008 modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial**

“Nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la *lex artis*". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".

**STS de 29/06/2011, Rec. casación 2950/2007**

“... La observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración.

En este sentido, y por citar sólo algunas, hemos dicho en la sentencia de 26 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4429/2004, que *"... es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 20 de Marzo de 2.007 (Rec. 7915/2003), 7 de Marzo de 2007 (Rec. 5286/03) y de 16 de Marzo de 2.005 (Rec. 3149/2001) que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente", o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso"*.

O en la de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008, que *"Aunque la cuestión principal que analiza la Sala de instancia en su sentencia, sustentando o dando lugar a su pronunciamiento, nada o poco tiene que ver con la necesidad de precisar la naturaleza jurídica, objetiva o no, de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aquel epígrafe y aquel inicio nos obligan a recordar que nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la "lex artis". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria"*.

O recordar, en la misma línea, que el inciso segundo del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que *"No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de*

*las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos" (FJ 5º)*

**Requisitos para la indemnizabilidad del daño: antijuridicidad y existencia de nexo causal. Doctrina jurisprudencial.**

**STS de 10 de octubre de 2011, Rec. casación 1033/2007**

Conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, Rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Se insiste STS 19 de junio de 2007, Rec. casación 10231/2003 con cita de otras muchas que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)"

Y también proclama la jurisprudencia (por todas 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por su parte las STS de 9 de diciembre de 2008, recurso de casación 6580/2004, reitera (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización.

Y en el ámbito sanitario, constituye una obligación de medios. Y, así a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica

sanitaria tal cual aquí aconteció. Como expresa la sentencia de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 2010, Rec. casación 3021/2008, han de ponerse “los medios precisos para la mejor atención”. Tal es la conclusión de la Sala de instancia y a ella debemos estar”» (FJ 3º).

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 7 de noviembre de 2011, RCA 3879/2009*

### **3. Elementos objetivos**

#### **1) Daño**

##### ***1.1. Antijuridicidad***

###### **A) En general**

**Los daños reclamados no pueden ser considerados antijurídicos. Obligación de los productores y distribuidores de comercializar únicamente productos seguros.**

**STS de 13/05/2011, Rec. casación 1532/2007**

“Siguiendo la doctrina ya dictada en otras anteriores que abordaron supuestos similares, la Sala consideró que los daños reclamados no podían ser considerados como antijurídicos sino como daños que las empresas productoras de los aceites tenían el deber jurídico de soportar. Esta sentencia, reproduciendo los considerandos expresados en aquéllas señaló que: (...)”

El Real Decreto 44/1996 de 19 de enero, regula en su art. 3º las obligaciones de productores y distribuidores, imponiéndoles el cumplimiento de la obligación de comercializar únicamente productos seguros, y obligando a los productores a tomar medidas apropiadas para mantener informados a los consumidores de los riesgos que los productos que comercialicen podrían presentar, estando obligados los mismos, en función de lo dispuesto en el art. 4º, en ausencia de disposiciones comunitarias o españolas, a tomar en consideración los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en ese sector o bien la situación de la práctica y de la técnica, así como de la seguridad que razonablemente los consumidores puedan esperar.

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 29 de marzo de 2011, RCA 1577/2006.*

**STS de 3 de Noviembre de 2009 (Rec. Casación 734/2008)**

“No es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, o dicho en otros términos cuando la ley -o el reglamento de acuerdo con la ley- no obliga al perjudicado a soportar el daño”

**STS de 10 de diciembre de 2009 (Rec. casación 1885/2008)**

Declarada la existencia de una actuación como colaborador de la actividad administrativa que ha causado una lesión antijurídica queda por dilucidar si es resarcible por irrogar a la demandante daños y perjuicios individualizados, ciertos, reales y efectivos, así como determinables, existiendo el irrenunciable nexo causal entre aquella actuación y estos detrimentos. Y, en lo que se refiere a la cuantía nuestra jurisprudencia reitera la necesidad de la reparación integral de los daños y perjuicios (por todas la STS de 9 de junio de 2009, recurso de casación 1822/2005, FJ4º con cita de otras anteriores).

**Insuficiente consentimiento informado. El daño no se puede considerar antijurídico pues no existe constancia de que hubiera mala praxis.**

**STS de 24 de abril de 2012, Rec. casación 354/2011**

“Pero la estimación del recurso en el extremo referido a la falta de consentimiento informado, no significa que debamos estimar el recurso interpuesto en cuanto al otorgamiento de una indemnización. Consideramos que no hubo suficiencia en lo referido al consentimiento que debe pedirse al paciente para la actuación médica de que se trate, pero también constatamos -pues no tenemos datos que nos permitan cambiar la tesis de fondo de la instancia, al no poder considerarse ilógica o arbitraria- que la vulneración del derecho del paciente a la autodeterminación, no nos permite -en el presente supuesto- aceptar que exista responsabilidad patrimonial de la administración, pues el resultado lesivo a que hemos aludido anteriormente se hubiera producido de todas formas. Con ello queremos resaltar que, dentro de los límites del recurso de casación, no podemos considerar el daño causado como antijurídico, pues no existen elementos adecuados para variar la tesis de la instancia, en el sentido de que no ha existido mala praxis en la prestación sanitaria prestada al recurrente.” (FJ 3º).



B) Lex artis

**Necesidad de que se produzca infracción de la lex artis para declarar la responsabilidad de la Administración.**

**STS de 5 de junio de 2012, Rec. casación 2241/2011**

En otros términos, que la Constitución determine que “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derechos a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, lo que es desarrollado en la Ley 30/1992, con la indicación que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”, no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento.

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de lex artis, ha de considerarse asimismo que la Sala de instancia no infringe la regulación citada de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que la aplica conforme a Derecho, cuando concluye desestimar el recurso contencioso-administrativo, en cuanto aprecia del conjunto de la prueba practicada que no hubo infracción en la obtención del consentimiento informado, en la posibilidad de previsión, ni en el ataque de la reacción sufrida por el paciente” (FJ 3º).

**Responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria exige infracción de la lex artis.**

**STS de 9 de Octubre de 2012 (Rec. 40/2012)**

Así lo hemos reiterado en nuestra Sentencia de 2 de noviembre de 2011 (recurso 6.236/2.007), en la que, con referencia a las de 14 de octubre de 2002 y 22 de diciembre de 2001, expusimos que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico

se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”.

**No constituye mala praxis la realización de pruebas que solamente estaban indicadas para pacientes de mayor edad. La edad a considerar debe ser la de la concepción momento en que se produce, en su caso, la alteración genética.**

**STS de 28 de marzo de 2012, Rec. casación 6454/2010**

“Con todo, el núcleo central de la cuestión litigiosa es el relativo a la edad de la gestante y la incidencia que aquélla tiene en la realización de otras pruebas a las ya indicadas para la detección de anomalías en el feto.

La sentencia recurrida acepta la tesis del perito judicial y del perito de Zurich, en el sentido de que la edad a considerar es la que se tenga en el momento de la gestación. Por ello el hecho de que la actora tuviera menos de 35 años en dicho momento tiene relevancia en el caso debatido, pues los protocolos a considerar no establecen las pruebas que se echan en falta por la actora sino a partir de los 35 años. La actora quedó embarazada a la edad de 34 años y ocho meses.

Y esta tesis debe ser mantenida también en el presente recurso, en base a los datos de que disponemos y al criterio que ha quedado reflejado en la sentencia recurrida. Las pruebas de detección invasivas, son recomendadas en los protocolos que hacen al caso a partir de los 35 años de la madre, fecha que debemos computar al momento de la gestación y no por cercanía a dicha edad durante las semanas posteriores o cumplimiento de la edad referida a lo largo del embarazo.

**Necesidad de que consten en el proceso algunas de las causas de la lesión y de que éstas hubieron podido ser combatidas por el servicio sanitario.**

### **STS de 10 de julio de 2012, Rec. casación 3243/2010**

“ Conforme a reiterada jurisprudencia sobradamente conocida, sustentada ya en su inicio en la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano, y, también, en la actualidad, en la previsión normativa del art. 141.1 de la Ley 30/1992, en el que se dispone que "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos", la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños originados en o por las actuaciones del Sistema Sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada "lex artis". O lo que es igual, que tales actuaciones no se ajustaron a las que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta. Hay ahí, por tanto, o no deja de haber, la constatación de la inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada "medicina curativa".

A tal jurisprudencia no se adecua el criterio tan general o sin más matices que defiende la parte actora en este recurso de casación, pues si la concurrencia de aquella doble circunstancia fuera por sí suficiente para afirmar la responsabilidad de la Administración sanitaria, se olvidarían en realidad aquellas limitaciones de la ciencia médica, que pueden justificar ciertamente el desconocimiento real de la causa de una lesión en concreto.

En consecuencia, algo más debe ser exigible para despejar la incertidumbre en contra de quién, como la Administración, dispone con mayor facilidad de aquellos elementos de juicio. En concreto, será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión. Que éstas, de haber sido las reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final. Y que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles.

**La insuficiencia de consentimiento informado constituye infracción de la lex artis.**

### **STS de 24 de abril de 2012, Rec. casación 354/2011**

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos". .../...Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)".

Y una constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

... En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1. CE que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad".

Nuestra jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, Rec. casación 4637/2008, 25 de marzo de 2010, Rec. casación 3944/2008), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque si existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento. (...)

Pero la estimación del recurso en el extremo referido a la falta de consentimiento informado, no significa que debamos estimar el recurso interpuesto en cuanto al otorgamiento de una indemnización. Consideramos que no hubo suficiencia en lo referido al consentimiento que debe pedirse al paciente para la actuación médica de que se trate, pero también constatamos -pues no tenemos datos que nos permitan cambiar la tesis de fondo de la instancia, al no poder considerarse ilógica o arbitraria- que la vulneración del derecho del paciente a la autodeterminación, no nos permite -en el presente supuesto- aceptar que exista responsabilidad patrimonial de la administración, pues el resultado lesivo a que hemos aludido anteriormente se hubiera producido de todas formas. Con ello queremos resaltar que, dentro de los límites del recurso de casación, no podemos considerar el daño causado como antijurídico, pues no existen elementos adecuados para variar la tesis de la instancia, en el sentido de que no ha existido mala praxis en la prestación sanitaria prestada al recurrente.

Procede, en definitiva, la estimación del recurso de casación, en lo referido a la insuficiencia o inexistencia de consentimiento informado para la práctica de la embolización, pero al no acreditarse -sino todo lo contrario- que se haya actuado con mala praxis, entendemos que, en este supuesto específico, debemos desestimar la pretensión de responsabilidad de la administración.” (FJ 3º).

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 26 de marzo de 2012, RCA 3531/2010; STS de 25 de mayo de 2011, RCA 5513/2006.*

### C) Doctrina del desarrollo técnico o riesgos de progreso

**Daño que no puede considerarse antijurídico teniendo en consideración el estado de la ciencia.**

#### **STS de 29 de mayo de 2012, Rec. casación 6310/2010**

El precepto en cuestión artículo 141.1 Ley 30/92 viene en cierta medida a positivizar la denominada doctrina del desarrollo técnico o riesgos de progreso de forma tal que, únicamente proyectarán influencia en el ámbito de la responsabilidad administrativa aquellas actuaciones o resultados que son posibles obtener de acuerdo con el progreso técnico, resultando por contra irrelevantes aquellos otros que sean imposibles de lograr ante las limitaciones del desarrollo técnico.

Es evidente que la Sentencia que cita la parte recurrente no pudo tener en consideración esta reforma, que sin duda, ha supuesto un punto de inflexión, a partir de

la importante Sentencia del Tribunal Supremo, de veinticinco de noviembre de dos mil, de forma que si no se había aislado el virus VHC y no existían marcadores para detectarlo, la infección no podía considerarse una lesión o daño antijurídico, y así el riesgo de soportarlo recaía sobre el paciente. Por tanto, con respecto a esa transfusión realizada a la actora en 1989, cuyo donante no se pudo localizar para testar sus hemoderivados, es lo cierto que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquella no se realizase para atender al restablecimiento de la salud de la paciente, razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial ... para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que ahora contempla expresamente el artículo 141.1 de la LRJAP y PAC, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero.

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 20 de septiembre de 2011, RCA 3469/2007 y 6 de marzo de 2012, RCA 272/2010.*

En relación a los daños derivados del consumo de un medicamento, la STS de 13 de Noviembre de 2012 (RCA 3515/2010) afirma, tras la cita los artículos 106 de la CE y 139.2 de la ley 30/92 que “no significa que la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas esté basada en la simple producción del daño, pues además éste debe ser antijurídico, en el sentido de que quien lo padece no tenga obligación de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento”.

## ***1.2. Consentimiento informado***

### ***A) Evolución jurisprudencial***

#### **Doctrina jurisprudencial: evolución**

#### **STS de 19 de mayo de 2011, Rec. casación 5067/2006**

“Ya por último, la razón por la que debemos desestimar el segundo de los motivos de casación la encontramos en nuestra propia jurisprudencia, pues ésta ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y

ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la sentencia de 4 de abril de 2000), a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 y 30 de junio de 2009)". (FJ 5º).

### B) Riesgos que comprende

**Debe comprender los posibles riesgos conocidos que puedan derivar de la intervención quirúrgica: no se distingue entre riesgos raros o frecuentes. También se prevé respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.**

#### **STS de 22 de junio de 2012, Rec. casación 2506/2011**

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que *"El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos."*

(...) Y una constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, Sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) manifiesta en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque si existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento" (FJ 8º y 9º).

**La obligación de medios de la prestación sanitaria comprende tanto el deber de información como la correcta prestación de las técnicas asistenciales. La existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada**

**STS de 16 de mayo de 2012, Rec. casación 1777/2010**

“Entrando ya en este apartado del recurso, referido al consentimiento informado como causa de justificación del daño causado en el ámbito de una actuación médica, este Tribunal viene insistiendo que el derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento se configura en el actual orden normativo -constituido por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica- como una faceta integrante del derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición sobre el propio cuerpo, reconocido como tal incluso en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme a la cual el Derecho fundamental a la integridad de la persona comprende, en el marco de la medicina, el consentimiento libre e informado, de manera que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, y que como tal causa un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente (así recientemente nuestra Sentencia de 2 de enero de 2012, recurso 6710/2010; en igual sentido Sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011).

La prestación de la información suficiente ha de permitir al paciente formar libremente una decisión sobre las distintas alternativas, en definitiva consentir a la finalmente elegida en atención a los riesgos que cada una de ellas comporta, pero no tiene como finalidad ni objeto la asunción de la actuación incorrecta de la prestación de medios que es exigible a la Administración sanitaria, que la ciencia pone razonablemente en el momento a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, conforme declaró este Tribunal en Sentencia de 10 de octubre de 2000 (recurso 5078/1997), pues la inadecuación de la



prestación médica "...puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada.", y esto es así por cuanto el deber de información es un deber autónomo, que ha de ser cumplido a la par que la obligación de la actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria, sin solapamiento de uno por la otra, conforme ahora también consta en el artículo 2.6 de la Ley 41/2002 citada, por el que "Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.", esto es, que la obligación de medios de la prestación sanitaria comprende tanto una como la otra.

Si bien el recurso insiste en que la paciente quedó enterada del riesgo específico de la posible interpretación errónea de los cariotipos y consintió de manera informada someterse a la prueba prenatal mediante cultivo de líquido amniótico, es lo cierto que la sentencia no reprocha la antijuridicidad del resultado a la materialización de un riesgo conocido e inherente a la prueba, sino a la producción de un error de diagnóstico que pudo ser evitado conforme los medios disponibles en el momento, que identifica en la posibilidad de haber efectuado el diagnóstico correcto del cariotipo en el examen del cultivo, o en la necesidad de su repetición en tiempo de resultar dificultosa su interpretación para la profesional que lo realizó ante las insuficiencias de las metafases, tal como se ejecutaría una vez nacida la niña, sin que, por lo que antes razonamos, el sometimiento libre e informado a aquella actuación médica conduzca a la asunción de los daños derivados de la defectuosa prestación de la actuación sanitaria. (...)

... como antes razonamos, la necesidad de respeto del derecho de autodeterminación del paciente comprende que pueda elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, lo que no significa aceptar la inadecuada prestación sanitaria de la opción finalmente elegida, como lamentablemente es lo que sucedió" (FJ 2º).

**La información sobre los riesgos de la intervención ha de comprender también la falta de medios del hospital para atender adecuadamente la intervención practicada.**

### **STS de 3 de enero de 2012, Rec. casación 7014/2010**

“Debiéndose señalar, además, que para que el documento en que eventualmente se recogiera el consentimiento informado hubiera sido dado por bueno a los efectos de cumplir el designio legal de obtener la conformidad libre, voluntaria y consciente de la paciente, debería haber recogido, según lo ya dicho, los riesgos de la intervención. Riesgos que, en el caso examinado, suponían no solo la posibilidad de reconducir la laparoscopia que se le practicaba a una cirugía abierta (la cirugía abdominal previa era conocida desde su ingreso en urgencias, según refleja el correspondiente informe), sino la falta de medios del Hospital para atender adecuadamente una intervención de este tipo. Situación innegable a la vista de los propios informes del cirujano que la practicó, también recogidos en la parte que nos interesa con anterioridad, y que no se puede estimar irrelevante.

No constando por otra parte situaciones de urgencia que permitieran exceptuar la falta de obtención del consentimiento informado con base en el artículo 9.2, apartado b), de la Ley 41/2002, ya que la intervención no fue realizada con carácter urgente, sino programado.

Conforme a ello, debe aplicarse consolidada jurisprudencia, que indica que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria ( sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002 , 26 de febrero de 2004 , 14 de diciembre de 2005 , 23 de febrero y 10 de octubre de 2007 , 1 de febrero y 19 de junio de 2008 , 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo , 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011 )”. (FJ 4º).

C) Intensidad (omisión total-parcial). Contenido

## **Determinación de los riesgos de los que hay que informar**

**STS de 21 de Diciembre de 2012. (Rec. 4229/2011)**

“que la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone -por exceso- contravenir los principios de la norma, ya que el mismo no se adapta a la claridad, concreción y exigencia de adaptación a los conocimientos de aquellos que lo reciben”.

**La insuficiencia de la información debida al paciente constituye por sí sola infracción de la lex artis. El deber de información tiene carácter autónomo.**

**STS de 2 de enero de 2012, Rec. casación 6710/2010**

“Entrando ya en el segundo apartado objeto de debate, referido al consentimiento informado específico de la intervención practicada (28 mayo 1997), en cuanto a los riesgos que se pueden producir y alternativas, debemos partir del hecho que la sentencia lo valora como incompleto, genérico y sin adecuación a la concreta intervención que se le iba a realizar a la Sra. Vicente, por más que contenga fórmulas estereotipadas respecto a que la información se produjo. (...)

Este motivo ha de estimarse por cuanto contradice la Jurisprudencia ya consolidada de esta Sala y Sección relativa a la naturaleza autónoma y, por tanto, relevante por sí misma, de la infracción del derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento. Podemos citar la reciente sentencia de esta Sala y Sección de dos de noviembre de dos mil once, recurso de casación 3833/2009, en la que se reitera esta Jurisprudencia:

"b) Que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente (a tener por cierta en el caso de autos ante la duda no despejada sobre el cabal cumplimiento de aquella obligación) constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos

deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002 , 26 de febrero de 2004 , 14 de diciembre de 2005 , 23 de febrero y 10 de octubre de 2007 , 1 de febrero y 19 de junio de 2008 , 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo , 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011 ). "

Como se dijo en la Sentencia de esta Sala de diecinueve de diciembre de dos mil nueve, recurso de casación de unificación de doctrina 257/2006, el consentimiento informado no puede convertirse en un trámite rutinario, burocrático, carente de la relevancia que ha de tener como es que el paciente ha de asumir la existencia de diferentes escenarios al tratamiento. Ello va más allá de formularios estereotipados puesto que implica que el médico ha de observar tanto la capacidad del paciente de entender la información que se le ofrece como la situación concreta en la que se encuentra y las posibilidades de éxito, fracaso, mejoría, etc. Es una compleja relación que requiere análisis caso por caso atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Por tanto, ha de estimarse el recurso y considerar que la sentencia es errónea en cuanto que exige una prueba irracional para entender relevante una infracción de la "lex artis" como es la relativa a los derechos reconocidos legalmente al paciente, artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, entonces vigente" (FJ 5º).

**Consentimiento informado insuficiente: es irrelevante la circunstancia de que la paciente se hubiere sometido tiempo atrás a una intervención similar.**

**STS de 3 de abril de 2012, Rec. casación 1464/2011**

En el presente caso, el motivo ha de correr suerte estimatoria y apreciarse que efectivamente no existió constancia documentada de la necesaria información previa y posterior consentimiento de la paciente, antes de la intervención. Existe una prueba caligráfica que concluye que la firma existente en el documento que consta en las actuaciones no puede atribuirse a la recurrente de forma indubitada, por lo que la recurrente ha de estimarse que cumple con la carga de probar que efectivamente ese documento no recoge la documentación escrita del conocimiento y asunción de la entidad de la intervención así como los riesgos correspondientes a la misma. La sentencia de instancia opone que previamente la recurrente se sometió a otra intervención de cataratas para la que sí dio el consentimiento y que el Informe de enfermería también constata la entrega de documentación a la paciente. Pero,

evidentemente, no puede tenerse por cumplida las obligaciones material y formal (documentación) de un consentimiento tras la previa exposición de los riesgos de la intervención, teniendo en cuenta diversos factores como la evolución de la ciencia médica, la pérdida de visión constatada del ojo izquierdo por un desprendimiento, la relevancia de ese hecho, etc. Tal información no puede deducirse exclusivamente de una intervención tres años antes y de un apunte en las hojas de enfermería, sino que debe constatarse y evidenciarse con claridad por parte de los profesionales que asisten al paciente, asegurando que el paciente comprende y asume no solo la realización de la intervención sino también las diversas posibilidades, riesgos, alternativas, etc. Tal interpretación es la que se extrae de los artículos citados por la recurrente 4 y 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (...)

Ha lugar a estimar este motivo de casación y procede casar la sentencia recurrida al reputar que la interpretación que mantiene la instancia contraría las reglas de la lógica y la razón. De un lado, porque no es lógico, por no existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, deducir de aquel hecho o circunstancia de que como la paciente se había sometido hacía tres años a otra catarata, conocía los riesgos específicos, cuando las técnicas son distintas, la actora había perdido la visión del otro ojo, posible incidencia del desprendimiento de retina, etc., o que en la Historia Clínica se hubiera anotado la entrega de un documento, que no sabemos si precedía a alguna información o simplemente a la entrega del mismo. Y como hemos dicho ya en sentencias de esta Sala y Sección, por todas la de dos de noviembre de dos mil once, recurso de casación 3833/2009, tal vulneración del derecho a un consentimiento informado "*constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011).*" (FJ4º).

**Consentimiento informado insuficiente: no puede deducirse el conocimiento de los riesgos de la operación de la circunstancia de que el recurrente sea médico de profesión (pediatra).**

**STS de 2 de noviembre de 2011, Rec. casación 3833/2009**

... debió la Sala de instancia traer a colación y aplicar una reiterada jurisprudencia en la que se afirma:

a) Que sobre la Administración pesa la carga de probar que cumplió con la obligación que le imponía entonces el art. 10, núm. 5, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en este sentido o sobre esta afirmación de la carga de la prueba pueden verse, entre otras muchas, las sentencias de este Tribunal de fechas 10 de octubre y 19 de diciembre de 2007, 1 de febrero de 2008, o, como más reciente, la de 4 de octubre de 2011). Y

b) Que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente (a tener por cierta en el caso de autos ante la duda no despejada sobre el cabal cumplimiento de aquella obligación) constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011).

En relación a esto último, nos resta por afirmar que, con independencia de que fuera la causa única o sólo una mera concausa, no es dudosa la relación causal existente entre aquella intervención quirúrgica y la situación de paraplejía que aqueja al actor tras ella, pues es esto y no lo contrario lo que se deduce, no de alguno de sus párrafos aislados, pero sí del completo tenor de la sentencia de instancia; también del escrito de oposición presentado en este recurso de casación; y, por fin, del informe médico que es de ver a los folios 103 a 105 de los autos. Así, se lee en él que tras esa intervención presentó el actor "una paraplejía y un estado compatible con una situación de

inestabilidad hemodinámica seguramente debida a sangrado profuso en la cirugía"; o, que "presentó una paraplejía aparecida tras la tercera y última cirugía"; o, que "puede ser debido el daño de la médula ya muy mermada, a la probable situación de isquemia sufrida durante la intervención bien sea por pérdida de sangre o por isquemia refleja a la tracción vertebral"; o, que "la relación causa efecto temporal entre la tercera intervención quirúrgica y sus secuelas es evidente", aunque ello no implique mala praxis médica; o, en fin, que sufre "unas secuelas graves tras la última cirugía, pero no por mala ejecución de la misma, sino porque su médula, debilitada, no soporta la isquemia, o las tracciones vertebrales que son consustanciales a esta cirugía".(FJ 3º).

**El deber de información asistencial adquiere mayor intensidad cuando se trata de la denominada “medicina satisfactiva”.**

**STS de 9 de octubre de 2012, Rec. casación 6878/2010**

“Igualmente este Tribunal ha declarado que el deber de información asistencial adquiere mayor intensidad en cuanto se trata de la denominada “medicina satisfactiva”, que como señala la Sentencia de 2 de octubre de 2.007 (recurso 9.208/2.003), con cita de la de 3 de octubre de 2.000 (recurso 3.905/1.996)", se trata de una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, en la que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención, lo que tampoco significa que deba reprocharse a la Administración todo resultado adverso producido en este ámbito de la medicina", que no sucederá, como igualmente hemos declarado en nuestra Sentencia de 22 de noviembre de 2.011 (recurso 4.823/2.009)", si la actuación sanitaria ajustada a la praxis médica va precedida de una información comprensible que incluya la veraz advertencia de que la satisfacción estética o funcional buscada no está plenamente garantizada".

(...)

La exposición inicial que hace el recurso en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión que plantea, se ajusta al proceder de la Sala de instancia, que realizó una valoración conjunta de las fichas técnicas y prospectos de la vacuna, los informes médicos que relacionaron directamente la vacunación con el cuadro clínico que presentó pocas fechas después el vacunado y las periciales emitidas en las actuaciones, lo que condujo a la conclusión de que quedaba acreditada la relación

causal, entre la vacunación y el Síndrome Guillain-Barré, pero, también, que ésta es una reacción tan impredecible o tan remotamente considerable que no pudo ofrecerse información sobre ello sustentado en premisas científicas contrastadas, lo que no acredita que lo efectuase con error patente, ni de modo arbitrario o irracional, ni, como reiteradamente sostiene este Tribunal, que sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia sobre aquellas conclusiones fácticas por la reputada más acertada por el recurrente (...)

Esto es, la sentencia considera que la Administración sanitaria no vulneró lo que demandaba el derecho de información de un paciente sano que voluntariamente decide someterse a la vacunación antigripal, sin que la información adecuada a sus necesidades en orden a la adopción de su libre decisión al respecto, comprenda una información ilimitada o infinita, incluso sobre aquello que no es conocido o carece de consenso por la ciencia. Conclusión que es conforme a la normativa que el recurso consideraba infringida, entendida conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, de la que son recientes ejemplos las Sentencias de 16 de enero de 2.007, 25 de marzo de 2.010, 7 de enero y 10 de noviembre de 2.011, 2 de enero y 30 de enero de 2.012 (recursos 5.060/2.002, 3.944/2.008, 6.613/2.009, 1.033/2.007, 6.710/2.010, 5.805/2.010), en las que declaramos que el deber de información no puede entenderse genérico o en términos de probabilidad hipotética, ni ampara la exigencia de la información excesiva y desproporcionada con las finalidades curativas o preventivas de la ciencia médica, como es la relativa a los riesgos no normales, no previsibles de acuerdo con la literatura médica, o que se basan en características específicas del individuo, que previamente podían no haberse manifestado como relevantes o susceptibles de una valoración médica.” (FJ 5º)

#### D) Forma del consentimiento

##### **El consentimiento informado es verbal, por lo general.**

##### **STS de 7 de abril de 2011, Rec. casación 3483/2009**

Es obvio, puesto que así expresamente lo afirma la Ley, que el consentimiento "será verbal por regla general", para añadir a continuación aquellos supuestos en los que esa regla cede ante la necesidad de que el consentimiento sea por escrito cuando se trate de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.



En este supuesto hubo sin duda información verbal. Es la paciente la que acude a la revisión ginecológica porque conoce el bulto (valga la expresión) que existe en la vulva. Lo recoge la sentencia como hechos probados y que fue derivada por ello al servicio de ginecología del hospital donde se procedió a la intervención. La misma consistió "en la biopsia-extirpación de una lesión verrucosa en labio mayor (cara interna), pendiente de biopsia dándosele de alta y recomendando como tratamiento "higiene local, analgésico si precisa (no aspirina)".

Y con esos antecedentes resulta también claro que esa información verbal era suficiente dadas las características de la intervención a efectuar. Así resulta por otra parte del informe de la Inspección cuando se refiere a la intervención practicada y a la información facilitada a la recurrente, cuestiones sobre las que manifiesta que "Lo que se ha podido comprobar en la historia clínica es que la paciente tras exploración ginecológica realizada correctamente, presentaba una lesión verrucosa en parte interna de labio externo derecho de vulva que ella ya se había notado y por eso pidió cita en ginecología. Se le propuso quitárselo y la paciente aceptó siendo realizado mediante técnica quirúrgica local. Se anestesió localmente y se extirpó la lesión. Hablan en el informe de la exploración visual de una lesión de 1 cm. y posteriormente en el informe Anatomopatológico de 0,4 cm. (lógicamente tras desecación de los tejidos en formol puede disminuir un poco de volumen) que estaba en contacto con el margen de resección, es decir se escindió la lesión exclusivamente no se habla de labio mayor completo extirpado que sería de mayor extensión. El diagnóstico es "Hidroadenoma papilar" de labio mayor.

No consta en la reclamación firma de consentimiento informado, pero dada la poca complejidad del procedimiento (biopsia-extirpación) no entraría dentro de los supuestos donde se hace obligatorio que sea por escrito según la ley 41/2002: El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Es decir su no existencia por escrito, en este caso no es fundamental para el desenlace de este procedimiento médico. Ella acudió voluntariamente a la consulta de ginecología a que se le extirparan porque le molestaba".

En consecuencia el recurso se desestima." (FJ 4º).

**Exigencia de consentimiento escrito para la realización de intervenciones quirúrgicas. Entre las excepciones previstas legalmente no figura la condición de médico del paciente o la existencia de relación de amistad con los doctores responsables de su caso. (En este caso, la especialidad del paciente no permitía presuponer un conocimiento específico sobre cardiología ni sobre los riesgos de la prueba a practicar).**

**STS de 13 de noviembre de 2012, Rec. casación 5283/2011**

“Pero antes de adentrarnos en el análisis de esas testificales que la parte propone, debe anticiparse ya que esa conclusión alcanzada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias acerca de la existencia de un consentimiento informado prestado verbalmente por el paciente está en abierta contradicción con el artículo 10.6 de la Ley 14/1.985, de 25 de abril, General de Sanidad, aquí aplicable por razones temporales, y que también cita el motivo del recurso como norma infringida. Tanto ese artículo como el vigente artículo 8.2 de la Ley 41/2.002, de autonomía del paciente, exigen un "consentimiento escrito" del usuario para la realización de intervenciones quirúrgicas. Y así lo hemos constatado, por ejemplo, en las sentencias de 25 de junio de 2.012 (recurso de casación 1.386/2.011) y de 26 de marzo de 2.012 (recurso de casación 3.531/2.010). Es cierto que esas mismas Leyes prevén algunas excepciones a la regla general comentada de constancia escrita del consentimiento informado, en particular la de no ser posible obtener ese consentimiento por encontrarse en peligro la vida o la integridad física del paciente (artículos 9.2, párrafo b, de la Ley 41/2.002 y 10.6, párrafo c, de la Ley 14/1.986). Pero lo que en modo alguno se prevé es una excepción a tal regla por ser médico el paciente, o por tener una relación de amistad con los doctores responsables de su caso, como entiende la Sala de instancia”. (FJ 3º)

E) Contenido de la información.

**Debe evitarse el exceso en el contenido de la información que se ofrece para que sea realmente efectiva y no desmedida**

**STS 9 de Octubre de 2012. Rec. Casación 6878/2010**

“la información no puede ser ilimitada o excesiva, so pena de producir el efecto contrario, atemorizante o inhibitor y que ha de ofrecerse en términos comprensibles, claros y adaptados al usuario de la asistencia. Por tanto, es un derecho que ha de ponerse en relación con los datos que en concreto se han de transmitir y la finalidad de la información misma en cuanto al conocimiento de los riesgos y alternativas existentes

según el estado de la técnica, cuál es en el caso de la administración de una vacuna antigripal, que no incluye la posibilidad de un riesgo de ocurrencia tan extraordinaria como es el considerado en la sentencia recurrida, calificado por la misma como tan remotamente considerable que no permitió ofrecer información sobre ello, basada en evidencias ciertas y contrastables”.

STS de 5 de Diciembre de 2012. Rec. Casación 3370/2011.

“la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone -por exceso- contravenir los principios de la norma, ya que el mismo no se adapta a la claridad, concreción y exigencia de adaptación a los conocimientos de aquellos que lo reciben”.

#### F) Derecho a indemnización

**El incumplimiento del deber de información no da derecho a indemnización cuando el resultado dañoso no tiene su causa en la asistencia sanitaria.**

**STS de 30 de septiembre de 2011, Rec. casación 3536/2007**

“Alcanzada esa conclusión, hemos de recordar ahora que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la lex artis ad hoc, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O en otras palabras: el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo de 2011)”. (FJ 6º).

**Falta de consentimiento informado. Carácter autónomo de la indemnización.**

### **STS de 27 de diciembre de 2011, Rec. casación 2154/2010**

“En reciente sentencia de dos de Noviembre de dos mil once, RC. 3833/2009, hemos recordado que <<la falta o insuficiencia de la información debida al paciente... constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria ( sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011 )>>”.

En consecuencia, indemnizar los daños producidos al recurrente -como hace la sentencia de instancia- en relación con la falta de consentimiento informado como concepto autónomo, se ajusta plenamente a los criterios jurisprudenciales. Por lo que procede desestimar el motivo primero de casación.” (FJ 3º).

### **STS de 3 de enero de 2012, Rec. casación 7014/2010**

En consecuencia, debe darse la razón a la representación procesal de Don Evaristo I en lo relativo al primer motivo de casación. La sentencia de instancia centró su argumentación en la corrección de la asistencia médica prestada a la madre del recurrente en lo concerniente a la intervención quirúrgica practicada el once de mayo de dos mil seis, en particular en la valoración de los medios de prueba presentados al respecto, dejando de resolver la pretensión relativa a la falta o deficiencia del consentimiento informado recabado con carácter previo a la práctica de la intervención. Omisión que consideramos determinante de indefensión, en cuanto que, como enseguida veremos, la posible indemnización de los perjuicios derivados de una deficiencia en aquél, revisten carácter autónomo con respecto a la reparación de los daños producidos por la intervención quirúrgica en sí misma considerada. El hecho de que, como también se verá, la demandante no deslindara el importe de la indemnización solicitada que correspondía a aquel concepto, no desvirtuaba la necesidad de satisfacer

su pretensión dando respuesta a las cuestiones planteadas, puesto que, en definitiva, al obrar así hacía efectivo un derecho procesal reconocido en el artículo de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. (FJ 3º).

**Sobre la cuantificación de la indemnización. Se fija en función del caso concreto.**

**STS de 9 de octubre de 2012, Rec. casación 5450/2011**

“En relación con la cuantía otorgada por la sentencia de instancia, en base a la falta de consentimiento informado, hemos señalado en reiteradas resoluciones, como es el caso, que dicha omisión o insuficiencia puede dar lugar a indemnización, si bien ésta viene ligada a la existencia o no de mala praxis médica. Así, Respecto de la cuantía hemos señalado en nuestra sentencia de fecha 20 de marzo de 2012, recurso 2757/2010:

*<<Pues bien, debemos comenzar afirmando que es reiterada la doctrina de nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de quince de noviembre de dos mil dos , catorce de abril y dieciséis de mayo de dos mil tres, y dos de marzo de dos mil cuatro, que la cuantificación de la indemnización es una cuestión de hecho que corresponde fijar al Tribunal de instancia y por lo tanto, sólo podría tener acceso a la casación esta controversia en la forma en que los hechos declarados como probados por la sentencia impugnada sean combatidos a través de la invocación de normas o jurisprudencia sobre la apreciación de las pruebas, o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contraria a la lógica, irracional o arbitraria. Así lo hemos afirmado en nuestra sentencia de 21 de mayo de 2010>>.*

En supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado, hemos fijado indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 euros, y confirmado indemnizaciones mayores otorgadas por las Salas de instancia en función de las circunstancias del caso concreto. En este sentido la parte recurrida cita la sentencia de 21 de marzo de 2007 (recurso 7394/2002). En todo caso las cuantías obedecen a la casuística, en función de las consecuencias lesivas.

En el presente caso se fija la cuantía en 300.000,- euros, que la Sala entiende proporcionada a la entidad de las lesiones sufridas. Recoge la sentencia que el paciente quedó parapléjico a partir de la primera intervención, donde se hizo monitorización intraoperatoria, y se realizó la segunda intervención con este déficit, empeorando la lesión medular con la infección. Entidad de las lesiones y edad del paciente (19 años), relacionadas con la falta de consentimiento que, entendemos, debe llevar a confirmar la

indemnización concedida. Apreciamos, en definitiva, que ésta es proporcional por las secuelas padecidas, la pérdida de oportunidad que refleja la sentencia y en función del riesgo que afrontó el paciente, sin la debida información constatada”. (FJ 4º)

#### **G.- Efectos de la Falta de Información.**

##### **STS de 13 de Noviembre de 2012 (Rec. de Casación 5283/2011)**

**Reconoce que la falta ó defectuosa información al paciente constituye un daño moral indemnizable como tal.**

“la vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencia de 2 octubre 2.012, dictada en el recurso de casación 3.925/2.011, con cita de otras muchas)”.

**La falta de información supone una infracción de la lex artis pero deber tener relación con el daño producido.**

##### **STS de 20 de Noviembre de 2012 (Rec. 4598/2011)**

“La privación de expectativas constituye un daño antijurídico , puesto que aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias. A que no se produzca una "falta de servicio" (STS de 7/// 2008, RC 4776/2004) en sentido concordante de "defecto de pericia y pérdida de actividad" (STS 24/11/2009, RC 1592/2008).

##### **STS de 25 de Octubre de 2010 (Rec. 984/2009)**

Con esta deficiente información se privó al recurrente de sustraerse a la intervención quirúrgica practicada, privándole su derecho a decidir sobre la conveniencia o no, de someterse a una operación no exenta de considerables riesgos como lo demuestran los efectos que a consecuencia de tal información sufrió el paciente. Por ello, entendemos que esta deficiente información supone un incumplimiento de la "lex artis ad hoc" que revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario que acarrea la responsabilidad patrimonial de la Administración, por haberse producido a consecuencia de la intervención quirúrgica un daño antijurídico al reclamante.

## **H.- Importe de la indemnización.**

### **STS de 13 de Noviembre de 2012 (Rec. de Casación 5283/2011)**

“Procede, por consiguiente, declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Y en lo que atañe a la cuantía de la indemnización que por este único concepto reclama la actora, dentro del inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado "pretium doloris" (cfr. sentencias de 6 de julio de 2.010, recurso de casación 592/2.006, y 23 de marzo de 2.011, recurso de casación 2.302/2.009), y teniendo en cuenta que en supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado hemos venido fijando indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 euros (sentencia de 18 de julio de 2.012, recurso de casación 2.187/2.010), este Tribunal considera que dado el tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos está justificada y es proporcionada la cantidad máxima de 60.000 euros, actualizada ya a la fecha de esta sentencia.

**indemnización de la falta de información en supuesto de asistencia conforme a la lex artis.**

### **STS de 4 de Diciembre de 2012 (Rec. casación 6157/2011)**

“Teniendo en cuenta que no se ha acreditado mala praxis alguna en la actuación médica que nos ocupa, salvo lo referido al consentimiento informado, y las cifras que habitualmente se conceden por esta Sala en supuestos similares, fijamos la cantidad a percibir en concepto de indemnización y cuantía a fecha de esta sentencia la cifra de 60.000 euros, a cuyo efecto tenemos en cuenta lo que hemos expuesto anteriormente, edad del recurrente y necesidad de la intervención practicada”.

**Mismos parámetros para fijar la indemnización pero se acomodan a las exigencias fácticas de cada supuesto; se toman en consideración las secuelas sufridas.**

### **STS de 9 de Octubre de 2012 (Rec. de casación 5450/2011)**

“En supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado, hemos fijado indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 euros, y confirmado indemnizaciones mayores otorgadas por las Salas de instancia en función de las circunstancias del caso concreto. En este sentido la parte recurrida cita la sentencia de 21 de marzo de 2007 (recurso 7394/2002). En todo caso las cuantías obedecen a la casuística, en función de las consecuencias lesivas.

En el presente caso se fija la cuantía en 300.000,- euros, que la Sala entiende proporcionada a la entidad de las lesiones sufridas. Recoge la sentencia que el paciente quedó parapléjico a partir de la primera intervención, donde se hizo monitorización intraoperatoria, y se realizó la segunda intervención con este déficit, empeorando la lesión medular con la infección. Entidad de las lesiones y edad del paciente (19 años), relacionadas con la falta de consentimiento que, entendemos, debe llevar a confirmar la indemnización concedida. Apreciamos, en definitiva, que ésta es proporcional por las secuelas padecidas, la pérdida de oportunidad que refleja la sentencia y en función del riesgo que afrontó el paciente, sin la debida información constatada”.

### **1.3. Pérdida de oportunidad**

#### **CONCEPTO**

**STS de 20 de Noviembre de 2012 (Rec. 4598/2011)**

“La privación de expectativas constituye un daño antijurídico , puesto que aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias. A que no se produzca una "falta de servicio" (STS de 7/// 2008, RC 4776/2004) en sentido concordante de "defecto de pericia y pérdida de actividad" (STS 24/11/2009, RC 1592/2008)”.

**La pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos: el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo.**

**STS de 3 de julio de 2012, Rec. casación 6787/2010**

“Dentro de este motivo también la parte recurrente considera que se ha producido una pérdida de oportunidad, por escasa que fuera, de éxito, total o parcial, de la cirugía de rescate. Pues bien, hemos dicho, por todas la reciente sentencia de veintidós de mayo de dos mil doce (Rec. Cas. 2755/2010):

*"OCTAVO.- En la reciente sentencia de fecha 19 de octubre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 5893/2006, hemos afirmado que la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo. "*

En el presente caso, si bien sin acudir a su detalle la sentencia trata esta cuestión al no valorar como determinante el retraso sobre el protocolo habitual de tratamiento de estas patologías, y considera y valora que ese retraso no ha privado a la recurrente de un posible resultado distinto ya que el pronóstico ciertamente negativo debido a la etiología del tumor y sus características impedían otorgar relevancia a ese retraso. Por tanto, ante esta cuestión, estamos dentro de la actividad de valoración de la prueba efectuada por la instancia que no reputamos arbitraria o errónea. No existe pérdida de oportunidad de un pronóstico distinto en el caso de la recurrente, ya que la sentencia concluye que, en atención al dictamen del Dr. Seguí, por el tratamiento dos meses antes, era altamente improbable poder reseca el tumor. La sentencia llega al convencimiento a partir de la



valoración de la prueba que ese retraso en el tratamiento no ha tenido incidencia en una pérdida de posibilidad de reseca el tumor y tal conclusión la apoya en el dictamen del Dr. Seguí especialista en la materia” (FJ 6º).

**Concepto general de la doctrina de la pérdida de oportunidad.**

**STS de 3 de Diciembre de 2012 (Rec. casación 2892/2011)**

“Configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”. (FD 7º) .

**Se exige acreditar en el recurso de casación cuales han sido las oportunidades perdidas y cuya indemnización se solicita.**

**STS de 27 de Noviembre de 2012 (Rec. Casación 5938/2011)**

el recurso no identifica qué concreta gestión de los medios sanitarios fue omitida, incorrecta o tardíamente ejecutada, de la que surja la incertidumbre de haber podido alcanzarse otro resultado distinto al que lamentablemente se llegó, fuera del retraso inicial que ya consta acreditado, pero del que la sentencia anterior descartó su relación con la lesión por la que se reclama (...) De esta manera, la teoría de la pérdida de oportunidad deviene inaplicable tras la constatación de que el perjuicio por el que se reclama no trae causa del funcionamiento del servicio público, sino de la propia evolución de la enfermedad y naturaleza de la paciente. La desestimación de la pretensión principal tiene a su vez como consecuencia la de la vulneración del régimen normativo de la responsabilidad patrimonial de la Administración que se denunciaba.

**No pérdida de oportunidad cuando no es posible acreditar que la actuación médica pudiera evitar el daño.**

**STS de 23 de enero de 2012, Rec. casación 43/2010**

“... La responsabilidad de las administraciones públicas es objetiva al residenciarse en el resultado antijurídico.

“Ya, en el ámbito sanitario, se evidencia constituye una obligación de medios. Y, así a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Como expresa la sentencia de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 2010, Rec. casación 3021/2008, han de ponerse “los medios precisos para la mejor atención”.

Y añade la STS de esta Sala y Sección de 23 de setiembre de 2010, Rec. casación 863/2008 que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” -sentencias de siete de setiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007- se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.” (FJ 4º) (...)

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 16 de febrero de 2011, RCA 3747/2009.*

**La suma de la indemnización debe atemperarse en función de la información sobre las posibilidades reales de curación.**

**STS de 19 de junio de 2012, Rec. casación 579/2011**

“A los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Como expresa la Sentencia de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 2010, Rec. casación 3021/2008, han de ponerse “los medios precisos para la mejor atención”.

Y recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de enero de 2012, Rec. casación 43/2010 lo ya dicho con anterioridad sobre que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007- se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias”.

Y en la de 22 de mayo de 2012, recurso de casación 2755/2010, se reafirma lo dicho en la de 19 de octubre de 2011, recurso de casación 5893/2011, sobre que la pérdida de oportunidad hace entrar en juego a la hora de valorar el daño causado, dos elementos de difícil concreción “como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”.

A la vista de lo razonado no se comparte el aserto de la Sala de instancia acerca de que aún cuando fueren remotas las posibilidades de curación no puede reducirse la indemnización que fija en la suma de 220.000 euros. La información acerca de las posibilidades reales de curación constituyen elemento sustancial en la doctrina denominada "pérdida de oportunidad" por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no.

Debe prosperar el quinto motivo y aplicar, “a sensu contrario” lo vertido por esta Sala y Sección en su Sentencia de 22 de mayo de 2012, Rec. casación 2755/2010 en que se incrementó una indemnización por no entender razonable que “fueran escasos, ni el

grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera producido un efecto beneficioso en el estado final del paciente, ni tampoco el grado, entidad o alcance de este hipotético efecto favorable”.

(...) Tras lo relatado en el fundamento anterior, procede su reducción a la suma de 110.000 euros al ser contraria a nuestra doctrina la afirmación de que las difíciles posibilidades de curación no afectan a la cuantificación. Si la Sala da por acreditado pocas probabilidades de curación, tal factor debe ser tenido en cuenta” (FJ 9º y 10º).

**La omisión de determinadas pruebas diagnósticas ha privado a la paciente de la oportunidad de recibir una correcta asistencia médica que hubiese evitado el daño.**

**STS de 13 de octubre de 2011, Rec. casación 4895/2007**

“Dicha omisión de actuaciones se hace aun más censurable en el presente caso si tenemos en cuenta que las pruebas diagnósticas que se deberían de haber realizado eran pruebas diagnósticas no invasivas, y por tanto carentes de riesgo para la paciente y que la misma acudía regularmente a su ginecóloga para el control de su embarazo, por lo que debiera habersele hecho el control adecuado de sus alteraciones metabólicas en previsión de los posibles daños que posteriormente se le materializaron.

Como consecuencia directa de dicha omisión de actuaciones se le ha privado a la paciente de la oportunidad de recibir una correcta asistencia médica que hubiese evitado el daño finalmente producido, por lo que entendemos que nos encontramos ante un claro ejemplo de la teoría de la pérdida de oportunidades que nuestro más alto tribunal ha establecido de manera reiterada.

**Constituye un razonamiento jurídico relativo a la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia aquel que decide reducir al 50 por ciento la indemnización, aplicando la jurisprudencia formada sobre la "pérdida de oportunidad".**

**STS de 27 de noviembre de 2012, Rec. casación 4981/2011**

“A partir de ahí sí constituye un razonamiento jurídico relativo a la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia aquel que decide reducir al 50 por ciento esa indemnización, aplicando la jurisprudencia formada sobre la

"pérdida de oportunidad". Y es, por tanto, un razonamiento revisable en casación. Sobre este punto la parte recurrente expresa su queja porque entiende que esa reducción no es conforme con la jurisprudencia que, según ella, en los casos de "pérdida de oportunidad" no reduce la indemnización, sino que atiende igualmente a la reparación integral del daño causado.

Pero esta última parte del motivo tampoco puede prosperar. La aplicación de la jurisprudencia de esta Sala que hace la sentencia recurrida es enteramente correcta. La reciente sentencia de 19 de junio de 2.012 (recurso de casación 579/2.011), que cita la parte recurrida, así lo demuestra.

Recuerda esa sentencia, con cita de otras que *"la "privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" (...) se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias"*. Por eso dice la sentencia al final que *"no se comparte el aserto de la Sala de instancia acerca de que aún cuando fueren remotas las posibilidades de curación no puede reducirse la indemnización que fija en la suma de 220.000 euros. La información acerca de las posibilidades reales de curación constituye [u]n elemento sustancial en la doctrina denominada "pérdida de oportunidad" por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no"*. Y reduce a 110.000 euros la indemnización inicialmente concedida (220.000) *"al ser contraria a nuestra doctrina la afirmación de que las difíciles posibilidades de curación no afectan a la cuantificación. Si la Sala da por acreditado pocas probabilidades de curación, tal factor debe ser teni[do] en cuenta"*.

Por consiguiente, la decisión de la Sala "a quo" de atemperar el importe de la indemnización es plenamente conforme con nuestra jurisprudencia sobre la pérdida de la oportunidad. Sin que tampoco el porcentaje escogido (50 por ciento) pueda considerarse arbitrario, pues se toma del informe pericial, que manifiesta que *"los corticoides no evitan completamente la aparición de hemorragia intraventricular en el recién nacido prematuro, pero reducen el riesgo aproximadamente un 50%. Si se*

*hubiera instaurado dicho tratamiento el 31 de marzo de 2001, las posibilidades de que los corticoides hubieran podido ejercer su efecto protector habrían sido mayores y en este caso, el riesgo de hemorragia intraventricular se habría reducido a la mitad" (fundamento tercero de la sentencia recurrida)". (FJ 5º)*

#### **1.4. Riesgo profesional**

##### **Ausencia de daño antijurídico: riesgo profesional**

##### **STS de 10 de abril de 2012, Rec. casación 2556/2010**

“En este punto la sentencia de instancia considera que no nos encontramos ante un daño antijurídico y por lo tanto, debe ser soportado por el actor al haber asumido voluntariamente el riesgo. Ciertamente es que la actividad que desarrollaba el recurrente como enfermero del SAMU , implica y supone el riesgo profesional de sufrir cortes , pinchazos, tanto en la manipulación de los distintos utensilios con virtualidad suficiente para ello, como en el desarrollo propio de la actividad de asistencia médica a pacientes, siendo que la Administración debe procurar, proteger a sus funcionarios, con todos los medios a su alcance en materia de información, seguimiento de Protocolos, manipulación, limpieza, materiales propios de almacenaje y desecho, etc. ... pero el riesgo existe y se contempla siendo consustancial al desarrollo de la actividad en sí misma considerada.

Esta Sala, Sección 6ª, sentencia de veinticuatro de noviembre de dos mil cinco, recurso de casación 6834/2001 ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre un supuesto muy similar, recogiendo otra sentencia anterior de la Sala, que por su efectiva claridad y elocuencia procede traer al presente procedimiento, considerando que es la doctrina de la Sala y debe asumirse . Así, esta sentencia mantiene en su fundamento jurídico octavo *"Antes de concluir conviene hacer referencia a una cuestión no planteada en el recurso, y que, en consecuencia, no puede afectar al fallo que en él pronunciamos, pero que atañe a la línea jurisprudencial que sobre el asunto al que nos referiremos mantiene esta Sala y Sección y de la que la Sentencia de instancia prescinde.*

*Así, en Sentencia 6 de noviembre de dos mil uno, y referido al contagio por el virus de la hepatitis C padecido por un enfermero al servicio del Insalud, dijimos "que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente, (funcionario del Insalud en el supuesto actual),... razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial". Y en Sentencia*

*de veintinueve de enero de dos mil cuatro en el supuesto de un médico director del servicio de medicina nuclear en un hospital público, expresamos que "sentado lo anterior, que es suficiente para desestimar el motivo que nos ocupa, hemos de destacar que en el caso de autos estando como estamos ante una enfermedad profesional, por tanto un riesgo conocido por la recurrente que estaba especialmente calificada para dirigir el funcionamiento de la instalación de medicina nuclear del centro sanitario en que desarrollaba su actividad profesional así como la actividad de los operadores que desarrollan su trabajo en la misma.*

*Dicho riesgo, atendida su condición de riesgo derivado de la actividad profesional suficientemente conocida, es un riesgo aceptado por la hoy recurrente que precisamente por esa aceptación voluntaria hace que el daño no pueda ser considerado antijurídico y por tanto desaparece así uno de los requisitos imprescindibles para que pueda hablarse de responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que se acredite que no es el caso, que la administración omitió alguna de las medidas de seguridad que venía obligada a adoptar en garantía de la integridad física de sus trabajadores".*

Por tanto, en el presente caso, nos encontramos ante la materialización de un riesgo profesional suficientemente conocido y aceptado previamente por el actor, y por el que ha sido compensado a efectos por medio de la declaración de invalidez absoluta, sin que haya sido ese riesgo interferido o incrementado por un incumplimiento relevante de la Administración por falta de información o de medios suficientes para evitar el mismo. Por tanto, es evidente que el daño no es antijurídico y no puede reconocerse indemnización por responsabilidad patrimonial al haber quedado ya reconocido y compensado a nivel de prestaciones en el ámbito laboral. No hay interpretación errónea por la Sentencia de instancia respecto al instituto de la responsabilidad patrimonial“ (FJ 5º).

### ***1.5. Daño desproporcionado***

#### **Concepto**

#### **STS de 19 de Septiembre de 2012 (Rec. de casación 8/2010)**

la doctrina jurisprudencial “del daño o resultado desproporcionado”, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa, como señalábamos en nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2.011 (recurso de casación núm. 3.536/2.007), «en la

afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción».

### **Se relaciona con el concepto de daño clamoroso**

#### **STS de 11 de Noviembre de 2012 (Rec. Casación 1977/2011)**

*“La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" llegó a nuestra Jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal quien a partir de sentencias del año 1996, la utilizó como criterio de valoración e imputación de la responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurre además relación causal y que entre dentro de la esfera de actuación de éste, cabía deducir sin duda alguna que existía conducta negligente, y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta. Con posterioridad se fue afianzando -STS Sala Primera Civil de 8 de Mayo de 2003, sin perjuicio de momentos oscilantes y modulaciones. Y es que no cabía exclusivamente citar tal doctrina por el recurrente para deducir ya de por sí su aplicación por inversión de la carga de la prueba. Era necesario que por parte del demandado no se ofreciera y probara mediante prueba pericial de forma suficiente y fehaciente que el facultativo había tenido y seguido una actuación profesional acomodada a la "lex artis ad hoc". En el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria ( STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008)" (FD 4º)”.*

**Inexistencia de resultado desproporcionado del que deba responder la Administración. No mala praxis.**

#### **STS de 29 de junio de 2011, Rec. casación 2950/2007**

“En todo caso, ni aún por esa vía incidental podríamos acoger el motivo, pues esa jurisprudencia, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa en la



afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado desproporcionado, ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

Y decimos que no podríamos acoger el motivo porque, aunque el estudio de la sentencia de instancia muestra que entre el estado inicial del paciente y su estado final hay, evidentemente, a todas luces, una agravación muy acusada o muy notable, no muestra, sin embargo, que el juzgador tenga duda alguna sobre la observancia de la *lex artis* en las diferentes fases del tratamiento recibido, ni muestra tampoco, siendo esto lo realmente importante, que, dado el muy prolongado proceso patológico, que arranca años antes de la primera intervención quirúrgica (el primero de los hechos o antecedentes que a juicio de la Sala de instancia resultan de la prueba practicada dice en su párrafo segundo, literalmente, que según el Médico Inspector, ingresó por supuración crónica en glúteo y muslo derechos de doce años de evolución, con crisis de cierre y drenaje posterior. Presenta múltiples orificios fistulosos con supuración activa), y dada la presencia y persistencia de lo que entendemos, pues ello se refleja en la sentencia y nada en contra se nos dice, un importante cuadro de infección desde el inicio, no muestra, repetimos, que el daño o resultado final sea uno que, como aquellos a los que se refiere aquella jurisprudencia, denote un componente de culpabilidad ya que normalmente no se produce si no media una conducta negligente.” (FJ 6º).

### **STS de 2 de noviembre de 2011, Rec. casación 6236/2007**

“Y en cuanto a la alegación que contiene el motivo referente al desconocimiento por la sentencia recurrida de la teoría del daño desproporcionado tampoco puede acogerse, porque como hemos expuesto recientemente en la sentencia de 29 de junio pasado, recurso de casación nº 2950/2007: "en todo caso, ni aún por esa vía incidental (del daño desproporcionado) podríamos acoger el motivo, pues esa jurisprudencia, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado desproporcionado, ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina

anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción".

Pues bien esto es lo ocurrido en este supuesto en el que la Sala de instancia valorando la prueba alcanza la conclusión de que en este caso el servicio público sanitario procedió con arreglo a la Lex artis, cuando en el párrafo final del fundamento quinto afirma que: "Por tanto, la causa a la que se anuda la responsabilidad no sólo no aparece acreditada, sino que lo que se desprende de la prueba es que los hechos no obedecen a un fallo mecánico por falta de control en el funcionamiento de la máquina. Por el contrario, tal y como apunta el Servicio Canario de Salud, del Informe médico forense incorporado a las actuaciones más parece que estemos en presencia de una reacción anafiláctica, que si bien se presenta en raras ocasiones, puede aparecer de forma brusca, como acaeció en este caso. Sin embargo merece ser destacado el hecho, puesto de relieve por la Forense (folio 389 de autos), así como por los especialistas que depusieron en las diligencias previas, que una vez aparecido el cuadro clínico presentado por la paciente, la incidencia fue resuelta con éxito, consiguiendo la supervivencia de la paciente, hecho bastante inusual en las graves circunstancias que acaecieron. Ello lleva a la Sala a entender que no hay prueba alguna de mala praxis, y que por el contrario las incidencias fueron resueltas de forma correcta, razón por la que se ha de desestimar la demanda promovida frente al Servicio Canario de Salud" (FJ 3º).

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 30 de septiembre de 2011, RCA 3536/2007.*

**No es posible aplicar la doctrina del daño desproporcionado cuando el resultado se presenta como una opción posible.**

**STS de 2 de enero de 2012, Rec. casación 6710/2010**

“El último apartado del único motivo del recurso de casación se refiere a la inaplicación a su caso de la doctrina del daño desproporcionado. La sentencia de instancia analiza esta cuestión desde la prueba practicada para concluir que debido a la entidad de la dolencia inicial, ya recidivante, la ciencia médica no es garantía absoluta de resultado satisfactorio. Se ha intentado solucionar su problema y se han empleado los procedimientos técnicos existentes en la ciencia médica para este tipo de lesiones con

un resultado tórpido y negativo a pesar de su correcta ejecución y de que los mismos objetivamente pudieran mejorar su situación.

En estos casos, donde el resultado se presenta como una opción posible no es posible aplicar la doctrina del daño desproporcionado, ya que el resultado insatisfactorio se relaciona con la intervención y tratamiento aplicado. No olvidemos tampoco que ya el tratamiento conservador había resultado ineficaz. No hay errónea valoración de la prueba.” (FJ 6º).

Otra sentencia con el mismo criterio la de fecha 17 de Septiembre de 2012 (Rec. Casación 6693/2010)

**No puede invocarse la doctrina del daño desproporcionado cuando la lesión producida constituye un riesgo propio de la intervención en un porcentaje considerable.**

**STS 9 de marzo de 2011, Rec. casación 1773/2009**

“En todo caso la sentencia no ha vulnerado ese principio porque valorando la prueba no entiende que se haya producido esa circunstancia de existir un daño desproporcionado por cuanto es jurisprudencia reiterada de esta Sala la que expresa que no resulta adecuada la invocación de la doctrina del daño desproporcionado a efectos probatorios, cuando la lesión padecida por la interesada como consecuencia de la intervención a que fue sometida constituye un riesgo propio de la misma en un porcentaje considerable, como informan los peritos, de modo que lo ocurrido no puede considerarse como un daño desproporcionado atendiendo a las características de la intervención que se practicó”. (FJ 4º).

**No resulta aplicable la doctrina del daño desproporcionado cuando existe actividad probatoria que llega a convencer a la Sala respecto a como se ha producido el resultado inesperado.**

**STS de 2 de noviembre de 2012, Rec. casación 772/2012**

“La reciente sentencia de esta Sala y Sección de 19 de septiembre de 2012 analiza esta doctrina y dice:

*A este fin hemos de recordar que la doctrina jurisprudencial "del daño o resultado desproporcionado", trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se*

*condensa, como señalábamos en nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2.011 (recurso de casación núm. 3.536/2.007), «en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción».*

En el presente caso, no resulta aplicable la misma puesto que existe actividad probatoria que llega a convencer a la Sala respecto a cómo se ha producido ese resultado inesperado, inusitado, especialmente tórpido de la patología previa del paciente. Esta valoración de la Sala determina que la doctrina del daño desproporcionado ya no entre en aplicación puesto si bien es cierto que nos encontramos ante un riesgo propio de la intervención, la misma se produce por una errónea ejecución -colocación del tornillo a nivel L3- y por tanto, existe causa técnica profesional explicable y coherente que convence a la instancia.

Tampoco resulta vulnerada o desconocida, por tanto, las sentencias que cita la parte recurrente respecto a esta doctrina trasladada desde la Jurisdicción civil a la contenciosa para analizar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" llegó a nuestra Jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal quien a partir de sentencias del año 1996, la utilizó como criterio de valoración e imputación de la responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurra además relación causal y que entre dentro de la esfera de actuación de éste, cabía deducir sin duda alguna que existía conducta negligente, y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta. Con posterioridad se fue afianzando -STS Sala Primera Civil de 8 de Mayo de 2003, sin perjuicio de momentos oscilantes y modulaciones. Y es que no cabía exclusivamente citar tal doctrina por el recurrente para deducir ya de por sí su aplicación por inversión de la carga de la prueba. Era necesario que por parte del demandado no se ofreciera y probara mediante prueba pericial de forma suficiente y fehaciente que el facultativo había tenido y seguido una actuación profesional acomodada a la "lex artis ad hoc". En el caso de

daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria ( STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008)

Por tanto, como vemos, no cabe acudir a la misma en este caso, ya que en virtud de la libre valoración de la prueba por el Tribunal de instancia se ha considerado acreditada la infracción de la "lex artis" como determinante -relación de causa efecto directa e inmediata- de las graves secuelas que presenta el recurrente. En el presente caso, hay un resultado desproporcionado entre la actividad médica inicial y el resultado producido, pero procede la apreciación de la responsabilidad patrimonial sanitaria porque es posible estimar probado el origen de ese daño como negligencia del facultativo, porque ha habido, en definitiva, una explicación y una justificación médica que permite considerar el daño como antijurídico.

Se desestima el motivo de casación”. (FJ 4º)

## ***1.6. Daño moral***

### **Daño moral derivado de la falta de consentimiento informado**

#### **STS de 24 de julio de 2012, Rec. casación 2040/2011**

“El motivo, denuncia valoración ilógica, irracional y arbitraria de la prueba, con inaplicación del artículo 348 LEC, por omitir datos suficientemente demostrados de constatada y notoria influencia en el pleito. Sin embargo, lo que combate la parte recurrente en el desarrollo del motivo no es la existencia, inexistencia o modo de ser de los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la responsabilidad patrimonial reclamada por la actora y rechazada por las recurridas, ni, tampoco, el juicio del Tribunal *a quo* por el que éste llega al convencimiento sobre la veracidad de los hechos de los que parte para la adopción de la decisión que adopta. La crítica que en el motivo que nos ocupa realiza la recurrente se refiere a las consecuencias indemnizatorias que han de derivarse de la falta de consentimiento informado del paciente, en cuanto que hecho considerado como probado en la instancia: la síntesis del motivo consiste en la afirmación de la actora de que si no se informó al paciente previamente al acto quirúrgico de los riesgos que el mismo entrañaba, tales riesgos, conforme a la jurisprudencia que cita, deben ser asumidos por el facultativo que incumplió su deber de información; afirmación que contrapone a la de la Sentencia de instancia, según la cual los daños y secuelas que resultaron tras la intervención quirúrgica no son antijurídicos, pues se derivan de una intervención quirúrgica conforme a *lex artis*, por lo que sólo ha

de indemnizarse el daño moral causado al paciente por la privación de su facultad de decidir en relación con la práctica de dicha intervención y no las secuelas que quedaron al recurrente tras la intervención.

Esta controversia en modo alguno guarda relación con la valoración de la prueba realizada en la instancia sino que se refiere a la interpretación de las consecuencias jurídicas que se derivan de la falta del consentimiento informado del paciente en los casos en que de una intervención quirúrgica, practicada conforme a *Lex artis* y sin tal consentimiento, resultan daños o secuelas para aquél. Lo que defiende aquí la recurrente es que la falta del consentimiento informado del paciente provoca un desplazamiento del riesgo y de la responsabilidad por todas las consecuencias dañosas de la intervención realizada a la Administración sanitaria responsable de la omisión, con independencia de que tales lesiones no puedan reputarse de antijurídicas por haberse practicado la intervención quirúrgica conforme a *Lex artis*; interpretación que opone a la que fundamenta la Sentencia recurrida, de acuerdo con la cual no existe relación de causalidad entre la falta de consentimiento informado del paciente y las lesiones padecidas por éste, por lo que, no pudiendo considerarse estas lesiones como un daño antijurídico al derivarse las mismas de una intervención quirúrgica conforme a *Lex artis*, el único daño antijurídico que cabe apreciar y compensar económicamente es el daño moral derivado de la falta de consentimiento informado del paciente.

Es, pues, la cuestión que en este se motivo se plantea una cuestión jurídica, que no cabe calificar, como la actora pretende, de error en la valoración de la prueba, en relación de cuál ha de ser el objeto de indemnización, y cuya correcta articulación como motivo de casación habría de ser, al amparo, también, del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que disciplinan la responsabilidad patrimonial de la Administración y de la jurisprudencia que las interpreta en la concreta cuestión a que el motivo se refiere.

Por lo demás, no siendo la cuestión planteada en este motivo de la extensión de los daños indemnizables una cuestión de error en la valoración de la prueba, sino jurídica, tampoco cabe hablar de error en la valoración económica del daño, como consecuencia del pretendido error en la determinación del objeto de indemnización, por lo que en modo alguno resulta procedente la pretendida integración de las lesiones sufridas por el paciente como consecuencia de la intervención quirúrgica y la cuantificación económica de la indemnización reparadora de las mismas dentro de los hechos admitidos como probados por la Sala *a quo*” (FJ 6º).

**Daño moral. Lucro cesante cuando existe un perjuicio efectivo como consecuencia de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes para atender al hijo nacido.**

**STS de 29 de junio de 2011, Rec. casación 3561/2007**

En este caso se interpuso reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración porque, realizados unos análisis genéticos para apreciar si el matrimonio era portador de determinada mutación, los mismos resultaron negativos. No obstante, habiéndose quedado embarazada la mujer, nació un hijo al que se diagnosticó la enfermedad (fibrosis quística).

“La existencia del menor y las limitaciones que al mismo condicionan no pueden imputarse a la actuación de la Administración. El niño nació afectado por la enfermedad, pero aún con el error diagnóstico en que incurrió la Administración, pudo haber nacido sano. Y esas limitaciones que se afirma suponen para él un daño moral no pueden tener esa consideración sino que constituyen aspectos de su existencia que le convierten en diferente, pero no por eso menos valioso para quienes le rodean y para la sociedad.

En modo alguno se prueba que el menor esté afectado por un daño moral, perjuicio dotado de una gran subjetividad, y que para ser indemnizado necesita de una prueba que denote o ponga de manifiesto no una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave, que no parece afecte al menor, que al no estar limitado intelectualmente, está en condiciones de integrarse socialmente con las limitaciones que ya se pusieron de relieve.

Como hemos declarado en la sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de cuatro de noviembre de dos mil ocho, recurso de casación número 4936/2004, "no hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida". Y desde luego en este supuesto ello no ofrece duda.” (FJ 3º). (...)

Y tampoco puede prosperar el segundo de los motivos por lo que acabamos de expresar, y que ahora completaremos. Indemnizado el daño moral lo que era ineludible, dada la relación de causalidad existente y reconocida por la Administración entre el error inicial de diagnóstico que acreditó que el varón era portador de la enfermedad pero no así su esposa, lo que permitía al matrimonio si así lo decidía, seguir teniendo descendencia porque los hijos que nacieran podían ser portadores de la enfermedad pero no desarrollarla, es lo cierto que al ser también la esposa portadora del gen el hijo

nacido poseía una probabilidad de un 25% de desarrollar la enfermedad lo que como quedó acreditado ocurrió.

Pues bien es obvio que cuando eso ocurre, y en función de la magnitud de la dedicación que requiera el hijo nacido, la familia se ve afectada por la necesidad de disponer de mayores medios económicos y sobre de todo de más disponibilidad para dedicarse ambos progenitores o uno de ellos a la atención que ese hijo requiere, ello debe ser indemnizado con independencia del daño moral que es lo que en este supuesto hizo la Sala como hemos expuesto más arriba.

En ese sentido puede verse la sentencia de esta Sala ya citada de 4 de noviembre de 2008, recurso de casación 4936/2004, que, a su vez, se remite a la de 28 de septiembre de 2000, y posteriores como las de 4 de noviembre de 2005, 30 de junio de 2006 y 16 de octubre de 2007 en las que en supuestos similares al presente se reconoce esa indemnización a modo de lucro cesante cuando existe un perjuicio efectivo como consecuencia de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes para atender al hijo nacido. Así lo expone la sentencia recurrida cuando afirma en el fundamento octavo que: "Asimismo, entiende la Sección que resulta innegable que, además del daño moral, ha visto aumentados los gastos derivados de la atención y el cuidado del menor, aumentando considerablemente la vigilancia del mismo hasta el punto de que se requiere la dedicación permanente de uno de los esposos o de un tercero por lo que la Sala acepta la indemnización solicitada en el apartado 4º del suplico de la demanda concretando la indemnización en la suma de 123.840 €". (FJ 4º)

**Resarcimiento del daño moral: falta de existencia de criterios objetivos para su valoración.**

**STS de 20 de febrero de 2012, Rec. casación 527/2010**

(Señaló el Tribunal Supremo que, en cuanto al resarcimiento del daño moral, en este caso no podía prosperar la revisión de la cuantía indemnizatoria, por los siguientes razonamientos):

“Siguiendo con la doctrina de esta Sala hemos de citar la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/09, (con cita de otras anteriores) sobre que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben



ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso. No hay baremo alguno al respecto.

También en la Sentencia de esta Sala y Sección de 31 de mayo de 2010, recurso de casación 3353/2088 hacíamos referencia a otra anterior de fecha 2 de marzo de 2005 citada en la Sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 314/2002, Sección Sexta, para insistir en que la cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional, pues constituye una cuestión de hecho (Sentencia de 17 de noviembre de 2009, recurso de casación 2534/2005, Sección Sexta). O, en términos de la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 14 de mayo de 2010, recurso de casación 650/2006, con mención de otras anteriores, no es revisable en sede casacional siempre que el Tribunal de instancia hubiere observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad de su compensación. La antedicha sentencia invoca otra precedente, la de 22 de octubre de 2001, acerca de que al Tribunal de casación aunque tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía no le está permitido corregir la evaluación que hubiese hecho el Tribunal sentenciador si respetó la razonabilidad y la ponderación en atención a los hechos declarados probados.

Avanzando más hemos de subrayar que la Sentencia de 23 de marzo de 2010, de esta Sala, Sección Sexta, recurso de casación 4925/2005, (con cita de otras anteriores) declara que solo cabe la revisión de la cuantía de las indemnizaciones cuando vulnere preceptos sobre valoración de la prueba tasada o cuando la valoración de la Sala resulte irracional o ilógica.

La revisión solo es posible cuando la cuantía es desproporcionada y arbitraria en razón de las circunstancias concurrentes tal como pone de relieve, con invocación de otras sentencias anteriores, la Sentencia de 29 de septiembre de 2010, recurso de casación 857/2008, Sección Cuarta, al apreciar la existencia de un acto imprudente de la perjudicada (ingestión de cuchara que se aloja en estomago) para reducir la cuantía. O la Sentencia de 16 de marzo de 2010, recurso de casación 5528/2005, Sección Sexta, que la incrementa (diagnóstico médico erróneo de un hombre relativamente joven que quedó permanentemente incapacitado para una vida normal) al ser manifiestamente baja por debajo del límite mínimo de lo razonable atendiendo al criterio indemnizatorio usualmente seguido por la Sala en supuestos similares sin necesidad de atender a los baremos recogidos en las normas sobre seguros en razón de que no son vinculantes y solo tienen un carácter orientador.” (FJ 6º)

**Indemnización del daño moral: no sólo es indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado de determinada enfermedad.**

**STS de 20 de marzo de 2012, Rec. casación 4165/2010**

“La Jurisprudencia de la Sala referida a la indemnización del daño en casos como el presente se encuentra ya perfectamente consolidada a partir de la sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil, que después se ha seguido en otras citadas ampliamente por la recurrente en su recurso de casación, como es la de cuatro de noviembre de dos mil ocho y la de dieciséis de junio de dos mil diez, a la que debemos añadir la de veintisiete de octubre de dos mil diez, recurso 4798/2007. Hemos claramente establecido que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño -artículo 141. 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En aquellas dos primeras sentencias, referidas a supuestos de nacimientos con síndrome de Down, concluimos afirmando que además del daño moral "procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización". Y que " los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida "

En el presente caso, atendiendo a la prueba practicada y analizando los conceptos reclamados procede mantener la partida reconocida en la sentencia

correspondiente al daño moral al entorno familiar de OCHENTA MIL EUROS (80.000 EUROS) y para el menor Alejandro, entendiéndose que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades, se reconoce la partida de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros) por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. Estas cantidades se consideran actualizadas a fecha de esta sentencia, sin que por tanto proceda reconocer intereses más que los previstos legalmente 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción.” (FJ 4º).

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 28 de marzo de 2012, RCA 2362/2011.*

### ***1.7. Reparación del daño: indemnización***

#### ***A) Reparación integral***

**La cuantificación de la indemnización es cuestión de hecho no revisable en casación.**

#### **STS de 10 de julio de 2012, Rec. casación 993/2010**

“Respecto de la cuantía hemos señalado en nuestra sentencia de fecha 20 de marzo de 2012, recurso 2757/2010:

<<Pues bien, debemos comenzar afirmando que es reiterada la doctrina de nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de quince de noviembre de dos mil dos, catorce de abril y dieciséis de mayo de dos mil tres y dos de marzo de dos mil cuatro, que la cuantificación de la indemnización es una cuestión de hecho que corresponde fijar al Tribunal de instancia y por lo tanto, sólo podría tener acceso a la casación esta controversia en la forma en que los hechos declarados como probados por la sentencia impugnada sean combatidos a través de la invocación de normas o jurisprudencia sobre la apreciación de las pruebas, o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contraria a la lógica, irracional o arbitraria. Así lo hemos afirmado en nuestra sentencia de 21 de mayo de 2010>>”. (FJ 6º).

#### **STS de 18 de junio de 2012, Rec. casación 676/2011**

“... Podemos recordar las sentencias de esta Sala y Sección, referidas al acceso a este recurso extraordinario de casación de las cuestiones referidas a la disconformidad

con la cuantía de la indemnización reconocidas en supuestos de responsabilidad patrimonial, de veinte de febrero de dos mil doce, recurso de casación 4165/2010 y la veintiuno de octubre de dos mil once, recurso de casación 4161/2009, en la que decimos: (...)

*En el presente caso, todos los motivos articulados por la recurrente se dirigen a un objetivo común, cuál es el de cuestionar a través de este recurso extraordinario la falta de justificación y argumentación de la cuantía de la indemnización recogida en sentencia por ser la misma carente de todo tipo de sustento explicativo así como tampoco adaptarse a la situación fáctica planteada. Por tanto, es posible analizar conjuntamente, por su evidente interrelación, si la sentencia de instancia se encuentra suficientemente motivada en cuanto a la justificación y argumentación de la pretensión indemnizatoria acogida y si la misma supone una evidente y palmaria desproporción con el daño que se declara sufrido por las recurrentes, teniendo en cuenta la naturaleza del reclamado "daño moral" según se configura en nuestra jurisprudencia. Esta posibilidad de análisis conjunto se ha acogido también por la sentencia de esta Sala, Sección 6ª, de fecha cuatro de febrero de dos mil once, recurso de casación 3696/2006, en otro supuesto de responsabilidad patrimonial en el que se discutía el "quantum indemnizatorio" y su fundamentación."*

Así las cosas, y dentro del parámetro de la exteriorización de las razones que han determinado al Tribunal de instancia la cuantificación de la indemnización correspondiente al caso, se evidencia de que a pesar de que la explicación sea breve y concisa, se justifica la razón por la que se reduce relevantemente la pretensión indemnizatoria que mantiene la recurrente: falta de prueba de la "situación actual, sus secuelas y alcance de las mismas", y que determina que la cuantía reconocida no pueda ser superior a tal límite que aprecia ponderadamente. No debemos olvidar que la fijación de la cuantía de la indemnización es una cuestión de hecho que corresponde al Tribunal de instancia que se encuentra revestida de unos tintes de subjetividad, que no arbitrariedad, que no pueden ni deben ser sustituidos por este Tribunal bajo la premisa de considerarlo como una nueva instancia judicial superior y revisora. También es necesario hacer referencia, como así también lo tuvimos en cuenta en nuestra sentencia de diecinueve de octubre de dos mil once, recurso de casación 5893/2006, que en el presente caso interfieren rasgos relevantes de incertidumbre, en relación con la "pérdida de oportunidad" de que una actuación precoz, hubiera evitado totalmente o no un resultado secuelar, por lo que la carga de la prueba de la recurrente respecto a su estado actual adquiere mayor relevancia. El hecho de que la sentencia haya procedido a la cuantificación de la indemnización procedente de forma alzada no convierte a la misma en carente de motivación si ponemos en relación la justificación de la misma en la

insuficiente prueba existente respecto al estado actual de la recurrente, que motiva en el Tribunal una duda respecto a la entidad del daño a pesar de considerar acreditada cumplidamente la realidad de una mala praxis ad hoc.” (FJ 4º).

### **Reparación integral de los daños.**

#### **STS de 3 de mayo de 2012, Rec. casación 2441/2010**

“(…) La jurisprudencia de este Tribunal, que la recurrente demuestra conocer, reitera unas afirmaciones que pueden sintetizarse en los siguientes términos: A) Ciertamente es que ha de proclamarse el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados (sentencias de 14 y 22 de mayo de 1993, 22 y 29 de enero y 2 de julio de 1994, 11 y 23 de febrero y 9 de mayo de 1995, 6 de febrero y 12 de noviembre de 1996, 24 de enero, 19 de abril y 31 de mayo de 1997, 14 de febrero, 14 de marzo, 10 y 28 de noviembre de 1998, 13 y 20 de febrero, 13 y 29 de marzo, 12 y 26 de junio, 17 y 24 de julio, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 5 de febrero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 2000, 27 de octubre y 31 de diciembre de 2001, o, más recientemente, la de 9 de junio de 2009, etc., etc.). B) Ahora bien (por todas, sentencias de 25 de Septiembre y 9 de Octubre de 2.001, o las más recientes de 2 de marzo, 9 de junio y 3 de julio de 2009), la determinación del "quantum" indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en tanto no se demuestre su irracionalidad o la infracción de las normas o principios que regulan la valoración de los medios probatorios. C) Asimismo, en materia de indemnización de daños morales se declara (sentencias, entre otras, de 20 de julio de 1996, 5 de febrero de 2000, 7 de julio y 22 de octubre de 2001, etc., etc.) que la fijación de la cuantía de la indemnización por tal concepto, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal "a quo", sin que sea revisable en casación siempre que éste haya observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación. Y D) Se afirma incluso (así por ejemplo en las sentencias de 22 de octubre de 2001 y 4 de febrero de 2005) que «aunque el Tribunal de Casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de instancia». En definitiva, la valoración del daño, determinante de la cuantía indemnizatoria, es una cuestión de hecho, no susceptible de impugnación en casación salvo que se denuncie y acredite la infracción de las normas que disciplinan la

valoración de pruebas tasadas o se constate que las inferencias obtenidas por el órgano "a quo" resultan ilógicas o irrazonables y que, por consiguiente, constituyen manifestación de un uso arbitrario de la potestad jurisdiccional, prohibida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución (así, entre otras muchas, las sentencias ya citadas de 2 de marzo, 9 de junio y 3 de julio de 2009, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 8080/2004, 1822/2005 y 334/2005, así como las que éstas mencionan).

### **STS de 10 de octubre de 2011, Rec. casación 3056/2008**

“Planteado el debate en el tema relativo a la discrepancia en cuanto a la cuantía de la indemnización reconocida por la sentencia de instancia, debemos traer al presente asunto la reciente sentencia de esta Sección de veintiuno de junio de dos mil once, recurso de casación 2036/2007:

*"NOVENO.- El principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración comprende todos los daños alegados y probados sufridos por el perjudicado, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral.*

*El daño material y efectivo ha de justificarlo quien reclama ( STS 29 de mayo de 2007, Rec. casación 8158/2003, Sección Sexta ).*

*No ofrece duda la compatibilidad con otras formas de resarcimiento pero sin hacer por ello abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías (STS 12 junio de 2007, Rec. casación 9603/2003 y las allí citadas).*

*Recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/09, (con cita de otras anteriores) que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.*

*No debe olvidarse que, como dice la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 17 de noviembre de 2009, recurso de casación 2543/2005, constituye una cuestión de hecho no revisable en sede casacional.*

*Y como expresa la Sentencia de 23 de marzo de 2010, de esta Sala, Sección Sexta, recurso de casación 4925/2005, (con cita de otras anteriores) solo cabrá la*

*revisión de la cuantía de las indemnizaciones cuando vulnere preceptos sobre la prueba tasada o cuando la valoración de la Sala resulte irracional o ilógica.*

*En la Sentencia de esta Sala y Sección de 31 de mayo de 2010, recurso de casación 3353/2088 hacíamos mención a otra anterior de fecha 2 de marzo de 2005 citada en la sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 314/2002, Sección Sexta, para insistir en que la cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional. O, en términos de la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 14 de mayo de 2010, recurso de casación 650/2006, con cita también de otras anteriores, no es revisable en sede casacional siempre que el Tribunal de instancia hubiere observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad de su compensación. La antedicha sentencia recuerda otra anterior, la de 22 de octubre de 2001, acerca de que al Tribunal de casación aunque tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía no le está permitido corregir la evaluación que hubiese hecho el Tribunal sentenciador si respetó la razonabilidad y la ponderación en atención a los hechos declarados probados."*

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 16 de mayo de 2012, RCA 1777/2010 (FJ.3º).*

**Carácter orientativo de los baremos de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor para la fijación de la cuantía indemnizatoria.**

**STS de 3 de mayo de 2012, Rec. casación 2441/2010**

“... Ese sistema de valoración del daño que reputa infringido tiene carácter meramente orientativo, no vinculante para los tribunales de este orden jurisdiccional a la hora de calcular la indemnización debida por título de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, regida por el principio de indemnidad plena o de reparación integral (sentencia, entre otras, de 23 de diciembre de 2009, dictada en el recurso de casación 1364/2008). De otro, porque la cuantía de la indemnización fijada en las sentencias de instancia sólo es susceptible de ser controlada en casación cuando resulta ilógica o arbitraria (sentencias, por ejemplo, de 25 de marzo de 2004, 27 de marzo y 10 de mayo de 2007, y 9 y 22 de febrero de 2011, esta última dictada en el recurso de casación 669/2009). Y, en fin, porque esos vicios no pueden ser predicados de la que fija la sentencia recurrida, que acepta también en este particular lo afirmado en aquella prueba pericial, en la que se lee que la niña sufrirá de por vida "un perjuicio funcional muy intenso, conjuntamente con un perjuicio estético", y que limita o ciñe la

indemnización, literalmente, a "la cantidad de 200.000 euros, que representa el valor al momento de dictarse esta resolución, y por tanto actualizada a este momento, incluidos los intereses legales y por todos los conceptos, de los daños y perjuicios reclamados". (FJ 5°).

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 16 de mayo de 2012, RCA 1777/2010 (FJ.3°).*

**Falta de análisis por la sentencia de instancia de todas las partidas indemnizatorias reclamadas: no supone incongruencia**

**STS de 10 de abril de 2012, Rec. casación 68/2010**

“... El hecho de que en la sentencia no se analicen las diversas partidas indemnizatorias reclamadas no la convierte en incongruente o carente de motivación porque ha de analizarse si en el presente caso concurren los requisitos que hagan nacer la responsabilidad de la Administración. No existe arbitrariedad en la conclusión jurídica sostenida por cuanto la misma aparece fundamentada en unos hechos que estima probados y respecto de los que el recurrente se encuentra de acuerdo pero que considera que integran la responsabilidad que pretende. El recurrente conoce y entiende la razón de decidir de la sentencia y de tal manera la combate, rebatiendo las conclusiones de la sentencia para sustentar una distinta y acorde con sus intereses. Pero ello no afecta a la motivación ni a la incongruencia de la sentencia sino que pertenece a la esfera del desacuerdo y disconformidad con la solución dada al caso” (FJ 5°).

**B) Intereses**

**Doctrina de la Sala sobre la aplicación del artículo 20 Ley del Contrato del Seguro.**

**STS de 4 de julio de 2012, Rec. casación 2724/2011**

“La cuestión en el presente recurso es muy concreta y se centra en la procedencia de la aplicación de los intereses moratorios especiales previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, a los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, en los que se ha producido una decisión judicial que declara la concurrencia de los requisitos para determinar la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial (artículo 139 y ss LRJAP y PAC). E incluso son más relevantes los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, donde su especialidad y la aplicación al caso concreto de las características de "obligación de



medios" y no de "resultados" adquiere unos tintes de complejidad añadidos. Esta cuestión habrá de determinar el análisis conjunto de ambos motivos planteados por la recurrente por su evidente interrelación.

La sentencia de instancia considera que debe condenarse a satisfacer sobre el principal los intereses moratorios especiales a la aseguradora ya que no existe "razón bastante para eximirla del pago de dicha deuda" atendido a tanto a su intervención en el expediente como a que pudo afianzar o pagar la deuda.

La postura de este Tribunal está clara al efecto, y plenamente consolidada, por las sentencias que se citan por la recurrente y otras muchas que se han ido produciendo, como es la reciente de veintinueve de marzo de dos mil once (recurso de casación 2794/2009), que si bien se dicta en el ámbito de un accidente de tráfico, recoge afirmaciones indudablemente aplicables al presente caso:

*"La doctrina reflejada en la sentencia que el motivo invoca, dictada el 10 de octubre de 2008 por la Sala Primera de este Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 1445/2003, no pone de relieve tampoco la errónea interpretación por la Sala de instancia de aquel art. 20.8, pues se dice en el párrafo tercero del fundamento de derecho segundo de aquélla que " en la aplicación del precepto invocado, la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de 11 de noviembre y de 21 de diciembre de 2007 ) ha destacado la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora, y precisando que la norma se dirige a atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización. Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización; razonabilidad que cabe apreciar, con carácter general, en los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay incertidumbre sobre el importe de la indemnización, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada ( Sentencia de 21 de diciembre de 2007 ) "*

Así decíamos en la sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Rec. Cas. 1364/2008):  
*"Sin embargo, esa razón justifica la no condena al pago de aquellos intereses sólo*

*mientras ha estado pendiente una situación de incertidumbre sobre la existencia del derecho pretendido. Desaparecida esa incertidumbre con esta sentencia, deberá regir aquel precepto, entendiendo, en aplicación de lo que dispone su núm. 3, que la aseguradora incurre en mora si transcurre el plazo de tres meses desde su notificación sin que se haya cumplido la obligación de pago de la indemnización que fijamos, a cuyo abono, con carácter solidario con la Administración, la condenamos. Es este matiz o criterio, con preferencia a otro distinto que pudiera extraerse de la sentencia que acabamos de citar, el que entendemos más acomodado a la finalidad o razón de ser de aquel art. 20, pues una vez declarado el derecho a una indemnización asegurada, entran en juego las distintas posiciones jurídicas que el ordenamiento predica para el asegurado y para el asegurador; entre ellas, la concerniente a los intereses debidos."*

Procede la estimación de los motivos planteados, casar el fundamento jurídico noveno, apreciando la infracción de la Jurisprudencia de esta Sala en la interpretación del artículo 20.8 de la Ley 50/1980 y casar la sentencia en el apartado exclusivo a la condena a los citados intereses a la aseguradora." (FJ 4º)

### C) Reparación del daño moral: doctrina general

**La cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional.**

#### **STS de 10/10/2011, Rec. casación 3056/2008**

“Planteado el debate en el tema relativo a la discrepancia en cuanto a la cuantía de la indemnización reconocida por la sentencia de instancia, debemos traer al presente asunto la reciente sentencia de esta Sección de veintiuno de junio de dos mil once, recurso de casación 2036/2007: (...)

*En la Sentencia de esta Sala y Sección de 31 de mayo de 2010, recurso de casación 3353/2088 hacíamos mención a otra anterior de fecha 2 de marzo de 2005 citada en la sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 314/2002, Sección Sexta, para insistir en que la cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional. O, en términos de la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 14 de mayo de 2010, recurso de casación 650/2006, con cita también de otras anteriores, no es revisable en sede casacional siempre que el Tribunal de instancia hubiere observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad de su compensación. La antedicha sentencia recuerda otra anterior, la de 22 de octubre de 2001, acerca de que al Tribunal de casación aunque tenga un*

*criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía no le está permitido corregir la evaluación que hubiese hecho el Tribunal sentenciador si respetó la razonabilidad y la ponderación en atención a los hechos declarados probados."*

Así las cosas, por el hecho de que la indemnización reconocida por sentencia no haya sido la pretendida por la parte recurrente no convierte en errónea, arbitraria o irracional la valoración de la prueba efectuada teniendo en cuenta diversos parámetros concurrentes en el presente caso y que se sustentan en la consideración de una prueba pericial ratificada a presencia judicial y sometida a contradicción. La sentencia de instancia formula una lectura e interpretación de la pericial judicial acorde a los extremos técnicos que se plantearon por las partes y que resultaron admitidos. No es posible introducir nuevas lecturas parciales y descontextualizadas del dictamen pericial para reconducir la conclusión jurídica de la instancia. El marco en el que se mueve el recurso de casación, como medio extraordinario, impide realizar un examen como si de una nueva instancia se tratara irrumpiendo en la potestad exclusiva del Tribunal de instancia de valorar la prueba pertinente y útil." (FJ 4º).

#### **STS de 20 de febrero de 2012, Rec. casación 527/2010**

También en la Sentencia de esta Sala y Sección de 31 de mayo de 2010, recurso de casación 3353/2088 hacíamos referencia a otra anterior de fecha 2 de marzo de 2005 citada en la Sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 314/2002, Sección Sexta, para insistir en que la cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional, pues constituye una cuestión de hecho (Sentencia de 17 de noviembre de 2009, recurso de casación 2534/2005, Sección Sexta). O, en términos de la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 14 de mayo de 2010, recurso de casación 650/2006, con mención de otras anteriores, no es revisable en sede casacional siempre que el Tribunal de instancia hubiere observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad de su compensación. La antedicha sentencia invoca otra precedente, la de 22 de octubre de 2001, acerca de que al Tribunal de casación aunque tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía no le está permitido corregir la evaluación que hubiese hecho el Tribunal sentenciador si respetó la razonabilidad y la ponderación en atención a los hechos declarados probados.

Avanzando más hemos de subrayar que la Sentencia de 23 de marzo de 2010, de esta Sala, Sección Sexta, recurso de casación 4925/2005, (con cita de otras anteriores) declara que solo cabe la revisión de la cuantía de las indemnizaciones cuando vulnere

preceptos sobre valoración de la prueba tasada o cuando la valoración de la Sala resulte irracional o ilógica.

La revisión solo es posible cuando la cuantía es desproporcionada y arbitraria en razón de las circunstancias concurrentes tal como pone de relieve, con invocación de otras sentencias anteriores, la Sentencia de 29 de septiembre de 2010, recurso de casación 857/2008, Sección Cuarta, al apreciar la existencia de un acto imprudente de la perjudicada (ingestión de cuchara que se aloja en estomago) para reducir la cuantía. O la Sentencia de 16 de marzo de 2010, recurso de casación 5528/2005, Sección Sexta, que la incrementa (diagnóstico médico erróneo de un hombre relativamente joven que quedó permanentemente incapacitado para una vida normal) al ser manifiestamente baja por debajo del límite mínimo de lo razonable atendiendo al criterio indemnizatorio usualmente seguido por la Sala en supuestos similares sin necesidad de atender a los baremos recogidos en las normas sobre seguros en razón de que no son vinculantes y solo tienen un carácter orientador” (FJ 6º).

## **2) Relación de causalidad**

### ***2.1. En general***

#### **Apreciación del nexa causal en casación.**

#### **STS de 5 de junio de 2012, Rec. casación 2241/2011**

“... Aunque la apreciación del nexa causal entre la actuación administrativa y el resultado producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión revisable en casación, tal ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido debidamente combatidos por haberse infringido normas o jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o haber procedido de manera ilógica, irracional o arbitraria; extremos que, pese lo que sostiene el recurso, no concurren en la sentencia que enjuiciamos, que valora conjuntamente la prueba a tenor de la existencia documentada del consentimiento informado, el informe del médico inspector de la Dirección Territorial de Sanidad de Valencia y el informe de los Doctores Carreño y López, respectivamente especialistas en medicina interna-neumología y en anestesia-reanimación, de cuyo suma deduce la sentencia que aquella reacción fue del todo imprevisible e inevitable, sin relación con la técnica anestésica empleada, que en todo caso fue “exquisita”, como que igualmente el enfoque y tratamiento de la parada cardiorrespiratoria fue conforme a la “lex artis ad hoc”; razonamiento que no deviene irrazonable o erróneo por el lamentable suceso que en el

caso se haya materializado aquella rara reacción, ni sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia por la reputada por sí más acertada por los recurrentes, en que se sustenta la infracción en el supuesto del régimen de la responsabilidad patrimonial" (FJ 3º).

### **Apreciación del nexo causal en casación. Carga de la prueba del nexo causal.**

#### **STS de 10 de noviembre de 2011, Rec. casación 3919/2009**

En este punto conviene recordar la jurisprudencia que afirma (entre otras, en sentencias de 19 de junio de 2007 y 9 de diciembre de 2008, dictadas en los recursos de casación números 10231/2003 y 6580/2004, respectivamente) que la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración. Y la que añade (así en esa misma sentencia de 19 de junio de 2007, o en parecidos términos en la de 15 de enero de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 8803/2003) que "es doctrina legal, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de 11 de julio de 1.995, 7 de octubre de 1.995, 10 de enero de 1996, 22 de noviembre de 1.997, 14 de marzo de 1998, 13 de febrero, 13 de marzo, 29 de marzo, 6 de abril y 24 de mayo de 1999, que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria (Sentencias de 10 de octubre y 7 de noviembre de 1.995, 27 de julio, 24 de septiembre y 30 de diciembre de 1.996, 20 de enero, 23 de junio y 16 de diciembre de 1.998, 23 y 30 de enero, 27 de febrero, 13 de marzo, 6 de abril y 24 de mayo de 1999)" (FJ 3º).

**Supuesto en que se acreditó la existencia de relación causal entre el suministro de una vacuna y el padecimiento del síndrome de Guillain-Barré. El supuesto se manifiesta como una carga social que el interesado no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual sino que debe de ser compartida por el conjunto de la sociedad.**

#### **STS de 9 de octubre de 2012, Rec. casación 6878/2010**

“De esta manera, la sentencia tiene como hechos acreditados que la reacción y el grave padecimiento de don Juan José tienen relación causal con la administración de la vacuna contra la gripe, y a los que integramos que ello fue en el curso de la campaña anual promovida y favorecida por la Administración sanitaria, sin estar incluido en ningún factor de riesgo, en prevención de su posible extensión a terceros por razón de su trabajo y posterior absentismo laboral.

Establecido lo anterior, podemos concluir que el daño causado no dimana de la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en el momento; y que, igualmente, se acomodó a la “lex artis” en lo que demandaba el derecho de información del paciente. Ahora bien, es igualmente cierto que la obligación de soportar el daño sufrido no puede imputarse al perjudicado cuando éste no tiene el deber jurídico de soportar el riesgo que objetivamente debe asumir la sociedad en virtud del principio de solidaridad, como sucede en el particular y concreto supuesto que nos ocupa, difícilmente repetible fuera de su excepcionalidad, en el que se ha concretado en el reclamante un riesgo altamente infrecuente, pero de previsible aparición en el amplio ámbito de las campañas generales de vacunación, considerando además, según nos recuerda el informe del doctor Oromí, que éstas persiguen objetivos no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral, y que una información excesiva de los riesgos de la vacunación sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna; factores estos que justifican que los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsible y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de la implantación de esta política de salud pública, sean soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de beneficios y cargas.

En otros términos, fuera en este caso el desorden neurológico del recurrente, o bien la plasmación de un riesgo propio del medicamento o una excepcional reacción autoinmune a la vacuna, lo relevante es que la sentencia tuvo por acreditada la relación causal entre el Síndrome de Guillain-Barré y la previa vacunación, por lo que el supuesto se manifiesta como una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanen de la programación de las campañas de vacunación dirigidas a toda la población, con las excepciones conocidas, y

de modo especial a los distintos grupos de riesgos perfectamente caracterizados, pero de las que se beneficia en su conjunto toda la sociedad.

En consecuencia se estima el primero de los motivos que invoca como infringido el artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, en cuanto que el recurrente no tiene el deber jurídico de soportar el daño acreditado que experimentó como consecuencia del acto de la vacunación, antigripal en 2.002 y que conllevó que el mismo quedase afectado por el síndrome Guillain-Barré con las graves consecuencias que conocemos, así como el motivo tercero en cuanto a la parcial integración de hechos”. (FJ 6º)

## ***2.2. Ruptura del nexo causal: intervención del paciente y fuerza mayor***

**Se produce la ruptura del nexo causal si el paciente se niega a someterse a determinados tratamientos,**

**STS de 4 de Junio de 2010 (Rec. 3038/2008)**

“Queda patente que de haber seguido las recomendaciones para descartar unas determinadas dolencias se hubieran podido realizar pruebas que diagnosticaran la enfermedad realmente padecida que incidió en las consecuencias derivadas de la intervención quirúrgica. Tal conducta rompe el nexo causal por lo que se estima el motivo”

**Resultado lesivo producido como consecuencia de factor imprevisible.**

**STS de 15 de junio de 2011, Rec. casación 2556/2007**

(En este caso, se dedujo demanda de responsabilidad patrimonial por los daños causados de la esposa del demandante que, tras una intervención quirúrgica sufrió dos accidentes vasculares cerebrales que le provocaron un coma profundo del cual restó una tetraparesia espástica severa, siendo dependiente para las actividades de la vida diaria. La Sala de instancia consideró que el riesgo de padecer un accidente vascular por trombosis, aun infrecuente desde el punto de vista estadístico, se colegía de la propia técnica de cirugía extracorpórea utilizada. No obstante, se reconoció el derecho al cobro de una indemnización por la situación provocada por la falta de información –imputable a la Administración sanitaria- del riesgo existente, con independencia del resultado producido).

“Si bien las Administraciones públicas a tenor del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, deben indemnizar a los particulares por toda lesión que sufran en cualquiera de

sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, la recta comprensión del precepto cuando el servicio funciona con arreglo a los estándares establecidos, o, en el supuesto de la Administración sanitaria, de conformidad con la *lex artis*, no puede llevarse al extremo de considerar que debe responder en todo caso, de ahí que el artículo 141.1 en la reforma de 1999 introdujese la no indemnización de aquellos perjuicios que deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Este es el supuesto que contemplamos, y así lo entendió la sentencia de instancia que debe confirmarse. Y ello por que el resultado lesivo que soporta la persona en cuyo nombre se reclama, no es consecuencia de un comportamiento de la Administración, en definitiva de un funcionamiento normal o anormal del servicio sino de un curso evolutivo de la paciente infrecuente y por ello imprevisible.” (FJ 5º).

### ***2.3. Principio de facilidad de la prueba***

**Corresponde acreditar la infracción de la *lex artis* a quien tenga la disponibilidad y facilidad probatoria.**

**STS de 14 de junio de 2011, Rec. casación 2371/2007**

“... Nuestra jurisprudencia y después el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducen al fijar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, una en la que se ordena que el juzgador tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio; lo cual comporta, en un caso como el de autos, que sea obligado y lógico trasladar a la Administración sanitaria la carga de acreditar más allá de toda duda razonable que el tratamiento prestado al proceso de infección fue el ajustado a la *lex artis* y que entre ese proceso y los daños cerebrales no existe relación causal, pues es ella, y no el actor, quien goza en mayor medida, y de un modo muy acusado, de esa disponibilidad y facilidad probatoria.

En esta línea, por expresar la idea de moderación en el ámbito sanitario de la exigencia de prueba del nexo causal en aplicación de aquella regla de la facilidad probatoria, es oportuna la cita de nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 6580/2004, pues en ella, después de reflejar lo que es regla general, expresando que *"constituye jurisprudencia consolidada que la prueba de*



*la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, o como dice la sentencia de 18 de octubre de 2005, la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración por lo que no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa; en el mismo sentido la sentencia de 7 de septiembre de 2005, entre otras muchas"; añade, después de ello, repetimos, que "en materia de prestación sanitaria se modera tal exigencia de prueba del nexo causal en aplicación del principio de facilidad de la prueba, a que alude la jurisprudencia (Ss. 20-9-2005, 4-7-2007, 2-11-2007), en el sentido que la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica, principio que, como señala la citada sentencia de 4 de julio de 2007, obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica" (FJ 3º).*

#### **STS de 27 de septiembre de 2011, Rec. casación 4149/2007**

“También es relevante mencionar la reciente Sentencia de esta Sala y Sección de 16 de febrero de 2011, recurso de casación 3747/2009 que alude a la Sentencia de 7 de julio de 2008, recuso de casación 4776/04, con cita de otras anteriores (FJ 4º) en la que se insiste en que acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible, pues, como se decía en la Sentencia de 7 de julio de 2008, todos los técnicos admiten, la introducción del accidentado en una cámara hiperbárica no asegura su total restablecimiento. Se recalca que probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible.

Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones

públicas Sentencias de 25 de abril de 2007, casación 273/03, FJ 3º y 2º de noviembre de 2007, casación 9309/03, FJ 4º.

Invoca la recurrente el contenido de la Sentencia de 26 de noviembre de 2004, recurso de casación 280/2001, Sección Sexta, acerca de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba y la inexigencia a la parte recurrente de la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho.

Mas aquí no se trata de la probanza de un hecho negativo como pretende la parte recurrente.

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 29 de noviembre de 2011, RCA 5358/2009; STS de 26 de marzo de 2012, RCA 3531/2010.*

**La inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria se produce cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas. Este principio no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada ni supone resolver en contra de aquélla toda incertidumbre sobre el origen de la lesión.**

#### **STS de 20 de noviembre de 2012, Rec. casación 4891/2011**

“En relación con esta última idea -correlativa a la denuncia de infracción de las normas de la carga de la prueba por inaplicación del principio de la facilidad probatoria- no está de más hacer unas precisiones generales sobre este principio, hoy consagrado en el artículo 217.7 LEC (tras la reenumeración producida por la LO 3/2.007, de 22 de marzo):

A) La primera, que, en general, la inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria se produce y juega cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas, esto es, cuando faltan en el proceso informes o documentos existentes y que sólo ella podía aportar, como por ejemplo la historia clínica (sentencias de 2 de enero de 2012, recurso de casación 3.156/2.010, y 2 de noviembre de 2.007, recurso de casación 9.309/2.003) o las ecografías que debían ser examinadas por los peritos para comprobar si los médicos que las realizaron actuaron correctamente (caso de la reciente sentencia de 2 de octubre de 2.012, recurso de casación 4.855/2.011). Por eso es importante la afirmación que hace la sentencia de instancia, a la vista del informe del jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Santa Cristina, de que no existía el vídeo de la

ecografía, no contradicha por la parte aquí recurrente. Si ese vídeo existiese y no se hubiese aportado sí entraría claramente en juego aquel principio de la disponibilidad probatoria. Pero no es el caso.

B) Por otra parte, la simple falta de aportación de pruebas -de producirse, que no es el caso, debemos insistir en ello- no conlleva sin más la automática declaración de responsabilidad de la Administración. Si a pesar de faltar esos documentos el Tribunal puede formar su convicción por otros medios y llegar a la conclusión de que se ha actuado conforme a la "lex artis" entonces no tiene por qué declarar aquella responsabilidad (en este sentido, por ejemplo, sentencia de 23 de octubre de 2.007, recurso de casación 2.529/2.003). Y es que, como razona la sentencia de 22 de noviembre de 2.011, dictada en el recurso de casación 4.823/2.009, las reglas de distribución de la carga de la prueba solamente entran en juego cuando el juzgador, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, considera dudosos hechos relevantes para la decisión (artículo 217.1 de la LEC).

C) Por último, es necesario dejar claro que el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda incertidumbre sobre el origen de la lesión, que es lo que en última instancia pretende la aquí recurrente. Ello supondría desconocer la naturaleza de la ciencia médica como ciencia inexacta y la obligación de asistencia sanitaria de la Administración como una obligación de medios, que no de resultados. Así lo explica, con toda claridad, la sentencia de 10 de julio de 2.012 (recurso de casación 3.243/2.010), que dice:

*"Es cierta, por supuesto, la obligada inversión de la carga de la prueba, pues es la Administración sanitaria, no el paciente, la que dispone con mayor facilidad de los elementos de juicio idóneos para aproximarse a una conclusión razonable sobre la causa de la lesión.*

*Pero ello no supone que toda incertidumbre sobre esa causa, incluso cuando la lesión, como es el caso, se objetiva mientras el paciente permanece en el centro hospitalario, deba resolverse en perjuicio de la Administración sanitaria, proclamando su responsabilidad patrimonial.*

*Conforme a reiterada jurisprudencia sobradamente conocida, sustentada ya en su inicio en la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano, y, también, en la actualidad, en la previsión normativa del art. 141.1 de la Ley 30/1992, en el que se dispone que "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o*

*circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos", la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños originados en o por las actuaciones del Sistema Sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada "lex artis". O lo que es igual, que tales actuaciones no se ajustaron a las que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta. Hay ahí, por tanto, o no deja de haber, la constatación de la inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada "medicina curativa".*

*A tal jurisprudencia no se adecua el criterio tan general o sin más matices que defiende la parte actora en este recurso de casación, pues si la concurrencia de aquella doble circunstancia fuera por sí suficiente para afirmar la responsabilidad de la Administración sanitaria, se olvidarían en realidad aquellas limitaciones de la ciencia médica, que pueden justificar ciertamente el desconocimiento real de la causa de una lesión en concreto.*

*En consecuencia, algo más debe ser exigible para despejar la incertidumbre en contra de quién, como la Administración, dispone con mayor facilidad de aquellos elementos de juicio. En concreto, será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión. Que éstas, de haber sido las reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final. Y que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles". (FJ 3º)*

#### **4. Elementos subjetivos**

##### **1) Autor del daño. Asistencia sanitaria prestada por entidades privadas**

**Responsabilidad de la Administración cuando existe concierto con una entidad privada en materia de asistencia sanitaria. Improcedencia de aplicar de forma retroactiva la Disposición Adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.**

**STS de 18 de octubre de 2011, RCA Unif. Doctrina 443/2009**

(La Sala del TS estimó el recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto al reputar contrario a la doctrina jurisprudencial el pronunciamiento dictado por la Sala de instancia que había aplicado de forma retroactiva la Disposición Adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y considerado que la responsabilidad de la Administración se imponía solamente cuando los daños derivasen de manera inmediata y directa de una orden de la Administración. Se estimó en la instancia que el contratista había interferido en la relación de causalidad de manera determinante, siendo atribuible el daño a su conducta y actuación directa.)

“Establecida la improcedencia de aplicar de forma retroactiva la Disposición Adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la conclusión es que la sentencia recurrida contradice la doctrina de esta Sala en relación con la responsabilidad de la Administración en los casos en los que la asistencia sanitaria la tiene concertada con una entidad privada, doctrina contenida, entre otras, en la Sentencia de 24 de mayo de 2007 (Rec. de casación 7767/03) que, reiterando lo dicho por Sentencia de 20 de Febrero de 2.007 (Rec. 5791/02), donde se examinaba un supuesto de responsabilidad patrimonial sobre la base de un concierto entre el ISFAS con la entidad, dice que:

*La atribución de competencia efectuada por la citada Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/92, viene a sujetar a la revisión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de manera unitaria, las reclamaciones por daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, que, como establece el artº 45 de la Ley 14/86, General de Sanidad, ya citado antes, integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud, de manera que la relación de sujetos pasivos de las reclamaciones que se recoge en dicha Disposición Adicional viene determinada no tanto por su carácter o condición de Administración o entidades públicas como por su condición de entidades, servicios o centros que realizan tales prestaciones sanitarias propias del Sistema Nacional de Salud, lo que permite que se incluyan en dicha relación entidades privadas que en virtud del correspondiente concierto o relación jurídica realizan tales prestaciones.....”*

*Continuando la Sentencia en cuestión afirmando que:*

*“...Lo cierto es que como ya dijimos en la Sentencia de esta Sala y Sección de 3 de Julio de 2.003 (Rec.Cas. para unificación de doctrina 128/02) en un supuesto en que se examinaba una deficiente prestación sanitaria realizada por una entidad que al igual*

*que ASISA, en el caso ahora contemplado, mantenía un concierto de asistencia sanitaria con el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), la existencia de tal concierto, tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que concurran los requisitos configuradores de aquella, según el art. 139 de la Ley 30/92.*

*Por todo ello los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia cuando excluye la responsabilidad patrimonial, alegando que el ISFAS no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, sino que ha sido la entidad concertada elegida libremente por el mutualista, la que los ha prestado, no resultan ajustados a derecho, 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 el ISFAS, de cuyo régimen sanitario es beneficiario, ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de dicha asistencia”*

*Las consideraciones contenidas en dicha sentencia resultan plenamente aplicables al caso de autos y al concierto suscrito entre MUFACE y ADESLAS. 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 debe entenderse incluida MUFACE, pues el citado Real Decreto Legislativo 4/2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios en su artículo 17 establece: (...)*

*A ello ha de añadirse cuanto hemos dicho en relación a la Disposición Adicional 12º de la Ley 30/92 en la redacción dada por Ley 4/99 lo que nos lleva a concluir que los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia vulneran los preceptos mencionados en el primer y segundo motivo de recurso, no pudiendo oponerse las concretas cláusulas del concierto a quien tiene el carácter de un tercero en relación al articulado del mismo, pero que precisamente por la existencia de este acude a recibir asistencia sanitaria de la que es beneficiaria a la entidad médica con la que MUFACE al amparo del art. 17 de aquel Texto Refundido, ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de aquella asistencia” (FJ 5º).*

**Obligación de las mutuas de responder por los daños producidos por la deficiente asistencia sanitaria prestada.**

**STS de 26 de octubre de 2011, RCA Unif. Doctrina 388/2009**

“El criterio correcto y ajustado a Derecho es el de la sentencia de contraste. La responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida a las mismas, de forma que si se demuestra la existencia del nexo causal entre la asistencia prestada y el daño producido, y el mismo es antijurídico, de modo que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo, la Mutua demandada debe responder por las consecuencias del daño producido haciendo frente a la indemnización que corresponda, sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario, bien sea la Comunidad Autónoma correspondiente o el INSALUD, hoy Ingesa, pero en ningún caso el INSS.

Así resulta de la Jurisprudencia de esta Sala y Sección de la que son buena muestra sentencias como las de diez de diciembre de dos mil nueve, recurso de casación nº 1885/2008, o veinticinco de mayo de dos mil once recurso de casación nº 6163/2006. (...)

Recordemos que la jurisprudencia (por todas las SSTS de 27 de junio de 2006, 18 de septiembre de 2007, recurso de casación 1962/2002 con cita de otras sentencias anteriores) a los fines del art. 106.2 de la Constitución, ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

En consecuencia, los particulares podrán reclamar por las lesiones que sufran en sus derechos a consecuencia del funcionamiento de la asistencia sanitaria (art. 106.2 CE) prestada por las Mutuas Patronales como entidades colaboradoras de la Seguridad Social".

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 22 de marzo de 2011, RCA 984/2009. También la sentencia de la misma Sala dictada en el recurso 1885/2008 (de fecha 10 de Diciembre de 2009)*

**El ejercicio de una acción civil interrumpe el plazo de prescripción. Reclamación realizad exclusivamente frente a la Mutua de Accidentes de Trabajo**

**STS de 17 de julio de 2012, Rec. casación 4152/2011**

“Aún cuando ahora la cuestión es pacífica en la Jurisprudencia, hasta la reforma introducida por la Ley 19/2003, existía discusión sobre la Jurisdicción competente para conocer de los asuntos en que concurría la Administración con particulares.

Para la resolución de la presente controversia debemos tener en cuenta la sentencia de esta Sala y Sección, de dieciséis de noviembre de dos mil once (Rec. cas 452272009) que nos ha de servir de guía puesto que trata un supuesto con ciertos tintes de similitud con el presente, como es que estemos ante un accidente laboral, en el que después resultan demandados particulares junto con la Administración y se plantea la cuestión de si la acción quedó interrumpida por el ejercicio de una acción civil previa:

*"De otro, porque la acción civil ejercitada a través de aquella demanda que se presentó el 29 de septiembre de 2002 no era entonces manifiestamente inadecuada. En efecto, en esa fecha se hallaba vigente la redacción del art. 9.4 de la LOPJ introducida por el artículo único, núm. 1, de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que atribuía al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento "de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive"; añadiendo, es cierto, que "si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional". A su vez, el art. 2, letra e), de la LJ disponía entonces que dicho orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la "responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social". Sin embargo, ya con posterioridad a aquélla fecha, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, introdujo nuevos incisos en ambos preceptos: En aquél, estos dos: "igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva"; y "también será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas". Y en el segundo, éste: "aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad". Por tanto, parece que al menos para el legislador de finales del año 2003 era necesario clarificar, por las razones que fueran, la competencia jurisdiccional en caso de reclamación conjunta contra la Administración y particulares. Asimismo, cuando se presentó aquella demanda aún recaían pronunciamientos de la jurisdicción civil que declaraban la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en concurrencia con*



*particulares, en base a la doctrina de la vis atractiva de dicha jurisdicción o para evitar el peregrinaje de jurisdicciones (así, por ejemplo, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21-10-2002, 29-4-2003 y 30-4-2003). Cabe concluir, pues, que aquella acción civil era improcedente, pero no que dicha improcedencia alcanzara la magnitud de manifiesta, es decir, patente, notoria y ostensible."*

Entramos por tanto en un aspecto que ha venido planteando muchísima controversia, ya que en puridad, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesionales son sujetos de naturaleza privada, pero que realizan actividad pública mediante la colaboración con las entidades gestoras del Sistema Nacional de la Seguridad Social.

En este punto, la reciente sentencia de esta Sala y Sección de veintiséis de octubre de dos mil once, en un recurso para la unificación de doctrina nº 388/2009 planteamos esta cuestión controvertida, desde otro ángulo, pero con incidencia al presente para acreditar la confusión de la cuestión, y, dijimos:

*"SÉPTIMO.- El criterio correcto y ajustado a Derecho es el de la sentencia de contraste. La responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida a las mismas, de forma que si se demuestra la existencia del nexo causal entre la asistencia prestada y el daño producido, y el mismo es antijurídico, de modo que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo, la Mutua demandada debe responder por las consecuencias del daño producido haciendo frente a la indemnización que corresponda, sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario, bien sea la Comunidad Autónoma correspondiente o el INSALUD, hoy Ingesa, pero en ningún caso el INSS.*

*Así resulta de la Jurisprudencia de esta Sala y Sección de la que son buena muestra sentencias como las de diez de diciembre de dos mil nueve, recurso de casación nº 1885/2008, de veinticinco de mayo de dos mil once recurso de casación nº 6163/2006.*

*Así en la primera de ellas afirmamos que: "El hecho de que las Mutuas Patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud.*

*Por ello, debe insistirse que en cuanto las mismas tienen atribuida, en virtud de las disposiciones legales y reglamentarias más arriba enumeradas, la colaboración con la administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se encuentran sometidas al mismo régimen que las administraciones públicas.*

*Recordemos que la jurisprudencia (por todas las SSTs de 27 de junio de 2006, 18 de septiembre de 2007, recurso de casación 1962/2002 con cita de otras sentencias anteriores) a los fines del art. 106.2 de la Constitución, ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.*

*En consecuencia, los particulares podrán reclamar por las lesiones que sufran en sus derechos a consecuencia del funcionamiento de la asistencia sanitaria (art. 106.2 CE) prestada por las Mutuas Patronales como entidades colaboradoras de la Seguridad Social".*

**Se puede reclamar por la asistencia prestada por las Mutuas (STS de 10 de Diciembre de 2009; Rec. 1885/208)**

“El hecho de que las Mutuas Patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud.

Por ello, debe insistirse que en cuanto las mismas tienen atribuida, en virtud de las disposiciones legales y reglamentarias más arriba enumeradas, la colaboración con la administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se encuentran sometidas al mismo régimen que las administraciones públicas.

Recordemos que la jurisprudencia (por todas las STS de 27 de junio de 2006, 18 de septiembre de 2007, recurso casación 1962/2002 con cita de otras sentencias anteriores) a los fines del art. 106.2 de la Constitución, ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

En consecuencia, los particulares podrán reclamar por las lesiones que sufran en sus derechos a consecuencia del funcionamiento de la asistencia sanitaria (art.

106.2 CE) prestada por las Mutuas Patronales como entidades colaboradoras de la Seguridad Social”.

## **5. Prescripción**

### **1) Cómputo del plazo**

#### **PRINCIPIO GENERAL**

**STS de 21 de Diciembre de 2010 (Rec. de casación 2403/2009)**

“para apreciar si concurre la prescripción de la acción el "dies a quo" no será aquel en que se produjo el daño, sino aquel en que terminó el efecto lesivo, o se alcanza la curación o la determinación de las secuelas físicas, con lo que el perjudicado adquiere cabal y perfecto conocimiento de la transcendencia y del mal que padece”; y ello independientemente de que se alargue en el tiempo la evolución de la enfermedad ó la asistencia medica.

#### ***1.1. Interrupción del cómputo del plazo***

**No interrupción de la prescripción por formulación de unas diligencias preliminares de juicio para la obtención de expediente médico.**

**STS de 16 de diciembre de 2011, Rec. casación 2599/2007**

“La previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse siguiendo el principio de la actio nata, responde a la necesidad de no dar comienzo el plazo de prescripción cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, que por ello no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, cual es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen, mas no resulta de aplicación cuando el daño producido resulta previsible en su determinación, y por tanto, cuantificable, pese a que permanezca el padecimiento por no haberse recuperado íntegramente la salud o quedar quebrantada de forma irreversible, momento en que se inicia el plazo para la reclamación, como aquí sucede a partir de aquella determinación del diagnóstico de la enfermedad.

Ahora bien, se trata de un plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y como tal susceptible de ser interrumpido en determinadas circunstancias. (...)

Con base en ello se ha mantenido por ejemplo que una acción civil encaminada a exigir dicha responsabilidad "salvo que sea manifiestamente inadecuada" comporta la eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/92, y se ha razonado también sobre la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa”.

En idéntico sentido podemos citar la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 21 de marzo de 2000, recurso de casación 427/1996, en la que expresamos que: "La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el art. 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980).

De esta jurisprudencia se deduce 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".

(...) Atendiendo a lo anterior no es posible tomar en consideración los argumentos que contiene el motivo, en el sentido de que el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial no se pudo ejercitar frente a la Administración sino a partir de que obtuvo la documentación de la historia clínica del paciente.

**Los tratamientos rehabilitadores no interrumpen el cómputo del plazo de prescripción en supuestos en que están determinados los efectos del quebranto.**

**STS de 15 de febrero de 2011, Rec. casación 1638/2009**

“...nuestra jurisprudencia, de la que son muestra entre otras muchas las sentencias de 5, 19 y 31 de octubre de 2000, 20 de febrero de 2001, 25 y 29 de junio, 10

de octubre y 29 de noviembre de 2002, 11 de mayo y 13 de octubre de 2004, 28 de febrero y 21 de junio de 2007, 18 y 29 de enero y 1 de diciembre de 2008 y 14 de julio de 2009, distingue entre daños continuados, que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el "dies a quo" de aquel plazo será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que se refieren, por el contrario, a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, así, cuantificables, de suerte que los tratamientos paliativos ulteriores, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

En este sentido y de modo bien expresivo y escueto, se lee en la citada sentencia de 28 de Febrero de 2.007 que *"El día a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten"*.

**La naturaleza de los tratamientos médicos seguidos a efectos del inicio del cómputo de prescripción corresponde apreciarla al Tribunal de instancia.**

**STS de 7 de noviembre de 2011, Rec. casación 5686/2009**

“... Este Tribunal puede analizar la correcta aplicación de la excepción de prescripción porque una vez introducida en el debate jurídico y ofrecida respuesta en sentencia, ha de responder a una motivación concreta que ha de reflejarse así como a una valoración de los elementos probatorios que conducen a la estimación o no de la prescripción. En segundo lugar, es de sobras conocido que según el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 y ya reiterada Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la "actio nata" que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial ha de iniciarse a partir de la determinación del alcance de las lesiones y secuelas que derivan del daño, en el caso de daños de carácter físico o psíquico. En el presente caso, cuando se interpuso la reclamación en vía administrativa no estaban estabilizadas las lesiones de la menor, como así se interpreta por la sentencia

de instancia valorando las intervenciones quirúrgicas de la menor no como paliativas sino como directamente dirigidos a la curación o mejora de las secuelas que se habían evidenciado, pero que no se conocía todavía su alcance o extensión concreta, y, mucho menos en niños, donde su evolución es en muchos casos imprevisible a la vista de elementos que no pueden preverse de antemano, y que fruto de la técnica médica pueden ostensiblemente mejorar. Ello no significa que el plazo quede indefinidamente abierto o a disposición de las partes, sino que todavía no se conocen el alcance de las secuelas que derivan del daño. A sensu contrario, pero indefectiblemente relacionada con estas conclusiones puede citarse la sentencia de esta Sala, Sección 6ª de dieciocho de enero de dos mil ocho, recurso de casación 4224/2002.

Esta apreciación, por otra parte, respecto a la consideración de que los tratamientos posteriores que siguió la menor eran curativos y no paliativos a efectos del inicio del cómputo corresponde a una facultad exclusiva de la instancia que únicamente es revisable en casación en el caso que la misma se repute ilógica, arbitraria y palmariamente errónea, lo que no ocurre en el presente caso atendido el examen de las actuaciones y como la sentencia de instancia analiza las actuaciones médicas seguidas por la menor para obtener una mejoría de sus secuelas”. (FJ 2º).

#### **STS de 24 de Septiembre de 2012 (Rec. 3663/2011)**

“(…) el mismo (el inicio del cómputo del plazo de prescripción) no puede quedar al arbitrio de las alegaciones de la parte, o de su voluntad, por más que buscando una solución médica a su grave situación acudiera a diferentes instituciones de prestigio”.

#### **Inicio del cómputo en el caso de niños nacidos con problemas.**

#### **STS de 8 de Octubre de 2012 (Rec. 6290/2011)**

“Del examen del expediente administrativo a los efectos de poder analizar exactamente si la fijación del "dies a quo" por la Sala de instancia respondía a un cabal y suficiente conocimiento de los efectos del quebranto, tal y como ha sido fijado por nuestra Jurisprudencia, se deduce que efectivamente estamos ante un daño que se exterioriza en su diagnóstico "encefalopatía severa" sin que pueda exigirse la determinación concreta de cada uno de los aspectos en los que va a incidir en su desarrollo y madurez tal grave enfermedad. Ello llevaría a mantener el plazo para el ejercicio de la acción indefinidamente abierto y sin posibilidad alguna de concreción que hemos mantenido que no es posible -por todas la sentencia de 31 de mayo de 2011, Rec. cas 7011/2009-, ni siquiera a raíz de declaraciones administrativas que se tramiten en sede de Seguridad Social.”

### ***1.2. Supuestos especiales***

#### **A) Incidencia de la mayoría de edad en el cómputo del plazo de prescripción**

**Daño permanente. Falta de incidencia de la adquisición de la mayoría de edad en el plazo de prescripción.**

**STS de 21 de junio de 2011, Rec. casación 5737/2009**

“En contra de lo pretendido en esta sede por la recurrente, el criterio de la Sala de instancia, expresado en la sentencia recurrida, resulta coincidente con el que, en relación con supuestos similares, ha venido sosteniendo este Tribunal. En efecto, con respecto a un padecimiento similar, pusimos de manifiesto en nuestra sentencia de dieciocho de enero de dos mil ocho, Rec.4224/2002, que es necesario partir de la consideración de que la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 142 y 4.2, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1.993, en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1.902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la "actio nata" recogido en el artículo 1.969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse. (...)

Y es que existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que 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.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas

secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2.000. A tal efecto y como señala la sentencia de 25 de junio de 2002, esta Sala viene "proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001), que «el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto» (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos «aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad» (Sentencia de 23 de julio de 1997)".

*B) Afectación de la declaración de incapacidad permanente a efectos del cómputo del plazo de prescripción*

**Se conoció el alcance de las secuelas desde el momento del alta médica. La declaración de incapacidad permanente no incide en la estabilización de las secuelas.**

**STS de 13 de marzo de 2012, Rec. casación 6289/2010**

“Esta interpretación realizada por la sentencia de instancia respecto al inicio del cómputo, responde a la doctrina de la "actio nata" y en ningún caso puede tildarse de contraria al derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la Constitución, puesto que la solicitud de recurrente debe enmarcarse en el cumplimiento de los requisitos y presupuestos previstos legalmente y, realizando una valoración de los documentos existentes en el expediente administrativo se llega a la conclusión de que el actor no ejercitó la acción en el plazo previsto legalmente de un año a partir de la estabilización de las lesiones y secuelas. La declaración de incapacidad permanente no va a incidir en la estabilización de las secuelas sino que los efectos que tiene son otros, y es evidente que el actor a partir del alta médica conocía que la lesión estaba estabilizada sin posibilidad de mayor curación.



C) Incidencia de la realización de controles ambulatorios a efectos de inicio del cómputo del plazo

**La realización de controles ambulatorios o de informes a efectos de declaración de invalidez no tiene incidencia automática a efectos de inicio del cómputo del plazo para ejercitar la acción de reclamación.**

**STS de 24 de octubre de 2011, Rec. casación 4816/2009**

“Ya hemos dicho por otra parte, por todas la reciente sentencia de esta Sala y Sección , recurso 6372/2009, de veintiocho de junio de dos mil once, que la realización de controles ambulatorios así como también la elaboración de dictámenes o propuestas de organismos evaluadores a efectos de la declaración de invalidez a efectos laborales no ha de tener incidencia automática a efectos de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, salvo en aquellos casos en los que esos documentos fijen definitivamente el alcance de lesiones y secuelas, lo que no ha ocurrido en el presente caso. También dijimos que el plazo no puede quedar eternamente abierto, de forma indefinida y al arbitrio de la parte, sino que ha de estarse al momento concreto en el que se determina el alcance de las secuelas, pues existen enfermedades que por su evolución unido a las propias características limitadas de la naturaleza humana van a impedir conocer las consecuencias exactas y definitivas” (FJ 5º).

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 22 de febrero de 2012, RCA 608/2010; STS de 29 de noviembre de 2011, RCA 4647/2009.

D) Supuestos de contagios por vía parenteral: se computa desde que se conoce el diagnóstico de la enfermedad.

**STS de 15 de Diciembre de 2010 (Rec. 6323/2008)**

De ahí, no podemos afirmar que se conculcase por la Sala el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, pues, para apreciar si concurre la prescripción de la acción el "dies a quo" no será aquel en que se produjo el daño, sino aquel en que termino el efecto lesivo, o se alcanza la curación o la determinación de las secuelas físicas, con lo que el perjudicado adquiere cabal y perfecto conocimiento de la transcendencia y del mal que padece, ya que tampoco podemos olvidar que en el caso que contemplamos, el daño se produjo en el año mil novecientos ochenta y tres, cuando se produjo la transfusión sanguínea, y sus efectos lesivos se manifestaron cuando se le diagnosticó la cirrosis hepática, por ello, no podemos hablar de un daño continuado, máxime cuando en el año mil novecientos noventa y ocho conocía que padecía la enfermedad.

En el mismo sentido STS de 24 de Noviembre de 2009 (Rec.1469/208)

## **2) Daños permanentes y daños continuados**

### **Diferencias; STS de 16 de Noviembre de 2010 (Rec. 1483/2009)**

“Por **daños permanentes** debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. **Daños continuados**, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos. O, como dice el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, para los daños físicos o psíquicos inferidos a las personas físicas, <<desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas>>”.

### **En el mismo sentido STS de 22 de Junio de 2010 (Rec. Casación 3137/2008) y STS 15 de Diciembre de 2009 (Rec. 1096/2008)**

el plazo empieza a computarse "desde la curación" o alternativamente "desde la determinación del alcance de las secuelas" y por tanto, en el supuesto de que no exista curación posible, como acontece en el caso que nos ocupa, al haberse convertido la lesión en secuela, el Tribunal "a quo" debió aplicar la doctrina de nuestra Sala sustentada en la sentencia de veintiocho de junio de dos mil seis que establece que "el dies a quo" ha de computarse a partir del momento que se estabilizan las lesiones, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima"; por ello entiende, que tratándose de enfermedades crónicas, se está claramente ante un supuesto de daño continuado y por tanto, **el plazo de prescripción está abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas.**

#### ***2.1. Daño continuado***

**Secuelas no susceptibles de establecerse hasta momentos anteriores a la reclamación. No debió apreciarse la prescripción.**

### **STS de 24 de abril de 2012, Rec. casación 1896/2011**

“En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el número 5 del artículo 142 de dicha Ley y el 4.2 del citado Decreto, exigen que la reclamación se ejercite dentro del plazo de un año desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas; y es el primero de los preceptos citados el considerado infringido por la

recurrente, con apoyo en una conocida jurisprudencia de esta Sala, que parte de la distinción entre los daños permanentes y los daños continuados.

Y es que existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que 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.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2.000. A tal efecto y como señala la sentencia de 25 de junio de 2002, esta Sala viene "proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001), que «el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto» (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos «aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad» (Sentencia de 23 de julio de 1997)">>.

**Prescripción de la acción de reclamación por transcurso de más de un año desde que fueron determinadas las secuelas. El plazo no queda abierto de manera indefinida sino que ha de estarse al momento en que se concreta el alcance de las secuelas.**

**STS de 31 de mayo de 2011, Rec. casación 7011/2009**

“El precepto que el recurso de casación denuncia infringido en el único motivo que articula, esto es el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.”, que reputa no correctamente aplicado por el Tribunal de la instancia conforme la jurisprudencia que lo interpreta en relación los daños continuados, por cuanto dice que las secuelas padecidas por el recurrente no son definitivas, no están estabilizadas y con tendencia a su empeoramiento tal como se desprende de la propia naturaleza de la enfermedad, hepatitis C, con altibajos por tanto en el proceso patológico, como resulta de informe emitido por el Dr. R. Cabezas del Hospital de la Santa Creu i San Pau, que en fecha 18 de abril de 2005 describe un nuevo brote en los últimos meses de reagudación de la hepatitis de base, y que no existe informe médico alguno en las actuaciones que haya podido constatar la determinación exacta de las secuelas.

Pues bien, lleva razón en recurrente en lo que se refiere a la necesidad de distinguir entre los daños permanentes y los daños continuados. Como declaramos en nuestra Sentencia de 13 de mayo de 2010, recurso 2971/2008, con cita de la de 18 de enero de 2.008, recurso de 4224/2002, existen determinadas enfermedades en las que la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que 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.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible

evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen.

En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento.

## ***2.2. Daño permanente***

**Cirrosis hepática. Daño permanente: no entra en juego la Directiva 85/374/CE en materia de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos que contempla un plazo prescriptivo de 15 años.**

**STS de 18 de octubre de 2011, Rec. casación 5097/2007**

“Para resolver ambos motivos conviene recordar que en la sentencia de 7 de marzo de 2011, recurso de casación 3097/2009, de esta Sala y Sección recordábamos la reiterada doctrina de esta Sala sobre que múltiples sentencias “defienden que la fecha inicial para contar el plazo de prescripción del artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas, es la de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud. Esta merma puede ser permanente, producirse en un momento determinado y quedar inalterada, o continuada, manifestándose día a día. En el primer caso, el periodo de prescripción se inicia cuando se producen, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que en el segundo, como no pueden medirse ab initio las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el repetido precepto legal, el «alcance de las secuelas”.

En la sentencia de 11 de mayo de 2004, antes precitada, se pone de relieve que "por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos. O, como dice el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, para los daños físicos o psíquicos inferidos a las personas físicas, <<desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas>>.

Si atendemos a la doctrina que acabamos los daños esgrimidos por el recurrente en instancia se califican como permanentes por lo que el plazo para ejercitar la pretensión habría nacido desde el momento que fue diagnosticada la cirrosis hepática.

Resulta, pues, un supuesto similar al examinado en la Sentencia de esta Sala y Sección de 15 de diciembre de 2010, recurso de casación 6323/2008 en que se insiste en que el daño se produjo en el año que tuvo lugar la transfusión sanguínea, y sus efectos lesivos se manifestaron cuando se le diagnosticó la cirrosis hepática, por lo que no cabe hablar de un daño continuado. A tal conclusión no obsta lo que haya vertido en su dictamen pericial un concreto doctor" (FJ 3º).

Respecto a la pretendida incongruencia y falta de motivación por la no valoración expresa del antedicho dictamen hemos de recordar que el Tribunal Constitucional en su STC 36/2006, de 13 de febrero, FJ 6 afirma que "la tarea de decidir ante distintos informes periciales cual o cuales de ellos, y con qué concreto alcance, deben ser utilizados para la resolución de un determinado supuesto litigioso es una cuestión de mera interpretación y valoración, conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, de la prueba, que en virtud del art. 117.3 CE constituye una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios (por todas, SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; y 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2)".

Por su parte, esta Sala y Sección en su sentencia de 14 de julio de 2003, recurso de casación 6801/99, ha afirmado que "la falta de razonamiento expreso sobre el contenido de un informe pericial no siempre es suficiente para considerar que la

sentencia incurre en defecto de motivación"; y en la de 19 de abril de 2004, recurso de casación 47/2002 ha mantenido que "la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación".

La Sala de instancia explicita que el resultado dañoso calificado como cirrosis hepática se considera daño definitivo lo que se atiene a la jurisprudencia de esta Sala que aplica el plazo prescriptivo de un año, como más arriba se reseñó, sin que entre en juego la Directiva 85/374/CE." (FJ 4º).

**Síndrome tóxico aceite de colza. La reclamante había sido incluida en el censo oficial de afectado por el síndrome tóxico en el reconocimiento a su favor de una prestación de la Seguridad Social, por una invalidez permanente, en junio de 1989, pero no se había personado en el proceso penal incoado por el envenenamiento masivo por el consumo de aceite desnaturalizado abierto en 1981.**

**La sentencia de instancia había considerado que se trataba de un supuesto de daños continuados. El TS casa la sentencia después de apreciar la existencia de prescripción.**

#### **STS de 30 de octubre de 2012, Rec. casación 3566/2011**

“La doctrina, por tanto, en este punto, se encuentra perfectamente consolidada. Pero aún así, lo cierto es que la rica casuística puede mostrar supuestos en los que parezca difícil a primera vista encajarlos en las dos categorías antedichas. Nos encontramos en uno de ellos, sin duda alguna. La propia entidad de la patología motivada por la imprevisibilidad que proporciona la interacción de la naturaleza humana con componentes químicos, supone una enorme dificultad a la hora de fijar las secuelas y efectos del quebranto y, por tanto, conocer el alcance de la lesión.

Como con reiteración ha manifestado la Sala, por todas la Sentencia de la Sección Sexta de 18 de enero de 2.008, recurso de casación 4224/2002 , existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que 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" , a la que nos hemos referido, 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.

La doctrina de la "actio nata" permite mitigar estos efectos de imprevisibilidad en la determinación exacta del alcance de las secuelas, entendiendo que una vez establecidas de forma general aquellas secuelas derivadas del daño, debe entenderse que es posible el ejercicio de la acción, sin perjuicio que con posterioridad puedan ampliarse la reclamación o en su caso solicitar una reconsideración de las secuelas derivadas en relación de causa-efecto de la actividad administrativa.

En el presente caso consta que:

- La reclamante en instancia no se personó en el sumario 129/1981, primero de los procesos penales incoados, abierto por el envenenamiento masivo por el consumo de aceite desnaturalizado, ni tampoco consta en los Anexos de la sentencia penal dictada el 20 de mayo de 1989 ni como afectada, ni como no afectada, lo que le excluiría de obtener cualquier indemnización en el ámbito de la jurisdicción penal, pese a que argumenta que estaba afectada por el Síndrome Tóxico desde 1981. Tal sentencia quedó firme por sentencia de la Sala de lo Penal de 23 de abril de 1992. Tampoco consta que fuera parte o afectada en las Diligencias Previas 162/1989 elevadas a la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que dieron lugar a la formación del Rollo 5/1995, que dio lugar a la sentencia de 24 de mayo de 1996 y posterior casación que se resolvió por sentencia de 26 de septiembre de 1997, con declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

- La reclamante fue incluida en el Censo Oficial de Afectado por el Síndrome Tóxico, en el reconocimiento a su favor de una prestación de la Seguridad Social, en Junio de 1989, por una invalidez permanente, en grado de incapacidad permanente total, en base a diversos informes y partes médicos, y por Informes emitidos por la Unidad de Seguimiento del Síndrome Tóxico de Móstoles (Madrid) y del Centro de Investigación sobre el Síndrome del Aceite Tóxico en los años 2011, 2003 y 2004 (pagina 37 Resolución administrativa).

- La actora interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, número 1396/2000, contra la resolución del Ministro de Justicia de 22 de septiembre de 2000, por la que se deniega a la recurrente y otros, la indemnización solicitada por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, al no haber sido incluidos entre los afectados por el síndrome tóxico en los anexos de las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y el 26 de septiembre de 1997, no inclusión confirmada por auto de 11 de mayo de 1998 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La Sección Tercera dictó sentencia el 17 de enero de 2002 desestimando el recurso. La misma quedó firme.



- El 29 de Julio de 2009 la recurrente presenta reclamación por responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de los servicios públicos (según ya hemos entendido) al amparo de la Ley 30/1992. Se resuelve por la resolución impugnada en la instancia que inadmite la reclamación por considerar la misma prescrita, apreciando, como dies a quo el de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997.

Ciertamente, a partir de los datos anteriores, se observa que si bien es cierto y no se discute que la entidad de la enfermedad derivada del citado Síndrome Tóxico adquiere unos tintes de indeterminación que impiden fijar plazos de estabilización o la posibilidad de curación alguna o de probable evolución, lo cierto es que es contrario al principio de seguridad jurídica el mantener permanentemente abiertos y sin concreción el plazo para el ejercicio de la acción de tal forma que quede al arbitrio absoluto de una de las partes de la relación que se debe analizar. Debe fijarse un "dies a quo" a los efectos de poder establecer un lapso temporal de ejercicio de acciones.

La sentencia de instancia no analiza la cuestión y simplemente considera que dado que la recurrente fue diagnosticada en el año 1981 con el Síndrome Tóxico y que dada la etiología de la enfermedad, ha de considerarse no prescrita la acción, al considerarse daños continuados y, por tanto, sin estabilización. Ello contradice el espíritu y finalidad tanto del artículo 142. 5 de la Ley 30/1992 como nuestra Jurisprudencia al efecto citada como consolidada y, determina la apreciación de un plazo permanente abierto.

Además, es posible citar la sentencia de esta Sala y Sección 6ª, de 15 de Diciembre de 2009, recurso de casación 3425/2005, en el que en un caso con bastantes similitudes al presente, se aprecia la existencia de prescripción de la acción con base a los siguientes argumentos:

*"Se cuestionan en este motivo los pronunciamientos de la Sala de instancia sobre la extemporaneidad de la reclamación y la falta de acreditación del necesario nexos causal entre las lesiones por las que se reclama y la actuación administrativa, planteamiento que no puede acogerse.*

*En el primer caso no puede perderse de vista el alcance de la reclamación formulada, es decir, cual es la lesión o daño cuya reparación se pretende, pues es su producción la que determina el inicio del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente, y es el caso que la recurrente, desde su reclamación inicial presentada el 5 de marzo de 2003, viene a solicitar indemnización en la cantidad de 540.910,89 euros, como consecuencia de la situación de invalidez permanente, en grado de Gran Invalidez, derivada de su afectación por el síndrome tóxico y ello en*

*razón de la declaración de responsabilidad civil de funcionarios del Estado y subsidiaria de este último por sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997 que, en lo que se refiere al importe de las indemnizaciones, reconoce la cantidad de 90.000.000 pts., respecto de los afectados sintomáticos con gran invalidez, que es la que se solicita por la aquí recurrente.*

*En estas circunstancias no puede negarse la extemporaneidad de la reclamación en razón del cómputo del plazo en los supuestos de daños de carácter físico a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, comenzará a computarse, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.*

...

*Pero ello no supone que el plazo quede abierto de manera indefinida, sino que en todo caso y como indican tales sentencias ha de estarse al momento en el que se concreta el alcance de la secuelas, de manera que el carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide conocer en un determinado momento de su evolución su alcance y secuelas definitivas o al menos de aquellas cuya reparación se pretende, como es el caso de la situación de invalidez permanente en grado de gran invalidez que se invoca por la recurrente y a cuya reparación concreta la reclamación en la cantidad reconocida en las sentencias penales, reconocimiento de invalidez que, según señala la propia recurrente, se produjo el 21 de junio de 1989, por la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico, con anterioridad, incluso, a la sentencia del Tribunal Supremo de 1997 que estableció la responsabilidad del Estado invocada como fundamento en la reclamación de la interesada.*

*En esta situación, estando delimitados los daños de carácter físico cuya reparación se pretende ya en el año 1989 y aun entendiendo que el conocimiento de su imputación al funcionamiento de los servicios públicos se produce con la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997, que supone la conjunción de los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, según la doctrina de la "actio nata" (sentencias de 19 septiembre 1989, 4 julio 1990 y 21 enero 1991), es claro que la formulación de la reclamación el 5 de marzo de 2003 resulta extemporánea, por lo que la apreciación en tal sentido de la Sala de instancia ha de mantenerse y con ello el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso administrativo, en cuanto se confirma la resolución administrativa impugnada."*

Lo anterior determina la estimación del recurso de casación por el presente motivo, sin que proceda el análisis del restante. Se casa y anula la sentencia de instancia”. (FJ 4º)

**Poliomielitis. Daños consecuencia del síndrome post-polio cuya determinación se concretó en dicho momento dado y desde entonces cuantificables por ser previsibles conforme una evolución patológica ya conocida. Prescripción de la acción.**

**STS de 9 de octubre de 2012, Rec. casación 4226/2011**

“Hay, sobre este tema, otro precedente fundamental que no cita el Sr. Abogado del Estado (sin duda por ser posterior a su escrito de oposición). Nos referimos a la sentencia de 26 de junio de 2.012, dictada en el recurso de casación 4.645/2.011, en la que consideramos correcta la prescripción apreciada por la misma Sala y Sección en un recurso del todo similar al presente (hasta el punto de que sus reclamaciones se presentaron y resolvieron conjuntamente en vía administrativa).

En aquel caso, como en este, tras el diagnóstico inicial del síndrome postpolio se sucedieron pruebas y padecimientos del interesado. Y, aunque algunos de las dolencias sufridas no aparecían en informes anteriores, consideramos que ello no era indicativo de un cambio en su estado que permitiese reabrir el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial. Era una evolución natural del síndrome diagnosticado y, por ello, la reclamación presentada era extemporánea.

Decíamos en aquella sentencia lo que sigue:

*Tercero.- (...) El motivo nos recuerda que, como declaramos en nuestra Sentencia de 28 de junio de 2011 (recurso 6372/2009), con cita de las de 13 de mayo de 2010 y 18 de enero de 2.008 (recurso 2971/2008 y 4224/2002), existen determinadas enfermedades en las que la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que 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.*

*También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello*

*bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen.*

*En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2000. A tal efecto y como señala la sentencia de 25 de junio de 2002, esta Sala viene " proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001), que "el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto" (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos "aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad" (Sentencia de 23 de julio de 1997)".*

*Lo que tampoco supone que el plazo quede abierto de manera indefinida, sino que ha de estarse al momento en el que se concreta el alcance de las secuelas, pues el carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide conocer en un determinado momento de su evolución su alcance y secuelas definitivas o al menos de aquellas cuya concreta reparación se pretende, conforme declaramos en Sentencias de 12 de diciembre de 2009, 15 de diciembre de 2010 y 26 de enero de 2011 (recursos 3425/2005, 6323/2008 y 2799/2009).*

*Cuarto.- Expuestas las anteriores consideraciones retomamos los términos del recurso, que se dice sustentar en los informes presentados en las actuaciones, entre el que la sentencia da cuenta del denominado "Informe sobre cuestiones planteadas referente a la administración de vacuna antipoliomielítica y el síndrome post-polio", de*

*la Secretaria General de Sanidad, del que se infiere que el síndrome post-polio afecta entre un 20-30% de las personas que desarrollaron una poliomielitis parálitica y alcanza un pico entre los 25 y 35 años después del cuadro agudo; que el síndrome se caracteriza por aparecer nuevamente debilidad, dolor y fatigabilidad muscular muchos años después de presentar el cuadro de poliomielitis aguda, y que aunque la causa es desconocida, algunos autores piensan que la progresión tardía de la debilidad muscular es resultado del desgaste fisiológico de las unidades motoras que inervan músculos y grupos musculares, ya menos inervados como consecuencia de la infección aguda anterior.*

*Visto que el conocimiento de la ciencia sobre el síndrome post-polio impide llegar a ninguna conclusión de carácter general del padecimiento, de común aplicación a la generalidad que quienes padecen la enfermedad, han de ser las concretas manifestaciones clínicas del recurrente las que permitan llegar a alguna conclusión en relación el recrudecimiento de la enfermedad previamente diagnosticada y, por ello, si en el momento de la reclamación el nuevo cuadro clínico se encontraba definitivamente estabilizado o en curso de evolución, sin que el carácter no uniforme del padecimiento, en el sentido que sólo un porcentaje de quienes padecieron poliomielitis parálitica habrán de desarrollar el síndrome, con un abanico sintomático variado, permita catalogar en todo caso este agravamiento como un daño continuo, con el efecto de tener abierto el plazo para poder deducir la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial en que ése se sustente, pues no es incompatible ese carácter del síndrome con la posibilidad de conocer a partir de su estabilización el alcance de sus efectos, que quedan por tanto determinados en su previsible evolución.*

*Dicho lo cual, la sentencia atiende que el Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS informó, en noviembre de 2004, que Don Juan Carlos Pérez López padece poliomielitis parálitica con afectación severa de los miembros superior derecho e inferior izquierdo, síndrome post-polio, cervicoartrosis muy evolucionada con discoartrosis y Portús iones discales en todo el bloque cervical, atrapamiento en TTº N mediano MSI, que supone la calificación permanente en grado de absoluta; informe que fue elevado a definitivo el 28 de enero de 2005, y que supone el reconocimiento a efectos laborales y de Seguridad Social de la situación ya constatada en los precedentes informes del Hospital Gregorio Marañón y en el primer informe del Dr. Guerrero Sola, de 2 de febrero de 2004 y 30 de julio de 2004 respectivamente, de manera que la reclamación de responsabilidad patrimonial viene referida a unos daños consecuencia del síndrome post-polio cuya determinación se concretó en dicho momento dado y desde entonces cuantificables por ser previsibles conforme una evolución patológica ya conocida y, por tanto, cuando efectuó la reclamación en fecha*

12 de febrero de 2009 ya había transcurrido el plazo de prescripción desde aquella determinación.

Aún esto, el motivo alega que la enfermedad continuó evolucionando con posterioridad a los anteriores informes, al punto que el segundo informe del Dr. Guerrero Sola, de 16 de julio de 2010, que el recurso considera de gran importancia, refiere secuelas que nunca habían sido descritas con anterioridad, tales como "pérdida de fuerza en el miembro superior derecho", "mayor debilidad en la pierna izquierda", "en primavera de 2009 presenta ciatalgia irradiada a miembro inferior derecho", "en noviembre de 2009 cervicobraquialgia izquierda", "parestesia en 1 y 2 dedos", "hipersomnia", a pesar que este nuevo dictamen refleja las limitaciones que se vienen produciendo desde el año 2000, como otras que si bien dice aparecidas recientemente ya estaban indicadas en anteriores informes -como es que la irradiación de la dolencia al miembro inferior derecho ya venía contemplada en el precedente informe del mismo facultativo de julio de 2004, la cervicoalgia con irradiación a los miembros superiores en el informe del Hospital Gregorio Marañón-, o que no justifica que no sean su previsible evolución -cual es el caso de la parestesía en relación la irradiación de la cervicoalgias, o la tendencia a hipersomnia-, como consecuencia de las limitaciones orgánicas y funcionales del cuadro clínico descrito y anteriormente diagnosticado.

Esto es, el recurso se sustenta en una determinada apreciación de las partes que entresaca del informe médico emitido en julio de 2010, de lo que propone que las secuelas que se describen son novedosas respecto las anteriormente descritas, que no puede prosperar por cuanto la Sala de instancia. realizó una valoración conjunta de todos aquellos informes de la clínica del recurrente como consecuencia del síndrome post-polio que tiene diagnosticado desde el año 2004, que condujo a la conclusión que la sintomática descrita en el último dictamen obedece a la reiteración de las limitaciones y a la propia evolución previsible de la dolencia, que no acredita que lo efectuase con error patente, ni de modo arbitrario o irracional, ni sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia por la reputada más acertada por el recurrente, tal como reiteradamente sostiene este Tribunal.

Por otra parte, en nuestra reciente Sentencia de 14 de febrero de 2012 (recurso 6424/2010), recaída en relación otra reclamación en la que igualmente se reprochaba un funcionamiento negligente de la Administración sanitaria por falta de obligatoriedad de la vacunación para el virus de la poliomielitis, hemos declarado que "... No existió, y así lo reconoce la actora una decisión política en este aspecto que determinara la obligatoriedad de la vacunación, por lo que la vacunación no llegó a integrar una prestación sanitaria exigible por la población, cuya falta o incorrección

*por los factores que fuere, determinara un funcionamiento anormal. La sentencia analiza esa situación temporal para acabar concluyendo que no existió funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria por no haber dispuesto de una actividad preventiva efectiva con respecto a la poliomielitis, en atención tanto al estado de conocimientos médicos, que como se cita estaba en evolución y medios disponibles al efecto destinados. Partiendo de esta situación la prueba propuesta por la recurrente se convierte en improcedente puesto que al no integrar esa actividad sanitaria dentro de las prestaciones exigibles en el sistema de salud pública ya no era relevante constatar las circunstancias concretas de la recurrente. Ciertamente es también que la recurrente imputa una negligencia omisiva de la Administración pero la sentencia también ofrece cumplida respuesta al efecto para entender que esa omisión ha de integrarse en un estándar de funcionamiento de la Administración, que no puede fijarse por el particular en atención a lo que hubiera debido ser. No estamos ante hipótesis desconectadas del tiempo y espacio sino ante un estándar fijado previamente de forma objetiva que determine con concreción cual es la actividad de la Administración y qué es lo que se espera de la misma en el ejercicio de sus competencias conferidas legalmente y dentro de los procedimientos al efecto". Doctrina que dejamos reseñada como constatación del resultado de la reclamación en supuesto de su ejercicio temporáneo (...)*".

Al igual que en el caso resuelto por la sentencia que acabamos de reproducir, la sentencia aquí recurrida parte del mismo "Informe sobre cuestiones planteadas referente a la administración de vacuna antipoliomielítica y el síndrome post-polio". Y también de la misma manera, la aquí recurrente pretende enervar la prescripción de la acción con un segundo informe de la misma fecha y emitido por el mismo doctor que en el caso anterior (documento 6 de la demanda) y en el que, a pesar de lo que se sostiene en el recurso, no se aprecia un cambio en las secuelas padecidas, sino una simple evolución del síndrome diagnosticado.

Por tanto, es incuestionable la aplicación de esta doctrina al caso de autos". (FJ 3º)

## **6. Cuestiones generales**

### **1) Hechos probados**

#### **1.1. Declaración de hechos probados en las sentencias del orden jurisdiccional contencioso administrativo**

**Innecesaria de que conste una relación de hechos probados en las sentencias del orden jurisdiccional contencioso administrativo.**

**STS de 28 de febrero de 2011, Rec. casación 3787/2009**

“La vigente LJCA 1998 (art. 67 y siguientes) no ha implantado que las sentencias que se dicten en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo hubieren de contener una expresa declaración de hechos probados por lo que sigue la línea de la derogada LJCA 1956 (art. 80 y siguientes) que no establecía tal obligación.

Tampoco se exige en la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil, fuere el art. 372 de la derogada LEC 1881, fuere en el art. 209 de la vigente LEC 1/2000, de 7 de enero, acerca de las reglas especiales sobre forma y contenido de la sentencia.

La referencia que efectúa el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la consignación de "hechos probados" ha de atenderse con la subsiguiente mención "en su caso", es decir, cuando la respectiva norma procesal la exija.

Claro ejemplo de tal exigencia la tenemos en el apartado segundo del art. 97 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril que aprueba el Texto refundido de la Ley del Procedimiento Laboral así como en el apartado b) del art. 191 del mismo texto legal al considerar como uno de los objetos del recurso de suplicación la revisión de los hechos declarados probados.

En consonancia con tal regulación no sorprende que la sentencia impugnada no exprese bajo un apartado concreto los “hechos probados”. Ello no es óbice para entender que los mismos se coligen, bajo la denominación de datos fácticos constatados para resolver, del prolijo contenido del FJ Segundo más arriba consignado.” (FJ 3º).

*Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS 3 de julio de 2012, RCA 6787/2010*

## ***1.2. Revisión de hechos en sede casacional***

### ***A) En general***

**La prueba pericial practicada en sede jurisdiccional no constituye prueba tasada. No conculca norma ni jurisprudencia alguna la Sentencia que rechaza parte del dictamen pericial por haberse arrogado el perito facultades que no le competen.**



### **STS de 10 de octubre de 2011, Rec. casación 1033/2007**

“Es cierto que la prueba pericial practicada en sede jurisdiccional goza de mayorías garantías -presunción de independencia y objetividad por la insaculación, satisfacción del principio de contradicción, etc.- frente a los informes periciales emitidos a instancia de parte fuera del proceso. Pero ello no impide al juzgador, precisamente en atención a la regla esencial de la sana crítica, su adecuada valoración y no una mera asunción sin más de sus pronunciamientos. Por ello se ha dicho que no conculca norma ni jurisprudencia alguna la Sentencia que claramente rechaza parte del dictamen pericial por haberse arrogado el perito facultades que no le competen.

Insiste el Tribunal Constitucional en su STC 36/2006, de 13 de febrero, FJ 6 en que "la tarea de decidir ante distintos informes periciales cual o cuales de ellos, y con qué concreto alcance, deben ser utilizados para la resolución de un determinado supuesto litigioso es una cuestión de mera interpretación y valoración, conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, de la prueba, que en virtud del art. 117.3 CE constituye una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios (por todas, SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; y 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2)".

Por su parte, esta Sala y Sección en su sentencia de 14 de julio de 2003, recurso de casación 6801/99, ha afirmado que "la falta de razonamiento expreso sobre el contenido de un informe pericial no siempre es suficiente para considerar que la sentencia incurre en defecto de motivación"; y en la de 19 de abril de 2004, recurso de casación 47/2002 ha mantenido que "la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación".

#### **B) Alcance de la facultad prevista en el artículo 88.3 LRJCA**

#### **Requisitos y límites de la facultad prevista en el artículo 88.3 LRJCA**

#### **STS de 19 de mayo de 2011, Rec. casación 5067/2006**

Este Tribunal Supremo ha interpretado, entre otras en sus sentencias de 11 de febrero y 3 de marzo de 2009, 24 de marzo de 2010 y 19 de abril de 2011, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 1552/2006, 733/2006, 2884/2008 y 5833/2006, la facultad que le confiere el art. 88.3 de la LJ, reiterando la conclusión ya alcanzada antes (en la sentencia de 24-11-2004, recaída en el recurso de casación núm. 3548/2002) de que la misma sirve para integrar en los hechos admitidos como probados

por el Tribunal de instancia, otros que hubieran sido omitidos por éste, y no, en cambio, para contradecir aquellos y construir, así, un "supuesto de hecho" de signo contrario al afirmado por ese Tribunal. Y añadíamos en consecuencia, reiterando el criterio de la sentencia de 23 de octubre de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 667/2006, que para sostener en casación un supuesto de hecho de signo contrario no es hábil la vía de la integración de hechos a que se refiere aquel art. 88.3, sino que debe acudirse a la formulación de un motivo de casación que denuncie en concreto una irrazonable, arbitraria o absurda valoración de la prueba.” (FJ 4º).

### **STS de 3 de julio de 2012, Rec. casación 4614/2011**

“En lo que respecta a la integración de hechos que se solicita, cabe señalar que la vía regulada en el artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción sirve para integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia otros que hubieran sido omitidos por éste, y no, en cambio, para contradecir aquellos y construir, así, un "supuesto de hecho" de signo contrario al afirmado por ese Tribunal.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en la sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de diciembre de dos mil once (recurso 2154/2010 ), y en las que allí se citan, el artículo 88.3 LCJA autoriza la integración en la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada y no con carácter autónomo sino vinculada a la estimación de un motivo del artículo 88.1 d). Así lo acabamos de señalar en nuestra sentencia de fecha 30 de abril de 2012, recurso 2088/2011. Por tanto, no procede dicha integración” (FJ 3º).

### **STS de 22 de diciembre de 2011, Rec. casación 4211/2010**

La operación jurídica prevista en el indicado artículo 88.3 de la LJCA permite integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia, otros, por el Tribunal de casación, siempre que a) el recurso se funde en el motivo previsto en la letra d/ del artículo 88.1 de la LJCA; b) los hechos que se pretenden integrar no resulten contradictorios con los declarados probados en la sentencia; c) los hechos que hayan sido omitidos por el Tribunal de instancia, estén suficientemente justificados según las

actuaciones; y d) su toma en consideración ha de ser necesaria para apreciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico.

En el presente recurso de casación efectivamente el primer motivo invocado se funda en el artículo 88.1.d) LJCA , y ahí termina la concurrencia de las exigencias establecidas en el artículo 88.3 de la misma Ley Jurisdiccional para integrar en los hechos de la Sentencia recurrida otros justificados que pudieran ser introducidos por el Tribunal de casación. Así es, lo cierto es que en realidad el recurrente pretende que este Tribunal interprete el Informe del Hospital Carlos III de tres de julio de dos mil seis, y valore el mismo como determinante de un error de diagnóstico en el periodo anterior al año 2001, es decir, se trata de reconstruir una suposición de signo contrario a partir de un hecho que no está acreditado ni es posible deducir como quiere la recurrente de tal informe. En definitiva, no hay un hecho omitido por la Sala de instancia que esté suficientemente justificado en las actuaciones y que no resulte contradictorio con lo expuesto por la Sala, ni, desde luego, que su toma en consideración es necesaria para apreciar la infracción del ordenamiento jurídico que se denuncia. Además, la parte recurrente ni si quiera invoca "hechos" a integrar sino que lo que pretende, en realidad, son nuevas conclusiones que únicamente se pueden alcanzar una vez valorada la prueba, sentados los hechos y tomando en consideración el Derecho aplicable. Y es no se pretende añadir hechos no tenidos en cuenta en la sentencia, sino otorgarle distinto significado al material probatorio analizado, y eso no es posible mediante esta integración.

No se aprecia la concurrencia, por tanto, de los requisitos que se relacionan en el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional que operan como condición necesaria para realizar la integración de los hechos en casación, sino que la invocación a este precepto sirve de excusa para a través del mismo procurar una valoración de la prueba diferente a la realizada por el Tribunal de instancia” (FJ 4º).

### **STS de 25 de mayo de 2011, Rec. casación 5513/2006**

“... Este Tribunal Supremo ha interpretado en sus sentencias de 11 de febrero y 3 de marzo de 2009, 24 de marzo de 2010 y 19 de abril de 2011, entre otras, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 1552/2006, 733/2006, 2884/2008 y 5833/2006, la facultad que le confiere el art. 88.3 de la LJ, reiterando la conclusión ya alcanzada antes (en la sentencia de 24-11-2004, recaída en el recurso de casación núm. 3548/2002) de que la misma sirve para integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia otros que hubieran sido omitidos por éste, y no, en cambio,

para contradecir aquellos y construir, así, un "supuesto de hecho" de signo contrario al afirmado por ese Tribunal. Y añadíamos en consecuencia, reiterando el criterio de la sentencia de 23 de octubre de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 667/2006, que para sostener en casación un supuesto de hecho de signo contrario no es hábil la vía de la integración de hechos a que se refiere aquel art. 88.3, sino que debe acudirse a la formulación de un motivo de casación que denuncie en concreto una irrazonable, arbitraria o absurda valoración de la prueba." (FJ 4º).

*Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS 3 de julio de 2012, RCA 6787/2010*

## **2) La prueba**

### ***2.1. Principio de libre valoración de la prueba***

**El principio de libre valoración de la prueba no autoriza al juez a no valorar una prueba –omitiendo toda referencia a la misma- cuando existen dictámenes contradictorios.**

#### **STS de 13/10/2011, Rec. casación 4895/2007**

“En la presente sentencia se ha tomado únicamente en consideración uno de los informes periciales aportados, cuando en el proceso se habían practicado otras pruebas, singularmente la pericial realizada por el perito de designación judicial, doctor Flecha Guerra, omitiéndose cualquier referencia a esta prueba. En este sentido, el principio de libre valoración de la prueba pericial permite al Juez decantarse por uno u otro dictamen en función de su convicción, de forma que no puede prescindir de la prueba practicada, omitiendo cualquier referencia a la misma, cuando como en este caso hay dictámenes contradictorios, uno de ellos realizado en el curso del proceso.

Así, en el fundamento de derecho tercero de la resolución impugnada se enumeran una serie de conclusiones supuestamente deducidas de uno de los informes, el del señor Izquierdo, cuya particular valoración por parte de la Sala entendemos que no debe desautorizar la valoración realizada por el propio perito judicial.

En este sentido debemos reiterar una vez más que a través del informe pericial practicado en las presentes actuaciones por parte del doctor Flecha, ha quedado acreditado que:

- En el presente caso se ha producido una flagrante violación de la obligación de medios que tiene la Administración demandada para con el administrado como consecuencia directa del incumplimiento de los protocolos de actuación médicos por cuanto no se administró un régimen severo a la gestante a pesar de que la misma mostraba alteraciones metabólicas.

- Estas alteraciones debieron hacer sospechar que nos encontrábamos ante un embarazo de riesgo, y si bien hay coincidencia en cuanto a que la ecografía solo detecta un 60% de los casos de niños macrosómicos, no es menos cierto que debieron utilizarse, con la sospecha que se ha explicado, ante los valores alterados, otros medios, como la realización de una nueva ecografía en los últimos días de la gestación.

- Si se hubiera programado una cesárea, se habría evitado la distocia de hombros y lógicamente las lesiones que en la actualidad padece el niño.

Dicha omisión de actuaciones se hace aun más censurable en el presente caso si tenemos en cuenta que las pruebas diagnósticas que se deberían de haber realizado eran pruebas diagnosticas no invasivas, y por tanto carentes de riesgo para la paciente y que la misma acudía regularmente a su ginecóloga para el control de su embarazo, por lo que debiera habersele hecho el control adecuado de sus alteraciones metabólicas en previsión de los posibles daños que posteriormente se le materializaron.

Como consecuencia directa de dicha omisión de actuaciones se le ha privado a la paciente de la oportunidad de recibir una correcta asistencia médica que hubiese evitado el daño finalmente producido, por lo que entendemos que nos encontramos ante un claro ejemplo de la teoría de la perdida de oportunidades que nuestro más alto tribunal ha establecido de manera reiterada.

Esta parte es plenamente consciente de que el juzgador, o en este caso la Sala, pueden valorar con total libertad, y con arreglo a la sana crítica, las pruebas periciales que se practiquen. Sin embargo, consciente también de cuál ha de ser el papel de cada una de las partes en el proceso, no podemos dejar de manifestar nuestro desacuerdo en cuanto a la absoluta falta de valoración que de dicha prueba se ha realizado en el caso en concreto en lo que se refiere a uno de los informes periciales presentados, haciendo alusión en la sentencia a solo uno de ellos.

En efecto, si esta parte solicitó en su día la práctica de una prueba pericial, si a la misma ha acudido un reputado médico especialista en ginecología y obstetricia que estima que en el presente caso no se llevaron a cabo los controles de embarazo necesario y las pruebas diagnósticas debidas que hubieron de determinar la realización

de una cesárea que sin duda hubiera evitado las graves secuelas que de por vida padece el menor, tal y como lamentablemente ocurrió en el presente caso, no se entiende como la Sala no admite y asume las afirmaciones tan rotundas y categóricas plasmadas por el perito sin entrar a valorar las mismas o dando al menos una explicación de por qué motivo adopta unas opiniones en lugar de las contrarias” (FJ 5°).

**La falta de razonamiento expreso sobre el contenido de un informe pericial no siempre es suficiente para considerar que la sentencia incurre en defecto de motivación.**

**STS de 7/07/2011, Rec. casación 1649/2007**

“Insiste el Tribunal Constitucional en su STC 36/2006, de 13 de febrero, FJ 6 en que "la tarea de decidir ante distintos informes periciales cual o cuales de ellos, y con qué concreto alcance, deben ser utilizados para la resolución de un determinado supuesto litigioso es una cuestión de mera interpretación y valoración, conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, de la prueba, que en virtud del art. 117.3 CE constituye una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios (por todas, SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; y 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2)".

Por su parte, esta Sala y Sección en su sentencia de 14 de julio de 2003, recurso de casación 6801/99, ha afirmado que "la falta de razonamiento expreso sobre el contenido de un informe pericial no siempre es suficiente para considerar que la sentencia incurre en defecto de motivación"; y en la de 19 de abril de 2004, recurso de casación 47/2002 ha mantenido que "la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación".

La Sala realiza un razonamiento acerca de la prueba practicada, incluyendo el informe pericial aportado por el recurrente y a él debemos estar” (FJ 5°).

## ***2.2. Rehabilitación de plazos para efectuar alegaciones al dictamen pericial***

**En el proceso contencioso administrativo los plazos procesales son susceptibles de beneficiarse –como regla general- del mecanismo de la rehabilitación.**

**STS de 8/06/2011, Rec. casación 1741/2007**

“La respuesta al motivo de casación respecto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha sido ya abordado en otras resoluciones de este Tribunal enjuiciado recursos de casación respecto a sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sala con sede en La Coruña interpretando restrictivamente el art. 128.1. LJCA.

En tal sentido la reciente sentencia de 8 de febrero de 2011, recurso de casación 120/2007 de esta Sala, Sección Sexta que reproduce otra anterior de 28 de mayo de 2010. Dice el FJ Tercero de aquella:

<<El inciso primero del art. 128 de la Ley de la Jurisdicción, en línea con lo señalado en el art. 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proclama el carácter improrrogable de los plazos procesales, con la consecuencia de la pérdida del trámite que hubiere dejado de utilizarse en el tiempo señalado para ello.

El mandato de improrrogabilidad es una exigencia de orden y de garantía del proceso. Este no podrá alcanzar los fines que le son propios si los plazos se dejan al arbitrio de las partes o del tribunal, sin perjuicio de que puedan interrumpirse o suspenderse cuando la Ley así lo prevea, como ocurre en los casos en que así se solicita para completar el expediente, antes de formalizar demanda.

Consecuencia anudada a este mandato es el perecimiento del trámite cuando el plazo finaliza. Por ello, si el art. 60.4 de la Ley de la Jurisdicción establece que la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, si bien el plazo será de quince días para proponer y treinta para practicar es necesario que el escrito en que se proponga la prueba se presente en cualquiera de los 15 días que integran dicho plazo, pero no después, de suerte que transcurrido el plazo se tendrá por caducado el derecho a proponer prueba y por perdido el trámite para hacerlo (principio preclusivo). El agotamiento de este plazo opera ope legis, limitándose el órgano jurisdiccional que así lo declara a constatar lo que ya se ha producido sin intervención suya, sin posibilidad alguna de rehabilitación. Así lo entiende la Sala de instancia.

Sin embargo este mandato de improrrogabilidad no es tan taxativo en el proceso contencioso-administrativo como parece deducirse de los enunciados anteriores. El propio art. 128, en su segundo inciso, se encarga de recordárnoslo de inmediato al establecer una excepción que por su generalidad es casi una regla. Dice así: "No obstante, se admitirá escrito que proceda y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recurso". El trámite que había perecido renace por rehabilitación del plazo

para practicarlo, aunque dicha rehabilitación sólo sea por un día, más bien por día y medio, ya que alcanza hasta las 15 horas del día siguiente.

Pero para que esta excepcional rehabilitación se produzca es preciso que se dicte por el órgano judicial una resolución que declare la caducidad del trámite por expiración del plazo. El artículo 128 de la Ley Jurisdiccional vigente se refiere a un auto en tanto que la anterior en su artículo 121 se refería a una providencia. Incluso en la nueva redacción del artículo 128, introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, también se exige implícitamente una decisión del Secretario Judicial de tener por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse.

La exigencia de una resolución declarando expresamente la caducidad tiene sentido por la necesidad de impulsar de oficio el procedimiento, de conformidad con lo establecido como principio general en el art. 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que dispone que "salvo que la ley disponga otra cosa, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias." Mediante estas resoluciones se da vida a un nuevo trámite declarando extinguido el anterior.

Conviene aclarar, no obstante, que no todos los plazos procesales son susceptibles de rehabilitación. Sólo podrán serlo aquellos previstos para realizar un acto dentro de un proceso existente, razón por la que este mecanismo no es posible respecto de los plazos establecidos para iniciar el proceso contencioso-administrativo (art. 58) por no ser propiamente un plazo procesal amén de su carácter perentorio o preclusivo stricto sensu, anudando expresamente la propia Ley la consecuencia de la inadmisibilidad sin excepción alguna, como tampoco es posible este privilegio de la rehabilitación para el plazo establecido para deducir recursos contra los actos de los órganos jurisdiccionales (preparar o interponer dice el art. 128) por estar expresamente excluidos por la Ley por razones de orden público procesal.

Hechas estas salvedades podemos afirmar que, como regla general en el proceso contencioso-administrativo, los plazos procesales son susceptibles de beneficiarse del mecanismo de la rehabilitación, sin que se pueda alcanzar otra conclusión a la luz del precepto, no pudiendo compartirse la interpretación que hace la Sala de instancia de que el privilegio deba reservarse estrictamente al plazo de formalización de demanda, pues tal posibilidad está ya contemplada expresamente en el artículo 52.2 -lo que haría innecesaria, por reiterativa, la previsión del art. 128- y porque se compecece mal esta interpretación con los términos literales del precepto que no establece más restricciones que la fijada para los plazos para preparar o interponer recursos, de suerte que el plazo señalado en el art. 60.4 de la Ley Jurisdiccional para la proposición de prueba -15 días-



es susceptible de rehabilitación siempre y cuando el escrito en que se propongan se presente el mismo día en que se notifique a la parte el auto o providencia declarando caducado dicho trámite, o a lo más tardar antes de las 15 horas del día hábil siguiente por aplicación del art. 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.>>

La anterior doctrina resulta igualmente aplicable al presente caso, lo que obliga a concluir que la sentencia impugnada ha vulnerado efectivamente el art. 128.1 LJCA.

(...) Ha de resaltarse que para que pueda prosperar un recurso de casación con base en la letra c) del art. 88.1 LJCA, no es suficiente que se haya producido un quebrantamiento de formas esenciales en el procedimiento a quo, sino que es necesario también que ello haya producido indefensión a la parte.

La indefensión ha de haberse denunciado poniendo de relieve el quebrantamiento de forma en la primera ocasión procesal idónea para ello.

La anterior exigencia queda plenamente acreditada, dada la certeza, de los pasos seguidos por la recurrente que expone en su motivo. Así interpuso infructuosamente recurso de súplica contra la diligencia de ordenación que inadmitió su escrito formulando aclaraciones al perito judicial.

Además articula en el motivo que la falta de práctica de las aclaraciones al perito pudo conducir a una valoración de prueba distinta a la obtenida por la Sala de instancia en orden a ser determinante del fallo desestimatorio”. (FJ 3º y 4º).

### ***2.3. Denegación de prueba. Alcance del artículo 60.4 LRJCA***

**Denegación de pericial solicitada con posterioridad a la presentación de la demanda: vulneración del derecho de defensa**

**STS de 7 de diciembre de 2011, Rec. casación 6160/2009**

Es jurisprudencia consolidada de esta Sala la que manifiesta que para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba, y, en concreto, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, se exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto.

En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera

tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial.

En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda alegue y fundamente los anteriores extremos. (...)

El argumento concluyente que utilizan los Autos de la Sala de instancia para negar la práctica de la prueba pericial solicitada con posterioridad a la presentación de la demanda y las contestaciones a la misma es su extemporaneidad, puesto que esos informes debieron acompañarse con la demanda o, al menos, anunciarse su intención de aportarlos con posterioridad a la misma indicando las razones de esa demora.

Esa postura procesal mantenida por la Sala no es adecuada en el seno del proceso contencioso administrativo. En primer término por que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando dispone en el artículo 60.4 que "la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas en el proceso civil, si bien el plazo será de quince días para proponer y treinta para practicar" se refiere a la proposición y práctica de las pruebas, de modo que rectamente entendido ese precepto, el mismo significa que la prueba se practicará con arreglo a las normas generales establecidas en el proceso civil en cuanto al modo de practicar cada medio de prueba siguiendo lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero. Pero sin que ello signifique que no se deba respetar lo dispuesto en cuanto al modo y momento de proponer los medios de prueba y su práctica en ese artículo 60.4 de la Ley de la Jurisdicción.

Buena prueba de lo que expresamos resulta de sentencias como la de 7 de marzo de 2006 en la que señalamos que: "La regla de que "la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil", que establece el artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que concreta en esta fase del procedimiento la cláusula de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere en la Disposición Final Primera de la Ley jurisdiccional, no puede obviar la relevancia en el proceso contencioso-administrativo de la prueba pericial, en que el dictamen es elaborado por perito designado judicialmente, a la que alude el artículo 60.6 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa, sobre las periciales que son elaboradas por peritos designados por las partes, cuando en el proceso sean necesarios conocimientos técnicos para valorar hechos relevantes, a los efectos de garantizar de modo efectivo los principios enunciados de igualdad de armas y de contradicción (STS de 24 de noviembre de 2003 (R 539/2001)).

Esta modulación de las reglas que disciplinan los medios de prueba en el proceso civil en su aplicación al proceso contencioso-administrativo, según afirmamos en la sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 2006 (RC 3892/2003), acogiendo la doctrina expuesta en la sentencia de 30 de abril de 2005, viene impuesta porque "el artículo 60.6 de la Ley Jurisdiccional referente a la prueba pericial tiene aplicación directa a este género de recursos, sin que haya necesidad, pues, de aplicar subsidiariamente los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no puede apreciarse infracción de los preceptos de esta Ley, cuando la Ley Jurisdiccional tiene su régimen propio, que deriva sin duda del carácter revisor que tiene este ámbito y en el que existe un expediente previo, sujeto a un procedimiento en el que generalmente se emiten informes a veces preceptivos y vinculantes, que no pueden ser desconocidos en la vía jurisdiccional, y respecto de los cuales es difícil la aplicación del régimen de pruebas técnicas previsto en la LEC para un proceso de naturaleza distinta entre partes privadas."

Y en la sentencia de 7 de julio de 2005, recurso 1874/2003 ya afirmamos: "Que en el sistema de prueba regulado por el artículo 60 de la Ley Jurisdiccional la emisión del dictamen pericial tiene un procedimiento específico, previsto en su apartado sexto, que difiere del general establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil. De modo que, no obstante la remisión a esta última Ley que contiene el apartado cuarto del mismo artículo, es preciso atenerse a las reglas que para la emisión de la prueba pericial dispone el apartado sexto, de preferente aplicación".

En definitiva de la expresión mencionada en el artículo 60.4 de la Ley 29/1998 "la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil" se desprende sin lugar a dudas que la prueba en el proceso contencioso administrativo debe desarrollarse para los distintos medios de prueba que se admitan de acuerdo con las normas generales que establece la Ley 1/2000, a salvo aquellas especialidades que derivan del régimen establecido por los artículos 60 y 61 de la Ley de 13 de julio de 1998.

La consecuencia obligada de lo anterior es que es perfectamente legal y posible que si bien con la demanda como ocurrió en este caso se hubiese aportado un informe pericial, y se admitiera el mismo como ocurrió en este supuesto, que al abrirse el periodo de proposición de prueba se propusiera a la vista de los aportados por la demandada y las demás partes personadas la práctica de un nuevo informe pericial médico, a fin de acreditar aquello que la recurrente pretendía, con el plus de garantía de imparcialidad de un perito no de parte y que se debería llevar a cabo dentro del periodo de práctica de la prueba que prevé la Ley.

El examen de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde el artículo 335 y siguientes, incluido el 339 citado por la Sala de instancia, ponen de manifiesto que es posible que si las partes lo desean se pueda seguir lo allí expuesto, que está pensado para un tipo de proceso distinto del previsto en la Ley de la Jurisdicción, pero ello no excluye la singularidad que supone el proceso contencioso y que siguió la recurrente en la instancia, opción que debió aceptar la Sala sentenciadora.

Se trata ahora de determinar si a la vista de lo expuesto en este proceso concreto concurren las circunstancias precisas para llegar como ya anticipamos a la estimación del motivo.

Como quedó reseñado más arriba para eso es preciso que la parte demandante hubiera cumplido con las previsiones legales para la proposición de la prueba. Sin duda así ocurrió. Así resulta del Auto de 3 de noviembre de 2008 que inadmitió la pericial solicitada por extemporánea y la solicitada del Centro Nacional de microbiología.

Por otra parte esa inadmisión fue indebida al considerar que la petición de esa prueba era extemporánea cuando su petición se produjo en momento procesal oportuno, y no existía ni se expuso ninguna otra razón para denegar ambas pruebas periciales.

Y por último, esas pruebas eran relevantes, puesto que con ellas se pretendía acreditar, sobre todo con la primera, la posible relación de causalidad entre la legionella y su consecuencia la neumonía contraída, y el posterior accidente vascular cerebral experimentado por la demandante durante el tiempo que permaneció en la UCI sedada, entubada y con ventilación asistida” (FJ 4º).

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 14 de junio de 2011, RCA 4475/2007*

#### **2.4. Denegación de un medio de prueba: cuándo dicha denegación constituye vulneración del artículo 24 CE.**

**Circunstancias que exige la jurisprudencia para entender conculcado el derecho de defensa**

**STS de 28 de febrero de 2011, Rec. casación 3787/2009**

“... Se hace preciso recordar la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 37/2000, de 14 de febrero, 19/2001, de 29 de enero y 133/2003, de 30 de junio) sobre que la inescindible conexión del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE,

con el derecho de defensa, afirmar que “el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso”.

Se trata por tanto de un Derecho no absoluto que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996, de 15 de enero, 246/2000, de 16 de octubre).

No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000, de 16 de octubre y 35/2001, de 12 de febrero).

Además es preciso que la vulneración se impute al órgano judicial pues no es admisible respecto de quienes con su pasividad o desacertada actuación procesal han contribuido a su materialización (STC 104/2001, de 23 de abril, STC 174/2005, de 4 de julio).

Se observa, por tanto, que la conculcación del derecho fundamental exige dos circunstancias. Por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (STC 141/2009, de 15 de junio, FJ 4º con cita de otras muchas) o que la inejecución sea imputable al órgano judicial (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 5) Y, por otro, que la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (FJ 4º STC 141/2009, de 15 de junio, con cita de otras anteriores).

Como dice la STC 181/2009, de 23 de julio, FJ 6º con cita de otras anteriores, la exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano "por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional".

(...) Por su parte este Tribunal viene insistiendo en que cuando existe verdadera y sustancial contradicción en los hechos que determinan la imposición de una sanción se hace necesario el recibimiento a prueba (Sentencia 15 de octubre de 2003). También se ha afirmado que no cabe denegar la práctica de prueba de los hechos en que se basaba la pretensión para luego reprochar que no se ha practicado aquella (Sentencia de 22 de mayo de 2003). Se constata, pues, que debe darse la oportunidad a las partes para acreditar las alegaciones en que funden sus pretensiones (Sentencias de 13 y 26 de mayo de 2003).

## **2.5 Principio de Facilidad de la prueba**

### **STS 23 de Diciembre de 2012 8Rec. 1364/2008)**

Nuestra jurisprudencia y después el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducen al fijar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, una en la que se ordena que el juzgador tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Aplicándola a este caso, en el que los actores han probado el daño y que éste es consecuencia de la rotura del útero acaecida en la asistencia al parto prestada en un centro hospitalario, dicha regla se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la *lex artis*, pues es ella y no los actores quien tiene la disponibilidad y facilidad de probar que la asistencia prestada fue la correcta, y quien tenía el deber de custodia de aquellos registros y documentación que se echan en falta y que hubieran permitido una mayor luz sobre lo realmente acontecido en las horas que mediaron entre las 3 de la madrugada y el momento en que se decide la intervención urgente de cesárea.

### **3) Cuestión nueva**

#### **Imposibilidad de introducir en casación un elemento nuevo que no ha sido objeto de debate en la instancia**

### **STS de 7 de junio de 2011, Rec. casación 2243/2007**

“El desarrollo de este motivo determina que el mismo no pueda prosperar toda vez que introduce, como opone el Letrado de la Administración recurrida, un elemento nuevo que no ha sido objeto de debate en la instancia, cual es el relativo al consentimiento informado, olvidando que a la hora de plantear el recurso de casación, la parte recurrente no puede suscitar cuestiones que no planteó en la instancia y por lo tanto no fueron objeto de examen y pronunciamiento por el Tribunal a quo, de la misma

manera que, por la misma razón, no se pueden introducir en casación distintas causas de pedir y fundamentaciones que supongan una mutatio libelli, debiéndose ajustar a los planteamientos de la instancia.

Así lo entiende la jurisprudencia de esta Sala, que se recoge de manera precisa en la sentencia de 24 de junio de 2003, que a su vez se remite a la de 24 de febrero de 2003, señalando en cuanto al objeto del recurso de casación y el planteamiento de cuestiones nuevas: "A) Por lo que hace a lo primero, el objeto del recurso de casación queda limitado a enjuiciar, y sólo en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial a quo, bien sea in iudicando, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver las cuestiones suscitadas en el proceso, bien sea in procedendo, esto es, por quebrantar normas procesales que hubieran debido ser observadas.

#### **4) Improcedente invocación de la doctrina de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración**

**Improcedente invocación de doctrina de la Sala Civil. El marco de la responsabilidad civil y el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración son distintos.**

##### **STS de 7/07/2011, Rec. casación 1649/2007**

“...hemos de declarar que no resulta invocable la doctrina emanada de la Sala Primera o de lo Civil, al desenvolverse en ámbitos distintos las esgrimidas sentencias por negligencia médica con amparo en los arts. 1902 y 1903 del C. Civil y la responsabilidad patrimonial de la administración con apoyo en el art. 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAPAC.

Así las sentencias de 9 de junio 1998, Rec. casación 819/1994, 9 de diciembre de 1999, Rec. casación 875/95, 29 de junio de 1999, Rec. casación 3437/1984, 9 de diciembre 1998, Rec. casación 2159/94, 13 de diciembre 1997, Rec. casación 3045/1993 examinan la llamada responsabilidad extracontractual.

Debe ser rechazado el motivo tal como está planteado, por cuanto el marco de la responsabilidad civil y el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración son distintos.

La responsabilidad patrimonial de la administración derivada del funcionamiento de los servicios públicos nace del art. 106.2 CE, que atribuye al legislador la regulación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que no acontece con la responsabilidad civil de sujetos privados residenciada en la culpa o negligencia (arts. 1902 y 1903 C.Civil).

La actual configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas se encuentra regulada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, LRJAPAC. Concretamente en sus arts. 139 y siguientes que la configuran como objetiva o de resultado de manera que lo relevante es la antijuridicidad del daño o lesión.

No debe olvidarse que conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, Rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. En consecuencia es la antijuridicidad del resultado o lesión lo relevante para la declaración de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración por lo que resulta necesaria la acreditación de su acaecimiento.

## **7. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN**

**STS de 30 de Noviembre de 30 de Noviembre de 2010 (Rec. casacion 1866/2009)**

Competencia de la jurisdicción contenciosa aunque la asistencia se haya prestado por un hospital dependiente de una administración local.

## **2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN OTROS SUPUESTOS**

### **1. Requisitos generales**

**STS de 3 de mayo de 2011, Rec. casación 120/2007**

“La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del



daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".

En esa misma línea reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, Rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) manifiesta que la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Se insiste STS 19 de junio de 2007, Rec. casación 10231/2003 con cita de otras muchas que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

Y también repite la jurisprudencia (por todas SSTS 7 de febrero 2006 recurso de casación 6445/2001, 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Ya la STS de 9 de mayo de 1991 al desestimar el recurso contencioso administrativo proclama que al no acreditarse la forma en que se produjo el hecho no es posible atribuir a la administración la responsabilidad objetiva que la constituiría en la obligación de indemnizar al no probar el reclamante el requisito mencionado de la existencia de una "relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto sin intervención extraña" entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio correspondiente.

Por su parte las SSTS de 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, 9 de diciembre de 2008, recurso de casación 6580/2004, reiteran (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización" (FJ3º).

**En el mismo sentencia STS de 2 de Diciembre de 2009 (Rec. 3391/2005)**

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 21 de marzo de 2011, Rec. casación 3656/2009; STS de 25 de octubre de 2011, Rec. casación 6284/2007.*

**No puede asimilarse la confianza legítima con la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones.**

**STS de 30 de octubre de 2012, Rec. casación 1657/2010**

“A la vista de las razones que se dan por la Sala de instancia en contra de la pretensión indemnizatoria, se insiste por la asistencia jurídica de la recurrente en esta vía casacional, reprochando ahora a la sentencia haber desconocido la institución de la confianza legítima, bajo cuyo amparo había actuado -realizando unos gastos y generando unas expectativas- que estaban fundadas en el informe de 2002 que se han visto frustradas por el informe de 2007 -hay otro previo de 2006, con la misma declaración desfavorable-, de donde se concluye que la Sala de instancia vulnera, fundamentalmente, el artículo 3.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la Jurisprudencia que se cita, que se dice ampara su pretensión, en contra de los argumentos que se contienen en la sentencia de instancia.

Pues bien, ante esa insistencia en la procedencia de la concurrencia de una actuación con base a la confianza legítima que genera el derecho de resarcimiento

reclamado, es necesario comenzar por recordar, siguiendo lo declarado, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2012 (recurso 288/2011), que el principio de la confianza legítima tiene su origen en el Derecho Administrativo Alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), del que fue recepcionado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que lo acoge ya en las sentencias de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk) y se acepta como un principio general del Derecho Comunitario (STS de 22 de Marzo del 2012, recurso 2998/2008). En Derecho Administrativo Español, regido por el principio de legalidad estricta de inspiración francesa, la institución no fue acogida hasta ya tardíamente, si bien la Jurisprudencia de esta Sala aplicó la confianza legítima como fundamento del examen de legalidad de las actuaciones administrativas (entre otras, en las sentencias de 1 de febrero de 1990, 13 de febrero de 1992, 17 de febrero, 5 de junio, 28 de julio de 1997, 10 de mayo, 13 y 24 de julio de 1999, 4 de junio de 2001 y 15 de abril de 2002, citadas en la de 22 de marzo de 2012, ya mencionada), vinculando la confianza legítima con los principios más generales de la seguridad jurídica y buena fe, de larga tradición en nuestro Derecho Administrativo (SSTS 10 de mayo de 1999 y la de 26 de abril de 2012). Nuestro Legislador, con ocasión de la reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1999, incorpora la confianza legítima en el artículo 3, referido a los principios generales a los que debe adaptar su actividad la Administración Pública.

Conforme a lo declarado por la antes mencionada sentencia de 6 de julio de 2012 el principio de confianza legítima comporta que *"la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento»."*

En esa misma línea se declara en la sentencia de 20 de septiembre de 2012 (recurso 5511/2009) que la institución *"... encuentran su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento..."*. Se declara en la misma sentencia, con cita especial de la de 15 de abril de 2005 (recurso 2900/2002), en relación con las consecuencias de la actuación

contraria a la confianza legítima, "*que si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado. También lo es que ese quebrantamiento impondrá el deber de satisfacer las expectativas que han resultado defraudadas, o bien de compensar económicamente el perjuicio de todo tipo sufrido con motivo de la actividad desarrollada por el administrado en la creencia de que su pretensión habría de ser satisfecha...*". Ese criterio se reitera frecuentemente por la Jurisprudencia de esta Sala como pone de manifiesto las citas que se contienen en la sentencia de 9 de julio de 2012 (recurso 6433/2010).

En cuanto a los elementos de la confianza legítima, aparece como elemento básico para su apreciación que el ciudadano tenga, en palabras de la sentencia de 26 de abril de 2012, antes citada, la "*creencia racional y fundada*" de que por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión. Ello no asimila la confianza legítima con el precedente administrativo, porque en éste lo que existe es una previa decisión de la Administración que, para un supuesto ulterior, no puede desconocer sin la preceptiva motivación, conforme a lo que se impone en el artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero sin trascendencia indemnizatoria. En la confianza, la actuación administrativa a considerar está en el mismo procedimiento, en el que por las decisiones que se han adoptado por la Administración existe la creencia racional y fundada de que la decisión definitiva, la resolución, tendrá un determinado sentido para el ciudadano que, en esa creencia, ha realizado unos gastos y generado unas expectativas. Ese elemento psicológico de la confianza legítima se erige en elemento esencial de la institución y se viene exigiendo de manera reiterada por la Jurisprudencia de esta Sala. En este sentido se declara en la sentencia 3 de julio de 2012 (recurso 6558/2010): "*... La protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, siendo tan solo susceptible de protección aquella "confianza" sobre aspectos concretos, que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes...*".

Lo que caracteriza a la confianza es que la propia Administración ha venido adoptando decisiones, en el mismo procedimiento, que han generado esa creencia racional y fundada de que se adoptará una decisión favorable a la petición del interesado.

Pero de las propias decisiones de esta Sala, se ha de concluir en un importante y relevante elemento para configurar la confianza legítima, a saber, que la concreta

actuación que se espera en esa confianza sea conforme al Ordenamiento (sentencia últimamente citada), es decir, es preciso que la actuación de la Administración, con su conducta, induzca al administrado *"a creer que la actuación que él desarrolla es lícita y adecuada en Derecho"* (sentencia de 3 de julio de 2012, dictada en el recurso 6558/2010). En ese mismo sentido se ha declarado que no puede ampararse en la confianza legítima *"la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias"*, como se declara en la sentencia de 22 de marzo de 2012 (recurso 2998/2008), en la que se concluye que no puede mantenerse irreversible un comportamiento que se considera injusto.

Dando un paso más en esa vinculación entre actuación basada en la confianza legítima, la Jurisprudencia viene excluyendo la posibilidad de apreciarla cuando la actuación de la Administración no está sujeta a una potestad discrecional. Como declara la sentencia de 10 de septiembre de 2012 (recurso 5511/2009), -por cierto, referida a un supuesto similar al de autos y que ha de servir para el examen de las cuestiones que se suscitan en la demanda- *"la plena satisfacción de la pretensión desatendida no puede obtenerse en aquellos supuestos en los que está excluido el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y sometida su decisión al cumplimiento de determinados requisitos legales, cuya carencia ha de impedir acceder a lo solicitado. En estos supuestos el quebrantamiento del principio de confianza legítima tan solo podrá llevar consigo la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados al administrado como consecuencia del mismo (...)"*. Se hace con ello referencia a la idea, que se contiene en la demanda, de que la confianza legítima ha de entrar en juego cuando no se trate de una actividad reglada, porque en tales supuestos el resarcimiento deberá canalizarse por la vía de la responsabilidad patrimonial; es decir, en tales supuestos la actividad reglada habrá generado, en su caso, un auténtico derecho cuyo resarcimiento deberá canalizarse por esa institución de la responsabilidad, cuyo alcance es el valor económico del derecho frustrado; en tanto que en la confianza legítima, precisamente por esa incidencia en la actividad discrecional de la Administración, tan solo genera el derecho de resarcir los gastos o daños ocasionados en la actuación desplegada por el ciudadano, en la creencia racional y fundada y basada en hechos de entidad suficiente, de que se produciría una determinada actividad por la Administración, sin afección a derecho concreto.

Como se declara en la sentencia de 9 de julio de 2012 (recurso 6433/2010) *"...no sería correcto deducir de esta doctrina que pueda exigirse a la Administración la efectiva satisfacción de lo demandado cuando ésta haya de ajustarse a una conducta normativamente reglada y se aprecie la ausencia de uno de los requisitos que permitan el otorgamiento de lo solicitado. Es decir: la plena satisfacción de la pretensión*

*desatendida no puede obtenerse en aquellos supuestos en los que está excluido el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y sometida su decisión al cumplimiento de determinados requisitos legales, cuya carencia ha de impedir acceder a lo solicitado". Y se concluye en la mencionada sentencia que "ha de insistirse en que la regulación legal no se ve alterada por el principio de confianza legítima." (FJ 3º)*

(...)

“Es cierto, como en el motivo casacional se razona, que no puede asimilarse la confianza legítima con la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, y que en esta existe una auténtica frustración de un derecho, en tanto que en aquella basta con la existencia de esa creencia de que la Administración va actuar de una determinada manera, por la creencia generada con los actos previos ocasionando una serie de gastos que han de ser resarcidos; pero no supone ello que la Sala de instancia haya confundido ambas instituciones de contenido bien diferente; porque en el caso de autos, ni cabe apreciar aquella creencia razonable y fundada ni cabe apreciar la existencia de unos gastos que se hayan visto decepcionados porque la actuación de la recurrente demuestra una desidia ante el informe desfavorable -y no definitivo- impropia de la actuación que había mostrado erigiéndose en promotora del Proyecto. Razones todas que obligan a rechazar el motivo examinado”. (FJ 5º)

## **2. Elementos objetivos**

### **Diferencias entre los supuestos de acción y de omisión como causantes del daño**

#### **STS de 10 de Noviembre de 2009 (Rec. 2441/2005)**

“En efecto, como ha dicho recientemente esta Sala en sus sentencias de 16 de mayo de 2008, 27 de enero de 2009 y 31 de marzo de 2009, la relación de causalidad no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. Problema distinto es si esa conexión lógica debe entenderse como equivalencia de las condiciones o como condición adecuada; pero ello es irrelevante en esta sede, pues en todo caso el problema es de atribución lógica del resultado lesivo a la acción de la Administración. En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente

desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración. Y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar”.

### **1) Daño**

No existe responsabilidad sino se ha llegado a producir daño aunque concurren todos los demás requisitos. STS de 27 de Octubre de 2009(Rec. Casación 425/2008)

#### ***1.1. Antijuridicidad***

##### **A) En general**

#### **STS de 18 de Diciembre de 2009 (Rec. 1148/2008)**

Conforme a reiterada jurisprudencia entre la que se incluye la invocada por la administración recurrente (STS de 25 de septiembre de 2007, Rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. En consecuencia es la antijuridicidad del resultado o lesión lo relevante para la declaración de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración por lo que resulta necesaria la acreditación de su acaecimiento.

También la mencionada sentencia reitera la jurisprudencia que manifiesta que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia.

#### **STS de 23 de Noviembre de 2010 (Rec. Casación 1325/2009).**

No es antijurídico el daño que deriva de la anulación por un Tribunal de una resolución administrativa de otorgamiento de una administración de loterías por lo que no son reparables dichos daños.

#### **STS de 27 de diciembre de 2011, Rec. casación 379/2010**

“El supuesto de hecho es semejante al que enjuició este Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 5994/1999, referido a las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios causados con motivo del bloqueo del Puerto de Santander por los pescadores de la flota bonitera del Cantábrico durante los días 26 a 29 de julio de 1994. Puerto, éste, también de interés general. Supuesto, el entonces enjuiciado, en el que, al igual que el de ahora, "la Administración no intentó ni evitar el bloqueo mediante el uso proporcionado de la fuerza ni romperlo, una vez iniciado, optando por la búsqueda de negociaciones y soluciones pacíficas". En el que, no sin similitud, se produjo "un bloqueo de varios puertos en el curso de un ambiente de movilizaciones generalizadas caracterizado por la crispación". Y donde la sentencia de instancia alcanzó "la conclusión de que los daños causados a los demandantes no tienen por causa la actuación administrativa, sino la acción de un tercero, los pescadores, a los que la Administración incoó expediente sancionador y a los que, en su caso, podrían exigírseles las pertinentes responsabilidades civiles".

La sentencia dictada en el citado recurso de casación, de fecha 3 de mayo de 2004, expresó que "en realidad la única cuestión a debatir es la de determinar si la actitud adoptada por la Administración de optar por una resolución pacífica del conflicto, sin empleo de la fuerza, permite hacerla responsable de unos daños cuya causa originaria se encuentra sin duda en la decisión de realizar el bloqueo tomada por los pescadores". Ya que -añade después- si "la relación causal originaria se ubica en la ilícita conducta de los pescadores, sólo la concurrencia con la misma de las decisiones tomadas por la Administración para resolver la situación de bloqueo, permitiría introducir a ésta en la relación de causa a efecto dañoso determinante de una responsabilidad patrimonial".

Centró así "el auténtico y sustancial debate sobre la causalidad del daño". Y ahí, transcribiendo una sentencia de 12 de mayo de 1998, que a su vez cita la de 22 de julio de 1988, introdujo la idea de que la nota de la "exclusividad", esto es, de que el daño o perjuicio tenga como causa exclusiva la conducta de la Administración, "puede exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento normal".

En consecuencia, dado que la Sala de instancia había afirmado respecto de la postura adoptada por la Administración en aquel conflicto de 1994 que "la forma de hacer frente a esa crisis implica un funcionamiento normal en la forma de prestar el servicio público de mantenimiento del orden y de tutela de los derechos e intereses de los afectados", hubo de valorar aquella sentencia de 3 de mayo de 2004 "si es jurídicamente correcta la calificación de normal del funcionamiento del servicio, a pesar de que la Administración optó por no usar la fuerza para coaccionar la terminación del



bloqueo", entendiendo, ahí, "que, como en el caso al que nos hemos referido, que resolvimos mediante la citada sentencia de 6 de octubre de 2003, también debemos concluir que no hubo pasividad por parte de la Administración, sino una mera opción operativa para evitar males mayores, perfectamente calificable, a la luz de las circunstancias, como un funcionamiento normal y por eso no concurrente en la producción de los daños, en exclusiva imputables a los autores del bloqueo". (FJ 4º) (...)

“El motivo no pone en tela de juicio aquellas valoraciones de la Sala de instancia expresadas en las dos siguientes frases: "se está ante el bloqueo de varios puertos en el curso de un ambiente de movilizaciones generalizadas, ambiente caracterizado por la gran crispación"; y "se optó por no usar la fuerza en todos los puertos bloqueados ante esa situación objetiva de crispación y ante la previsión de que la misma causaría, o podría causar, un efecto contraproducente, un mal mayor, de ahí que optase por negociar y reunirse para solventar la situación".

A partir de ahí, debemos mantener el criterio expresado en nuestra anterior sentencia de 3 de mayo de 2004 y, en consecuencia, desestimar aquel único motivo de casación.

Es así, porque en casos como el enjuiciado, en que la Administración ejerce una potestad discrecional cuando decide si procede o no el empleo de la fuerza, habrá que decantarse por calificar como normal el funcionamiento de los servicios públicos si, al desechar ese empleo y optar por una vía de solución distinta, se aprecian razones justificativas que nazcan, precisamente, de la mayor entidad de los bienes jurídicos en posible peligro, de la idoneidad de esa vía, también, para poner fin con prontitud a la lesión de los otros ya afectados, y de la no acreditación de que ésta hubiera podido evitarse con decisiones anteriores para las que fueran predicables las notas de licitud y proporcionalidad según el estado y evolución previsible del conflicto en el tiempo en que dejaron de adoptarse.

Razones justificativas que sí son de apreciar en el caso que enjuiciamos: por las valoraciones de la Sala de instancia que no pone en tela de juicio el motivo; por la prontitud con que la vía elegida logró el desbloqueo; y, en fin, por no estar precisadas medidas concretas que adornadas por esas notas hubieran podido adoptarse antes.” (FJ 6º)

#### B) Deber jurídico de soportar el daño

**La obligación de soportar el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportarlo**

**STS de 29 de noviembre de 2011, Rec. casación 6335/2009**

“Ninguna duda ofrece que la Sentencia de instancia aplica los consolidados criterios de este Tribunal sobre la materia que entiende son indemnizables los daños como los aquí sufridos.

Con anterioridad se rechazó en la Sentencia de esta Sala y Sección de 30 de septiembre de 2009, Rec. casación 371/2008 la demanda de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración de justicia (criterio también mantenido en la Sentencia de 22 de junio de 2011, Rec. casación 5693/2007). Aquí se ejercita respecto de la Administración General del Estado por anormal funcionamiento de los servicios públicos penitenciarios en razón de la ausencia de incorporación al centro penitenciario para el cumplimiento de penas tras el disfrute de un permiso carcelario no obstante la orden cursada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Así en la sentencia de esta Sala y Sección de 18 de mayo de 2010, recurso de casación 3698/2008 se reproduce la doctrina contenida en la Sentencia de 4 de junio de 2002, a que hace mención la Sala de instancia para estimar la pretensión ejercitada. Se insiste en que “En supuestos similares al que ahora analizamos, -sentencias de siete de octubre de mil novecientos noventa y siete, cuatro de junio y veinticinco de mayo de dos mil, catorce de octubre de dos mil cuatro- hemos declarado que la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos derivados de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de la solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública <<l'egalité devant les charges publiques>>, según la doctrina francesa que, como tal, no puede gravar sobre un solo ciudadano y, por tanto, debe repartirse entre todos, a través de la correspondiente indemnización de la víctima cuya carga definitiva por la mecánica del impuesto, incumbe a los contribuyentes. “

En el caso analizado en la precitada sentencia de esta Sala y Sección se subraya que el hecho causante del resultado dañoso se produjo por un tercero, después de haberse fugado en un hospital mientras cumplía una condena anterior por un delito de homicidio y tenencia ilícita de armas, de manera que si tal fuga no se hubiera producido, tampoco se hubiera ocasionado la lesión que originó los daños susceptibles de indemnización.

**No hay obligación de soportarlo si procede de la anulación de un deslinde en aplicación de la normativa de costas. STS Rec. 634/2008.**

**Valoración de la conducta de los padres cuando se reclama por los daños derivados de la preadopción de los hijos menores. (STS de 28 de Noviembre de 2012; Rec. 4321/2010).**

**En casos de caídas hay que valorar la conducta del perjudicado**

**STS de 24 de Junio de 2009 (Rec. 1316/2009)**

procede la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la regulación de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado la determinante del daño producido, circunstancia que cabe considerar en el presente caso, en que, además, frente a las apreciaciones y hechos del Tribunal de instancia, ninguna objeción se formula con eficacia casacional en el presente recurso por parte de la actora. (niño que se cae en colegio por bajar las escaleras de modo atropellado)

**En el mismo sentido, aunque en relación a la anulación de la adjudicación de un concurso STS de 27 de Mayo de 2009 (Rec. 588/2005)**

**No se exige que la actuación de la administración sea antijurídica sino que lo sea el daño ocasionado.**

**STS de 3 de Diciembre de 2012 (Rec. 4232/2010)**

Es decir, no es el aspecto antijurídico del actuar de la Administración lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio en el sentido de que los administrados no estén obligados a soportarlo. (disminución del caudal de un río que supone disminución en las ganancias de una central hidroeléctrica)

Por lo anterior, aunque fuera cierta la tesis del Abogado del Estado de que la Administración demandada no actuó en este caso de forma ilícita o antijurídica, ello no resulta determinante ni decisivo para resolver sobre la existencia de responsabilidad patrimonial, pues supondría introducir un matiz subjetivo que carece de relieve en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Se desestima el primer motivo del recurso de casación, por considerar que la sentencia impugnada no infringe el artículo 141 de la Ley 30/92, pues dicho precepto no exige para declarar la responsabilidad patrimonial el requisito de una actuación antijurídica de la Administración.

**La exigencia legal de antijuridicidad se refiere al daño que sufre el particular, cuando el ordenamiento jurídico no le impone el deber jurídico de soportarlo.**

**STS de 3 de diciembre de 2012, Rec. casación 4232/2010**

“El artículo 141.1 LRJ-PAC, invocado por el Abogado del Estado, dispone que *“...sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley...”*

Es fácil advertir que el precepto citado no exige que el daño provenga de una actuación antijurídica de la Administración, como sostiene el Abogado del Estado en este motivo, sino que la exigencia legal de antijuridicidad se refiere al daño que sufre el particular, cuando el ordenamiento jurídico no le impone la carga o el deber jurídico de soportarlo.

Así se ha reiterado por la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en la sentencia de 8 de junio de 2010 (recurso 6422/2005), y en las que allí se citan, que ha insistido en que la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración.

Es decir, no es el aspecto antijurídico del actuar de la Administración lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio en el sentido de que los administrados no estén obligados a soportarlo.

Por lo anterior, aunque fuera cierta la tesis del Abogado del Estado de que la Administración demandada no actuó en este caso de forma ilícita o antijurídica, ello no resulta determinante ni decisivo para resolver sobre la existencia de responsabilidad patrimonial, pues supondría introducir un matiz subjetivo que carece de relieve en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Se desestima el primer motivo del recurso de casación, por considerar que la sentencia impugnada no infringe el artículo 141 de la Ley 30/92, pues dicho precepto no exige para declarar la responsabilidad patrimonial el requisito de una actuación antijurídica de la Administración”. (FJ 3º)

### **Hay obligación de soportar el daño si procede de una modificación de un PGOU**

#### **STS de 8 de Noviembre de 2010 (Rec. casación 214/2009)**

Independientemente de que no se justificó por la recurrente la minusvaloración que se produjo en el piso de su propiedad a consecuencia de la reconstrucción del Palacio de Deportes, lo cierto es, que en el supuesto que enjuicamos, el hecho dañoso sobre el patrimonio de la dañada no es antijurídico, pues, tiene su justificación en la Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, con la nueva calificación urbanística asignada inicialmente a la parcela de la calle Goya, afectada a una Dotación Pública de Zona Verde, en donde estaba ubicado el Palacio de Deportes y el edificio de la comunidad de propietarios, se beneficia al igual que todos y cada uno de los copropietarios del inmueble al eliminarse la primigenia situación urbanística de fuera de ordenación".

### **Administrado que se coloca voluntariamente en situación de riesgo**

#### **STS de 25 de octubre de 2011, Rec. casación 6284/2007**

“En sentencia de 17 de abril de 2001, recurso de casación 8512/1996, FJ tercero esta Sala recuerda que *“ha venido declarando, entre otras, en sus Sentencias de 22 de abril de 1994, 1 de julio de 1995 y 21 de noviembre de 1995, que existe el deber jurídico de soportar el daño cuando el lesionado se ha arriesgado a participar en una manifestación ilegal y violenta, pero en estas mismas Sentencias y en la de 7 de octubre de 1995 se declara también que el daño causado es antijurídico cuando la respuesta o reacción de las Fuerzas de Orden Público es desproporcionada en medios y modos, atendidas las circunstancias.*

*De la sentencia recurrida se deduce que el lesionado se encontraba en el fragor de la algarada callejera y que la forma en que actuaron los servicios policiales antidisturbios para reprimirla fue adecuada, teniendo en cuenta la conducta de las violentos, de manera que el Tribunal "a quo" ha respetado la aludida doctrina jurisprudencial al rechazar la existencia de responsabilidad patrimonial para la Administración debido al riesgo que el propio lesionado asumió con su conducta determinante en exclusiva del daño sufrido, por lo que no ha conculcado el precepto invocado como infringido ni la doctrina jurisprudencial que declara la posible concurrencia de causas en la producción de aquél, razón por la que el motivo de casación invocado debe ser desestimado.”*

También se declara inexistente la responsabilidad de la administración derivada de lesiones causadas en disolución policial de una manifestación en razón de que como fueron apreciados los hechos por la Sala de instancia en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 21 de abril de 2009, recurso de casación 7955/2004).

Si atendemos a los razonamientos más arriba expuestos el motivo no puede prosperar.

No ofrece duda que hemos de estar a la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia que parte del hecho de que el recurrente se colocó voluntariamente en una situación de riesgo.

También valora la Sala de instancia acerca de la proporcionalidad de la respuesta policial frente a la conducta violenta de los que les atacaban, lo cual se atiene a la doctrina de esta Sala.

Tal valoración no puede ser combatida en sede casacional argumentando lo depuesto por una serie de testigos por lo que no prospera la tesis de falta de ruptura del nexo causal”. (FJ 5º)

#### **STS de 16 de septiembre de 2011, Rec. casación 714/2007**

“Procediendo entrar al análisis del recurso, hay que advertir que las cuestiones planteadas en los dos motivos de casación formulados por la mercantil recurrente han sido objeto de numerosos pronunciamientos de esta Sala, de forma que hemos de remitirnos por razones de identidad entre los supuestos planteados y homogeneidad de doctrina a la formulada por esta Sala en las sentencias, entre otras muchas, de 14 de noviembre de 2007, recaída en el recurso de casación en interés de ley 77/2004, en

relación con la Junta de Andalucía, y 1577/2006, con respecto a la Xunta de Galicia, y sentencias de 8 de junio de 2010, casación 3340/2008, de 13 de mayo de 2011, recurso de casación 1532/2007.

En la sentencia de 14 de noviembre de 2007, recaída en el recurso de casación 77/2004, interpuesto en interés de ley, declaramos a iniciativa de la Junta de Andalucía la siguiente doctrina legal: *"El art. 26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas en él contempladas sin necesidad de instrucción previa de un procedimiento administrativo cuando resulten necesarias para garantizar la protección de la salud de los consumidores"*.

Del mismo modo, se ha manifestado esta Sala con reiteración con respecto a la cuestión de fondo planteada, esto es, la posible existencia de responsabilidad patrimonial administrativa a raíz de las medidas cautelares adoptadas en el año 2001 en relación con la comercialización de ciertos productos. Así, enjuiciando supuestos similares al que ahora nos ocupa, las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 4 de marzo (dos), 13 de mayo, 1, 9 y 12 de junio, 1 de julio, 20 de octubre de 2009, 8 de junio de 2010, 14 de septiembre de 2010, 29 de marzo de 2011, 13 de mayo de 2011, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 9520/2004, 9528/2004, 11473/2004, 11161/2004, 11459/2004, 11451/2004, 1515/2005, 557/2008, 3340/2008, 6475/2008, 1577/2006, 1532/2007 alcanzaron la conclusión de que los perjuicios derivados de la alerta alimentaria acordada 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", y de su inmovilización cautelar y transitoria decidida a raíz de ella, no debían ser considerados como antijurídicos, sino como unos que las empresas productoras de tales aceites tenían el deber jurídico de soportar, con la consecuente inexistencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que obligara a éstas a su indemnización. Conclusión que se alcanzó sin olvidar o sin dejar de tener en cuenta que la sentencia de este mismo Tribunal de fecha 27 de junio de 2007, dictada en el recurso de casación número 10820/2004, había confirmado una anterior del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que anuló, por no ser conforme a Derecho, aquella decisión de 3 de julio de 2001.

Procede, en consecuencia, en virtud del principio de igualdad y por una razón de unidad de doctrina, recordar los fundamentos que hemos expresado en aquellas sentencias:

*"[...] En el expediente de Alerta 2001/99, figura que el 31 de mayo de 2001 el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación traslada al Ministerio de Sanidad y Consumo una nota difundida en medios de comunicación de la República Checa sobre*

*los peligros del consumo de aceite de oliva procedente de España, al ser susceptible de contribuir a la creación a largo plazo de células carcinógenas, entendiéndose en aquel momento que se trataba de un problema puntual en el que no cabía descartar tendenciosidad con fines comerciales, a favor de otros Estados miembros de la Unión Europea.*

*No obstante, se evaluó el riesgo potencial de acuerdo con lo publicado al respecto por la Organización Mundial de la Salud y el IARC, coligiendo que procedía gestionar el problema como un riesgo grave para la salud, dada la toxicidad constatada de estos compuestos”. (...)*

*“La Alerta Alimentaria difundida pone de manifiesto lo siguiente”: (...)*

*-“Por ello, al amparo del artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, procede aconsejar la Inmovilización Cautelar y Transitoria de cuantos productos se comercialicen al consumidor final bajo las denominaciones citadas ("aceite de orujo refinado y de oliva" y "aceite de orujo de oliva").*

*[...] han de tomarse en consideración dos especiales circunstancias referidas, la primera, al hecho de que cuando se produce la alerta el 3 de julio de 2001 existían ya informes anteriores a nivel internacional que ponían de manifiesto los posibles riesgos existentes para la salud, así como que la citada alerta se produjo, no como consecuencia de una simple actuación de oficio de las autoridades sanitarias españolas, sino provocada por la difusión en medios de comunicación de la República Checa sobre el peligro del consumo de aceite procedente de España al ser susceptible a largo plazo de producir células carcinógenas [...].*

*Con carácter inmediato, mediante Orden del Ministerio de la Presidencia de 25 de julio de 2001, se procedió a establecer los límites máximos tolerables de hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aceite de orujo de oliva, así como los criterios aplicables al método analítico utilizable para el control del cumplimiento de lo así establecido [...].*

*La inmediatez entre la alerta y la Orden Ministerial, 22 días, durante los que se realizaron los análisis descritos y se fijaron las bases para la orden de referencia, demuestra la diligencia de la Administración y la no antijuricidad del daño.*

*[...] El Real Decreto 44/1996 de 19 de enero, regula en su art. 3º las obligaciones de productores y distribuidores, imponiéndoles el cumplimiento de la obligación de comercializar únicamente productos seguros, y obligando a los productores a tomar medidas apropiadas para mantener informados a los*



*consumidores de los riesgos que los productos que comercialicen podrían presentar, estando obligados los mismos, en función de lo dispuesto en el art. 4º, en ausencia de disposiciones comunitarias o españolas, a tomar en consideración los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en ese sector o bien la situación de la práctica y de la técnica, así como de la seguridad que razonablemente los consumidores puedan esperar.*

*Y es que, en definitiva, y al margen de las facultades de las autoridades sanitarias españolas, tanto nacionales como autonómicas, no pueden los productores prescindir de la adopción de las medidas correspondientes en relación con la comercialización para el consumo humano de un producto susceptible de entrañar riesgos y que se estaba comercializando con un nivel superior a los 70 microgramos por Kilo, como resulta de las pruebas analíticas realizadas sobre muestras antes de la adopción de la alerta, y ello con mayor motivo cuando en su fundamento de derecho octavo, la sentencia recurrida pone de manifiesto que la contaminación del aceite de orujo de oliva por benzopireno se produce en el proceso industrial de obtención del producto, y no porque previamente existan niveles de HAPs en la materia prima, sino porque los mismos, al parecer, son resultado de un proceso de combustión tendente a evitar la humedad del producto, y sobre todo porque existía, y existe, la posibilidad de reducir los niveles de contaminación mediante la aplicación de técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo, combinando tiempos, temperatura y presiones, como igualmente pone de manifiesto el Tribunal de instancia, afirmando que las técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo posibilita reducir los niveles de contaminación, llegándose a la práctica eliminación de estos compuestos, especialmente del benzopireno o, al menos, su reducción a menos de 1 microgramo/Kg, conociendo las industrias elaboradoras de este producto industrial, por tradicional, esta técnica, y estando las mismas en condiciones de incorporarlas rápidamente al proceso industrial tecnológico, según rotundamente afirma la sentencia recurrida.*

*En definitiva, constituía obligación de las propias empresas la aplicación de los medios tecnológicos que la situación de la técnica permitía, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4º del Real Decreto 44/1996 de 19 de enero, al objeto de reducir, y prácticamente eliminar, el benzopireno existente en el producto, sin que por las mismas se haya puesto en práctica medida alguna tendente a la reducción, al menos, del benzopireno que, por otro lado, resultaba obligado a partir de lo dispuesto en la Orden de 25 de julio de 2001 por la que se redujo el nivel de benzopireno y se determinó la fórmula analítica para su determinación.[...]"*

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto analizado conlleva la desestimación del primero de los motivos de casación formulados”. (FJ 3º)

***Otras sentencias sobre la misma cuestión: Rec. 6458/2005 y 2565/2006***

C) Anulación de un acto

**No basta la anulación del acto para tener derecho a indemnización**

**STS de 8 de junio de 2011, Rec. casación 2385/2007**

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

Como en este supuesto afirma el Dictamen del Consejo de Estado: "A la vista de lo que dispone el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, es cierto que la regla general es que ha de mediar la anulación del acto para que proceda declarar la responsabilidad patrimonial. Pero no es menos cierto que puede haber casos en los que la causación (sic) del perjuicio no tenga su origen tanto en la producción de un acto inválido como en las consecuencias que se derivan para el particular de la emisión de un acto que se ajusta al ordenamiento. Es decir, la antijuridicidad no se referiría en tales supuestos a la vulneración por el acto administrativo del ordenamiento jurídico, sino a la producción de determinados efectos en la esfera patrimonial del administrado respecto de los cuáles, aun amparándose en un acto válido, pudiera afirmarse que no existe deber jurídico de soportar".

En consecuencia es posible que habiendo dejado ese acto válido firme, pueda quien así proceda, de acuerdo con lo dispuesto en el número 5 del artículo 142 de la ley 30/1992, entablar una acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración autora de ese acto, siempre que como ocurrió en este supuesto, la ejercite dentro del año desde que se produjo el acto que motive la reclamación de la indemnización”. (FJ 4º)

**No es automática la indemnización derivada de la anulación de un acto.**

### **STS de 2 de Diciembre de 2009 (Rec. 3650/2005)**

Como recogemos en la sentencia de 8 de mayo de 2007, tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96, 4-11-97, 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por la existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados.

### **Gastos de abogado para solicitar la anulación de un acto. STS de 1 de Diciembre de 2009 (Rec. 48/209)**

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 (artículos 103, apartado 1, y 9, apartado 3, de la Constitución).

**Para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un servicio público resulta antijurídico debe tenerse en cuenta la naturaleza de la actividad administrativa.**

### **STS de 26 de octubre de 2011, Rec. ordinario 188/2009**

“No ofrece duda que el artículo 142, apartado 4, LRJAPAC, de igual contenido en el precedente artículo 40, apartado 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 de que la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la Administración no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella cuando se cumplan los requisitos precisos.

Como expresa la jurisprudencia de esta Sala, recordada en la Sentencia de esta Sala y Sección de 4 de noviembre de 2010, recurso de casación 818/2009, deben rechazarse las tesis maximalistas tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como las que sostienen su existencia en todo caso sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 2000, recurso de casación 8669/96 FJ 2º; 5 de febrero de 1996, recurso de casación 2034/93, FJ2º; y 14 de julio de 2008, recurso de casación para la unificación de doctrina 289/07, FJ 3º.

Ha subrayado esta Sala, Sección Sexta en la sentencia de 14 de julio de 2008, recurso de casación 289/07 (FJ 4º) y en la de 22 de septiembre del mismo año, recurso de casación para la unificación de doctrina 324/07, FJ 3º, para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa.

Como reitera la Sentencia de 16 de febrero de 2009, recurso de casación 1887/2007, *“el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3º, rememorada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/02, FJ 3º); en igual sentido se manifestaron las sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/95, FJ 2º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/02, FJ 5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/03, FJ 2º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 3º y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/06, FJ 3º)].”*

Añade que “no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente).” (FJ3º)

“Avanzando en la argumentación se hace preciso tomar en consideración la reiterada doctrina de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) sobre que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".

No debe olvidarse que conforme a reiterada jurisprudencia (Sentencia de esta Sala y Sección de 4 de noviembre de 2010, Rec. casación 818/2009 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. En consecuencia es la antijuridicidad del resultado o lesión lo relevante para la declaración de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración por lo que resulta necesaria la acreditación de su acaecimiento”. (FJ4º) (...)

**STS de 20 de febrero de 2012, Rec. casación 462/2011**

“Del mismo modo, hemos referido (entre otras, en las mismas sentencias de reciente cita) que la concurrencia de tales requisitos cuando la responsabilidad patrimonial se deduzca en relación con la anulación previa de actos administrativos, debe exigirse incluso con más rigor en dicho supuesto que en el de daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que estos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo". En particular, y por lo que se refiere al criterio de antijuridicidad del daño, ésta no se anuda a la conformidad o no a Derecho de la actuación administrativa sino a que el resultado de la misma produzca en el administrado un perjuicio que este no tenga el deber de soportar. Y, en relación con los supuestos de anulación de actos, si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión. Quiere ello decir que el examen de la antijuridicidad no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto que fue anulado, cuya antijuridicidad resulta patente por haber sido así declarada por el Tribunal correspondiente, sino desde la perspectiva de sus consecuencias lesivas en relación con el sujeto que reclama la responsabilidad patrimonial, en cuyo caso ha de estarse para apreciar dicha antijuridicidad a la inexistencia de un deber jurídico de soportar dichas consecuencias lesivas de acuerdo con el art. 141.1 de la Ley 30/1992.

En el caso sujeto a examen, la anulación de las resoluciones de la Confederación Hidrográfica de Aguas limitativas del aprovechamiento, en virtud de sentencias de 28 y 29 de diciembre 2006 de la misma Sala sentenciadora, se debió a razones de carácter formal, en relación con la falta de audiencia en el procedimiento. Tal anulación no prejuzga la existencia de responsabilidad patrimonial, ya que la privación del agua se produjo con carácter general y, en cualquier caso, no se ha acreditado un perjuicio efectivo y real al recurrente.

Item más, cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales, cual es el caso, bastará en principio con un ejercicio razonable y razonado de la potestad, dentro del campo de posibilidades abierto a la libre apreciación de la Administración, para no estimar concurrente el requisito de la antijuridicidad del daño. Esto lo hemos dicho, verbigracia, en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora, en que ha de reconocerse a la Administración unos márgenes de apreciación de la prueba practicada

encaminada a acreditar la existencia de los hechos constitutivos de la infracción administrativa. En tales casos, siempre que la sanción impuesta sea consecuencia de un ejercicio razonado y razonable de esos márgenes de apreciación, se deberá tener por inexistente el carácter antijurídico de la lesión y por tanto de uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Incluso cuando se trate del ejercicio de facultades absolutamente regladas, procederá el sacrificio individual, no obstante la anulación posterior de las decisiones administrativas, cuando éstas se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, revisadas y anuladas, en su caso, sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en la ya citada sentencia de 16 de febrero de 2009.

**La responsabilidad patrimonial no sustituye a la obligación del administrado para solicitar la anulación de los actos administrativos que le perjudican**

**STS de 3 de Mayo de 2010 (Rec. 3523/208)**

“Se pretende pues que tras la anulación de un acto administrativo que reconoció unos determinados beneficios cuantificados económicamente los órganos judiciales se pronuncien acerca de que aquella cuantificación económica debía ir acompañada de los correspondientes intereses, hecho respecto del que el fallo de la sentencia de 22 de febrero de 2005 nada dice de forma expresa sin que incumba analizar sus razonamientos ya que no estamos en el ámbito de ejecución de sentencia.

Tampoco consta que al percibir los antedichos atrasos fueran impugnados por no ajustarse a lo declarado en la precitada sentencia de 22 de febrero de 2005 ni que se introdujera incidente de ejecución respecto a si los atrasos abonados en enero de 2006 se ajustaban o no a lo ordenado en la tantas veces citada sentencia.

Resulta indiscutible que la responsabilidad patrimonial de la administración garantizada en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollada en la LRJAPAC bajo los principios antedichos establecidos por el legislador no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos por no haber utilizado los cauces legalmente establecidos.

**Rechazo por no haberse acreditado los daños por los que se reclama: STS de 10 de Abril de 2010 (Rec. 5563/2007); STS de 23 de Marzo de 2010 (Rec. 2251/2008). No hay responsabilidad si el daño se deriva de la conducta pasiva del que reclama. (STS de 27 de Noviembre de 2012 (Rec. 4237/2010).**

**Necesidad de valorar criterios de discrecionalidad de la administración a la hora de dictar resoluciones posteriormente anuladas que dieron lugar a la reclamación de responsabilidad.**

**STS de 16 de Septiembre de 2009 (Rec. 9329/2004)**

la simple anulación en vía judicial del acto administrativo que concedió la autorización de apertura de farmacia al Sr. Marazambroz Bernabeu y la denegó a la recurrente no determinaba, como apreció el Tribunal sentenciador de instancia, de forma automática e ineludible la concesión a esta última, sino que para ello resultaba necesario que las norma se integrara con la apreciación de conceptos jurídicos determinados en que, como reconoce la doctrina jurisprudencial de esta Sala antes mencionada, es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración, la resolución administrativa denegatoria de la autorización de apertura de farmacia no puede estimarse, conforme a los criterios anteriores, como no razonada o irrazonable, aún cuando resultara disconforme con el ordenamiento jurídico, ya que las circunstancias concurrentes permiten valorar con un margen de apreciación razonable, los requisitos reglamentarios exigidos para apreciar la existencia de un núcleo de población, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.1.b) del Real Decreto 908/78, de 14 de abril. Al efecto cabe destacar el hecho de que la propia Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Madrid formulara propuesta de resolución en sentido denegatorio, tanto de las peticiones de la recurrente como del Sr. Fernández Marazambroz, lo que confirmó la Asesora Farmacéutica de la Secretaria General de Servicio Regional de Salud de la Comunidad de Madrid, sin que la resolución, finalmente desestimatoria para la actora, mereciera, por el sólo hecho de su anulación por el orden jurisdiccional, la calificación de irracional o no razonada en la interpretación de las circunstancias concurrentes en el presente caso, donde, con independencia de las razones determinantes de la anulación del acuerdo denegatorio de la apertura de farmacia, no se



presentaban con carácter indubitado los requisitos exigidos por dicha norma para la concesión, a favor de la recurrente y en contra del otro solicitante de la apertura de farmacia así como la existencia de un claro núcleo de población en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3.1.b) del Real Decreto 908/1978 de 14 de abril.

*D) La acción de responsabilidad patrimonial no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos consentidos*

**STS de 19 de julio de 2011, Rec. casación 4912/2007**

“En tres sentencias recientes, de fechas 9 de abril, 3 y 26 de mayo de 2010, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 1970, 3523 y 3431 de 2008, hemos afirmado que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos.

Esto es lo que acontece en el caso de autos, pues las actoras, desde el mismo momento en que conocieron que les ingresaban cantidades inferiores a las acordadas en las resoluciones que citan, e incluso desde que conocieron la razón determinante de la minoración, pudieron combatir esa decisión de la Administración, aunque ésta no les hubiera notificado formalmente resolución alguna en ese sentido. Pudieron, en efecto, solicitar de ella que rectificara y respetara lo antes acordado, generando así un acto administrativo, presunto o expreso, que diera respuesta a esa solicitud. Pudieron, de ser desestimatorio, formular los recursos administrativos que procedieran contra él. Y pudieron finalmente interponer el correspondiente recurso jurisdiccional, si seguía siendo perjudicial para sus intereses la actitud de la Administración.

Ahí, en esa vía impugnatoria, y sólo en ella, era donde procedía debatir la justificación o no de la demora en dictar las resoluciones de septiembre de 1995; la procedencia o no de aplicar a unas solicitudes muy anteriores lo ordenado con efectos retroactivos en la Disposición transitoria única del Real Decreto 696/1996, de 26 de abril; también, la procedencia o no de aplicar esa Disposición a solicitudes cuya aceptación ya había sido anunciada antes de la fecha a que retrotraía sus efectos; o, en fin, la de aplicarla o no a solicitudes acogidas en resoluciones expresas dictadas antes de la publicación y entrada en vigor del repetido Real Decreto.

La falta de utilización de esa vía impugnatoria obliga aquí y ahora a entender que fue conforme a Derecho la minoración efectuada, e impide apreciar el necesario requisito de la antijuridicidad del hipotético perjuicio.

Por fin, y por no dejar sin respuesta expresa ninguna de las alegaciones de la parte recurrente, ésta tuvo a su alcance y pudo ejercitar, ante aquella aparente demora en dictar las resoluciones de septiembre de 1995, los remedios que el ordenamiento jurídico preveía entonces para hacer frente al silencio administrativo”. (FJ 4º)

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 21 de marzo de 2011, Rec. casación 3656/2009.

## **1.2. Reparación integral del daño.**

A) Compatibilidad de las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial con las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

### **STS de 3 de mayo de 2011, Rec. casación 120/2007**

“...La sentencia de 12 de marzo de 1991, recurso extraordinario por contradicción entre sentencias de la Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo 19/1990, fallada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ estableció la compatibilidad de la pensión extraordinaria que prevé el régimen de clases pasivas para los supuestos de perjuicios acaecidos en actos de servicio, con la indemnización por causa de la responsabilidad patrimonial en que haya incurrido la Administración Pública. Criterio ampliamente seguido por la Sala Tercera como indica la sentencia de esta Sala y Sección de 15 de marzo de 2011, recurso de casación 3887/2009, con amplia cita de otras anteriores.

En el FJ cuarto de la sentencia últimamente citada se recuerda que “*son notas específicas de esa concreta jurisprudencia, constituidas en esencia y en lo que ahora importa por la idea de que la pensión extraordinaria derivada del régimen de clases pasivas es, en principio, insuficiente para conseguir la plenitud de la reparación, dado su cálculo apriorístico y abstracto, desligado de las singulares circunstancias del caso. Y, también, por esa otra de que la exclusión de la indemnización anudada al régimen de responsabilidad patrimonial requiere que quede demostrado que se ha alcanzado dicha plenitud.*” (FJ 4º)

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 19 de abril de 2011, Rec. casación 5833/2006: “La cuestión que, a través de los tres motivos de casación enunciados, plantea el Abogado del Estado no merecería especial atención si se tratase simplemente de decidir la compatibilidad o no entre el cobro de las pensiones extraordinarias derivadas del ordenamiento de las Clases Pasivas del Estado con una

*indemnización dimanante de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues es doctrina jurisprudencial consolidada la que declara que las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración por tener su causa en títulos diferentes y ser exigencia de ésta la plena indemnidad de la víctima, que no se alcanzaría con el percibo de las prestaciones prefijadas en las citadas normas sectoriales (Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 2 de marzo, 20 de mayo y 28 de noviembre de 1995, 17 de abril y 12 de mayo de 1998, 5 de febrero, 2 de marzo y 10 de abril de 2000 y 29 de junio de 2002, entre otras).*

*También la STS de 29 de Septiembre de 2010 (Rec. casación 3367/2008)*

#### B) Valoración de los daños

##### **STS de 7 de diciembre de 2011, Rec. casación 6152/2009**

“... Nuestra jurisprudencia afirma que el sistema legal de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que introdujo la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que cita el motivo, no es de aplicación obligada a los que dimanen del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de suerte que sus criterios tienen valor orientativo y no vinculante en los procesos de reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (así, con ese carácter general, puede verse esa afirmación en las sentencias, entre otras, de 16 de diciembre de 1997 y 17 de noviembre de 2003, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 4853/1993 y 4683/1999). Afirmación que se mantiene y no cambia cuando la causa o concausa del accidente de circulación y del daño sufrido en él es, precisamente, el anormal funcionamiento del servicio público de señalización, conservación y mantenimiento de las vías abiertas al tráfico (así, por todas, en la sentencia de 23 de enero de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 137/2006)”. (FJ 6º).

##### **STS de 29 de marzo de 2011, Rec. casación 2794/2009**

##### **STS de 29 de noviembre de 2011, Rec. casación 4785/2009**

“Por otro lado, y con esto abordamos la restante cuestión que suscitaba el motivo de casación, propone el recurso que la indemnización debiera reducirse en dos

conceptos o partidas y excluir otra tercera, bajo el común denominador que la Sala se ha apartado de lo que demandaba estrictamente la técnica de aplicación del baremo previsto en la Ley del Seguro de Circulación de Vehículos de Motor.

En este sentido y en relación con la utilización de baremos preestablecidos, esta Sala tiene declarado (así Sentencias de 17 de noviembre de 2009, recurso 2543/2005, 24 de noviembre de 2009, recurso 1593/2008, 22 de diciembre de 2009, recurso 4109/2006, 9 de febrero de 2010, recurso 858/2007 y 23 de marzo de 2010, recurso 4925/2005) que el referido baremo de la Ley de Seguros Privados no tiene más valor que el puramente orientativo, con la finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del "quantum" indemnizatorio, pero sin que pueda invocarse como de obligado y exacto cumplimiento, por lo que no puede alegarse su infracción o inaplicación como fundamento de un motivo de casación.

La Sala de instancia, por lo demás, no hace otra cosa que seguir el criterio general en la valoración de los daños que se recoge en la jurisprudencia indicada, pues explícitamente ha aplicado el baremo a la cuestión como criterio orientativo para valorar la limitación funcional en relación la edad de la víctima y la afectación profesional y personal, esto es, una cuestión de hecho excluida de control en vía casacional fuera de la invocación de infracción de preceptos sobre prueba tasada, o se trate de una valoración absurda o arbitraria o se haya omitido algún concepto indemnizatorio, sin que tampoco se justifique de otra forma que la cantidad señalada como indemnización por los conceptos tenidos en cuenta en la sentencia recurrida resulte desproporcionada en relación con tales perjuicios y las cantidades reconocidas en supuestos similares por los Tribunales". (FJ 4º)

**En relación a los daños morales es precisa una cierta justificación**

**STS de 24 de Noviembre de 2009 (R 1493/2008)**

aunque el daño moral al no haber sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa o indirectamente mediante referencias pecuniarias, ya que sólo puede ser evaluado con amplios criterios de discrecionalidad judicial; entendemos de acuerdo con la doctrina sustentada por esta Sala en nuestras sentencias de quince de noviembre de dos mil dos, catorce de abril y dieciséis de mayo de dos mil tres y dos de marzo de dos mil cuatro, que aunque no es revisable en casación modificar el *quantum indemnizatorio* fijado por la Sala de instancia, salvo que concurran especialísimas circunstancias demostrativas de un ostensible y manifiesto error del Tribunal.

**Pretensión de reparación de expectativas de negocio. Rechazo por falta de la condición de daño efectivo.**

**STS de 21 de Diciembre de 2012. (Rec. casación 5521/2010)**

“Tiene razón el recurrente al señalar que la reparación del daño causado debe ser integral o *restitutio in integrum* -así lo viene señalando la jurisprudencia de esta Sala de forma constante- y que tal reparación ha de incluir, de haberse producido, el denominado daño moral entendido éste como el causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral. Sin embargo, la pérdida de expectativas de negocio, que es lo que el recurrente llama daño moral, no entra dentro del concepto expresado, sino que se trata de perjuicios de naturaleza económica, de carácter eventual y meramente hipotético, contrarios, en cuanto a su exigibilidad, al art. 139, apartado 2, de la Ley 30/1992, que impone la realidad y efectividad del daño para que éste pueda ser indemnizado. Así se ha expresado también por la Jurisprudencia, que ha señalado que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros "sueños de ganancias" como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (STS de 31 de enero de 2008). No otra cosa que la expuesta es lo que encubre la petición de la parte de obtener una indemnización por daño moral por pérdida de oportunidad, debiendo por tal motivo rechazarse”.

**Si hay concurrencia de culpas, los criterios de distribución no son susceptibles de recurso de casación y los fija el Tribunal de Instancia.**

**STS de 12 de Febrero de 2009 (Rec. casación 931/2004)**

**2) Relación de causalidad**

***2.1. En general***

**STS de 19 de abril de 2011, Rec. casación 5833/2006**

"[...] El problema de más enjundia o complejidad jurídica suscitado por el representante procesal de la Administración recurrente está en resolver si, a pesar de que el miembro de la Guardia Civil fue herido gravemente al realizar las prácticas de desactivación de explosivos, propias del grupo operativo al que estaba reglamentariamente adscrito, tiene derecho a ser indemnizado por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración o, antes bien, dado que cumplía un cometido al que ese riesgo de explosión es inherente, carece del derecho a una reparación por ese título al no ser antijurídico el perjuicio sufrido por tener el artificiero el deber jurídico de soportarlo por pertenecer libre y voluntariamente al grupo de desactivación de explosivos de la Guardia Civil, que, al igual que cualquier otro

servidor público tiene el deber de soportar aquellos singulares o especiales riesgos, libremente asumidos, por los que recibe determinadas prestaciones económicas o de otra clase.

En definitiva, se trata de decidir si, al integrarse libremente el ciudadano en un servicio público, está amparado o no por el derecho que los particulares tienen a ser indemnizados por las Administraciones Públicas por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que exista nexo causal entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, contemplado en los artículos 139 y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o, por el contrario, al asumir voluntariamente los riesgos inherentes al concreto servicio público que presta, tiene el deber jurídico de soportar los daños o perjuicios connaturales a dicho servicio público, de modo que no se pueden calificar de antijurídicos, por lo que no generarían a su favor derecho a una indemnización por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sino sólo aquellas prestaciones que deriven de su relación estatutaria con ésta.

[...] Entendemos que la clave para resolver el enunciado conflicto está en la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio y, en su caso, si ésta última es o no imputable al funcionario o servidor público.

En el supuesto de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido en la Sentencia de esta Sala de 10 de abril de 2000 (recurso de casación 9147/95, fundamento jurídico tercero B), aunque la doctrina expuesta no tuviese reflejo por razones procesales en su parte dispositiva.

En el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, requerido por el apartado 1 del artículo 139 de la mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado.

En el caso de que ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, debe ser cabalmente resarcido e indemnizado por la Administración Pública de todos los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado hasta alcanzar su plena indemnidad, pero en el supuesto de que hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, la indemnización en su favor habrá de moderarse en atención a su grado de participación. [...]"

En un razonamiento más breve, fruto de la síntesis alcanzada tras el estudio de esa jurisprudencia, se dice lo siguiente en la de 7 de julio de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 3800/2004:

"[...] conviene comenzar recordando que, en materia de lesiones sufridas por agentes públicos en acto de servicio, la jurisprudencia de esta Sala exige distinguir según se deban a funcionamiento normal o a funcionamiento anormal del servicio: si el funcionamiento ha sido normal, no hay lugar a indemnización, sin perjuicio de la pensión extraordinaria de clases pasivas que pueda corresponder; si el funcionamiento ha sido anormal, hay que diferenciar, a su vez, si la lesión ha sido consecuencia del comportamiento del propio agente o no, de manera que sólo en este último supuesto procede otorgar la indemnización (STS de 1 de febrero de 2003, 20 de febrero de 2003 y 29 de enero de 2004, entre otras). Hay que destacar que, dentro de este esquema, pesa sobre el reclamante la carga de probar el funcionamiento anormal del servicio público".

Del mismo modo, dicha jurisprudencia se expresó en la sentencia de 10 de marzo de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 10393/2004, en los siguientes términos:

"[...] el Tribunal de instancia hace una correcta interpretación de la jurisprudencia de esta Sala que, como tiene dicho, por citar la más reciente, en sentencia de 23 de abril de 2008, cuando, en este caso, la reclamación aparece dirigida a la Administración y planteada por personal dependiente de la misma en razón de daños sufridos con ocasión de la prestación del servicio, la cuestión a resolver ha de partir de la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio. Así lo hemos declarado en sentencia de 1 de febrero de 2003 y reiteramos en la de 14 de octubre de 2004. Como en ellas decimos, en el supuesto de funcionamiento normal el servidor público asume voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la Ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido en la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 2.000, invocada por la recurrida".

Por fin, en la de 29 de octubre de 2010, dictada en el recurso de casación núm. 4330/2006, se lee:

"[...] conviene recordar la jurisprudencia constante de esta Sala, a partir de nuestra sentencia de 1 de febrero de 2003 (Rec. 7061/2001), que declara que en los supuestos de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicables a su relación estatutaria [...]"

En el caso de autos, esta idea de la que acabamos de dar cuenta con detalle ha de ser tomada necesariamente en consideración, pues como dijimos al inicio del fundamento de derecho segundo, el actor no alegó en su demanda circunstancia alguna de anormalidad en el funcionamiento de la Administración al tiempo o con ocasión de aquel atentado terrorista y de aquella caída del caballo. En cambio, ésta alegó en su escrito de contestación que "la cuestión que el presente recurso plantea consiste en determinar si el daño causado (las lesiones físicas o psíquicas) es imputable a la Administración, como la parte actora solicita, o si se trata de daños inherentes a la profesión (policía) que por esto mismo tiene el deber jurídico de afrontar y soportar, o cuya reparación ya haya tenido lugar por otras vías idóneas". Y la sentencia de instancia, atenta sin duda a aquella idea, afirma al inicio del párrafo segundo de su fundamento de derecho tercero que "*...en el presente caso no se alega más vínculo causal ni título de imputación que las lesiones provocadas por el atentado terrorista, por las que ya fue indemnizado, y las derivadas de la caída del caballo...*" (FJ 5º)

#### **STS de 14 de febrero de 2011, Rec. casación 3964/2006**

“Para que nazca la responsabilidad patrimonial se precisa la existencia de un daño real y efectivo cuya producción ha de ser imputable por acción u omisión a una Administración Pública. Entre la actuación de la Administración y el daño debe existir un nexo causal, constituyendo presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la Administración ese enlace de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que se pueda generalizar dicha responsabilidad más allá de este principio de causalidad como se encarga de recordar la Sala de instancia. Los daños que HIMEXFIL, S.L. quiere imputar a la Administración son consecuencia de determinados gastos realizados para el desarrollo de la actividad de producción de electricidad, gastos que según sus manifestaciones se realizaron en la confianza de que se obtendría una



exención del pago del Impuesto Especial de Hidrocarburos pues de otra manera el negocio no sería rentable.

Aún dando por buenas las afirmaciones del recurrente, los gastos e inversiones realizados con la expectativa de obtener en el futuro una determinada exención de los Impuestos Especiales sobre Hidrocarburos no pueden considerarse en ningún caso como daños causados por una actuación de la Administración, ya que son consecuencia de un cálculo empresarial sometido a los riesgos que son propios de dicha actividad. La existencia de un determinado marco normativo relativo a exenciones tributarias en materia de hidrocarburos, que HIMEXFIL, S.L. consideraba favorable a sus intereses empresariales, no puede convertirse por este simple hecho en causa eficiente de los daños que reclama, y aún menos la actividad posterior de la Administración revisando las exenciones concedidas indebidamente, pues de esta última ninguna causalidad puede predicarse en relación con los daños que se invocan, que fueron anteriores en el tiempo.

Los motivos deben ser desestimados y con ellos el recurso de casación”. (FJ 2º)

#### **STS de 28 de septiembre de 2011, Rec. casación 3586/2007**

“Recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 22 de junio de 2010, Rec. casación 564/2008 lo vertido en las sentencias de once de abril y dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y seis sobre que *<<si el criterio esencial para determinar la antijuricidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo, debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente, por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados en aras al interés público>>*; la clave para apreciar la responsabilidad por acto legislativo, está en la apreciación de que los daños ocasionados sean de naturaleza especial, y que no se traten de meras expectativas de derecho. En definitiva, es preciso que exista un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.

Por ello la jurisprudencia que ha examinado la existencia o no de la responsabilidad patrimonial de la administración por actos legislativos en el ámbito urbanístico, cuestión próxima al supuesto de autos en que el antecedente viene constituido por la declaración de Parque Natural de la Cumbre Circo y Laguna de

Peñalara, exige la previa existencia de derechos consolidados o la patrimonialización de derechos urbanísticos, por aplicación de un criterio similar al establecido en la Ley del Suelo de 1976 respecto a responsabilidad por cambio de planeamiento. En tal sentido la sentencia de esta Sala y Sección de 18 de enero de 2011, Rec. casación 6259/2008 y las allí citadas.

La recurrente insiste en la existencia de nexo causal entre la pérdida de la explotación de la actividad de alquiler de material de esquí en Segovia a consecuencia de la Ley 6/1990 de la Comunidad de Madrid que cierra la estación de esquí con cita de jurisprudencia que reputa aplicable, que no muestra su concordancia con las circunstancias aquí concurrentes para que fuere aplicable.

Pero lo significativo es que la lesión invocada pérdida de ganancias por cierre de la estación de esquí, no es antijurídica. No había un derecho consolidado sino una mera expectativa mientras durara la concesión. Es evidente que el alquiler de material de esquí exige necesariamente la existencia de nieve. Y es notorio que en España en los últimos años no siempre ha habido nieve suficiente en las estaciones, por lo que, los negocios desarrollados a su alrededor dependan del tiempo.

## ***2.2. Distinción entre los supuestos de comportamiento activo y omisivo en el funcionamiento del servicio público.***

### **Sobre la obligación o deber legal de dictar una norma reglamentaria.**

#### **STS de 1 de junio de 2012, Rec. casación 2491/2010**

(En esta sentencia, se reproducen los de la de 21 de febrero de 2012, Rec. de casación 3036/2010):

*“En materia de responsabilidad patrimonial de la Administración es doctrina reiterada de esta Sala, recogida, entre otras, en sentencias de 16 de mayo de 2008, 27 de enero, 31 de marzo y 10 de noviembre de 2009, dictadas en los recursos de casación núms. 7953/2003, 5921/2004 9924/2004 y 2441/2005, respectivamente, que la imprescindible relación de causalidad que debe existir entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el caso de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. En cambio, tratándose de una omisión, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración solo se*

*le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar. Si bien las pretensiones deducidas frente a la omisión reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, el doble obstáculo del carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional, ello no ha sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad y de la omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales y no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que esta tenga un determinado contenido, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter.*

*Pues bien, respecto de la existencia de esta obligación o deber legal de dictar una norma reglamentaria, decíamos en sentencias de 16 de enero y 14 de diciembre de 1998 y 28 de junio de 2004 (procedimientos ordinarios núms. 6/1987, 194/1995 y 74/2002, respectivamente) que únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación "no de una mera habilitación" expresamente establecida por la Ley o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o trasponer. En definitiva, para que exista el deber jurídico de dictar la norma reglamentaria, cuyo incumplimiento permite la imputación objetiva de la lesión al comportamiento omisivo, es necesario que la Ley o Directiva a desarrollar, ejecutar o trasponer establezca expresamente dicho deber o que el silencio del Reglamento determine la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Ninguno de estos dos supuestos concurre en el caso enjuiciado: Como bien se dice en la Sentencia de instancia, el conjunto de medidas de protección que la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de*

*Instituciones de Inversión Colectiva, venía a sumar a las contempladas en la legislación general de consumidores y usuarios eran de directa e inmediata aplicación tras la entrada en vigor de la norma, sin que su eficacia estuviera necesitada o viniese demorada a un ulterior desarrollo reglamentario.*

*El texto de esta disposición adicional cuarta no contenía ningún mandato expreso para su desarrollo reglamentario, sino tan sólo la previsión de la posibilidad de tal desarrollo a fin de añadir a los extremos a que había de referirse la información precontractual que la Disposición establecía, otros no contemplados en la misma. No puede aceptarse, por tanto, la afirmación de recurrente de que la disposición adicional de que tratamos preveía un ulterior desarrollo reglamentario en lo que afectaba a las garantías expresas a favor del consumidor de este tipo de bienes tangibles: el texto del párrafo segundo del número 2 de esta disposición establecía una obligación de información a los clientes, entre otros extremos, sobre las garantías externas a la entidad que desarrollaba la actividad regulada en la disposición que asegurase el cumplimiento de sus obligaciones, para el caso de que estas se ofrecieran, pero no establecía la obligación de constitución de tales garantías. El eventual desarrollo reglamentario que en la disposición se contemplaba lo era, como ya se ha dicho, a los efectos de añadir a los extremos a que había de referirse la información precontractual que la Disposición establecía, otros no contemplados en la misma.*

*Tampoco la disposición final quinta de esta Ley 35/2003 contiene un mandato expreso de desarrollo reglamentario sino una mera habilitación genérica al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la misma.*

*Debe igualmente rechazarse la afirmación de que el no ejercicio de la habilitación legal para el desarrollo reglamentario de la disposición adicional cuarta provocó la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Yerra la parte recurrente en la interpretación que hace de este criterio jurisprudencial cuando sostiene que la Administración pública al no proceder a dicho desarrollo reglamentario ha incumplido la obligación de evitar el nacimiento de situaciones potencialmente lesivas del patrimonio de sus ciudadanos; obligación especialmente evidente "dice" en el caso que nos ocupa al haber existido múltiples avisos y llamadas de atención sobre la particular situación del sector de los bienes tangibles.*

*Con tal argumento viene la recurrente a erigir la intrínseca perfectibilidad de toda norma "sea, en el caso de que tratamos, a través del eventual desarrollo reglamentario previsto en la citada disposición adicional o por medio de la más*

*exigente regulación que de esta materia se contiene en la Ley 43/2007, de 13 de diciembre" en omisión de los titulares de las potestades reglamentaria y legislativa, a la que cabría imputar objetivamente cualquier lesión por falta de una concreta regulación "ad hoc" "reglamentaria o legal" que previniese la misma; lo que implicaría, como decíamos más arriba y en lo que aquí toca, una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por la inactividad o el silencio del reglamento. De ahí que la responsabilidad patrimonial por omisión requiera en su nexo causal de un deber jurídico de actuar y que éste deber jurídico, en el ámbito del ejercicio potestad reglamentaria, entendido como obligación de elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que ésta tenga un determinado contenido, solo exista en los dos supuestos vistos: cuando la a Ley o Directiva a desarrollar, ejecutar o trasponer establezca expresamente dicho deber o cuando el silencio del Reglamento determine la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico.*

*Pero, ni este segundo supuesto puede identificarse con la hipótesis de relación de causalidad a cuya acotación se encamina ni es la interpretación del mismo que defiende la recurrente la que resulta de las sentencias en que se alude a este caso de deber jurídico de llenar el silencio del Reglamento: mientras que el primer supuesto la obligación del desarrollo reglamentario es una obligación expresa de la Ley a desarrollar, en el segundo el deber jurídico de llenar el silencio del Reglamento es una obligación implícita que deriva de la necesidad de evitar el concreto efecto jurídico contrario a Derecho del propio Reglamento silente, provocado, precisamente, por este silencio; silencio u omisión que, por determinar en el propio Reglamento un efecto o situación jurídica contraria a Derecho, resulta de obligada subsanación, aun cuando, como precisan las sentencias más arriba citadas, en estos casos de omisión reglamentaria relativa el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley puede consistir simplemente en negar eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del Reglamento contrario al ordenamiento jurídico, sin imponer esta norma un determinado contenido.*

*En definitiva, la situación contraria a Derecho determinada por el silencio del Reglamento, que obliga a su corrección, es una situación jurídica, un efecto jurídico del propio Reglamento, y no, como sostiene la parte recurrente, una situación de hecho contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico, como es la lesión por la que aquí se reclama, cuya imputación objetiva al silencio del Reglamento es, precisamente, lo que se trata de determinar con la necesaria y previa verificación de la existencia o no del deber jurídico de actuar, esto es, de la verificación de la existencia o no de la*

*obligación jurídica de proceder al desarrollo reglamentario de la Ley o de llenar el silencio del Reglamento.*

*Por otra parte, la recurrente tampoco precisa cuales son las concretas disposiciones reglamentarias omitidas, cuya aprobación hubiera impedido la producción de la lesión. La única referencia que a esta cuestión se hace en el recurso es la relativa a la falta de desarrollo reglamentario en lo que atañe a las garantías expresas a favor del consumidor en este tipo de bienes tangibles, recogidas en el apartado 2 de la citada disposición adicional cuarta.*

*Pero, es que, como ya se dijo, este apartado segundo no prevé una obligación de constitución de tales garantías, sino la obligación de informar al cliente, de forma clara y precisa, entre otros extremos, sobre las garantías externas a la entidad que desarrolla la actividad regulada en esta disposición, que, en su caso, se establezcan para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.*

*La disposición adicional cuarta de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva no establece la obligación de constituir dichas garantías y el eventual reglamento de desarrollo de la misma nunca podría introducir esta obligación, toda vez que al ser esta materia objeto de reserva de Ley, en cuanto que medida limitativa de la autonomía de la voluntad en la esfera patrimonial de los destinatarios de la norma, el establecimiento por vía reglamentaria de la obligación de constituir las mencionadas garantías requeriría de una habilitación legal expresa, tal y como reiteradamente ha venido señalado el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en sentencias de 22 de diciembre de 1987, núm. 209/1987, 14 de enero de 1991, núm.4/1991 o 1 de julio de 1991, núm. 144/1991, al afirmar que: «El Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley, al menos de manera mediata a través de una habilitación»; habilitación legal expresa, que en la norma que nos ocupa no existe.*

*No siendo posible la previsión reglamentaria de garantías reclamada por la recurrente habida cuenta la falta de dicha habilitación legal expresa, no puede, en consecuencia, existir la omisión reglamentaria a la que se pretende anudar causalmente el resultado lesivo, cuya indemnización se solicita.*

*Por lo demás, el reforzamiento de la protección de los consumidores que supone la regulación de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, obedece, como su propio preámbulo indica, al propósito de dar respuesta a la realidad que da lugar al presente recurso: la de que en el tráfico mercantil de bienes con pacto de recompra,*

*acompañado de promesa o compromiso de revalorización cierto, el consumidor atiende principalmente a la promesa de revalorización y no presta atención suficiente a elementos importantes del contrato como es el de las garantías ofrecidas para respaldar la mencionada promesa.*

*Por otra parte, la regulación que incorpora la Ley 43/2007 da respuesta, también, a las recomendaciones del defensor del Pueblo en su informe anual de 2006, a que alude la recurrente; pero en modo alguno la aprobación de tal norma supone reconocer, como se pretende en el motivo, que las medidas de protección que la misma incorpora debieran de haberse introducido por la vía del desarrollo reglamentario pretendido que, como se ha dicho, no era posible".*

Por tanto, y de acuerdo con los razonamientos expuestos, no existía el deber específico de desarrollar por Reglamento la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, con lo que este concreto punto del motivo no puede ser acogido". (FJ 4º)

### **3. Prescripción**

#### **1) Interrupción del plazo por la pendencia de una acción civil o penal**

**Interrupción del plazo de prescripción del artículo 142.5 de la Ley 30/1992 por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración o cuando se instruye un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa.**

**STS de 16 de noviembre de 2011, Rec. casación 4522/2009**

"... La hipotética omisión de la reclamación previa a la vía judicial civil ha de entenderse como un defecto subsanable, dado que el respeto y recta aplicación del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva imponen que la interpretación de los obstáculos procesales se guíe por un criterio pro actione que, teniendo presente la ratio de la norma y la necesaria proporcionalidad entre la entidad del defecto y el efecto que a él se ligue, no impida, si una y otra no lo demandan de modo inequívoco, el conocimiento del fondo del asunto, y que huya en consecuencia de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (en este mismo sentido puede verse, entre otras muchas, la STC 120/1993, de 19 de abril). Conclusión, aquélla, que es de ver también en la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo de 23 de julio de 1999, dictada en el recurso de casación núm. 80/1995, en la que se lee, transcribiendo la doctrina de otras anteriores de 20 de marzo de 1975, 27 de febrero de

1987, 26 de mayo de 1988 y 27 de marzo de 1992, que "la jurisprudencia ha venido declarando que, aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento que aquélla viene a sustituir a éste identificándose su finalidad y, consecuentemente, sus efectos (Sentencias de 20 de junio de 1889, 20 de mayo de 1941, 23 de marzo de 1961, 17 de febrero de 1972, 20 de marzo de 1975, 27 de febrero de 1987 y 26 de mayo de 1988, entre otras), de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un defecto subsanable".

De otro, porque la acción civil ejercitada a través de aquella demanda que se presentó el 29 de septiembre de 2002 no era entonces manifiestamente inadecuada. En efecto, en esa fecha se hallaba vigente la redacción del art. 9.4 de la LOPJ introducida por el artículo único, núm. 1, de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que atribuía al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento "de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive"; añadiendo, es cierto, que "*si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional*". A su vez, el art. 2, letra e), de la LJ disponía entonces que dicho orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la "responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social". Sin embargo, ya con posterioridad a aquélla fecha, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, introdujo nuevos incisos en ambos preceptos: En aquél, estos dos: "*igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva*"; y "*también será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas*". Y en el segundo, éste: "*aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad*". Por tanto, parece que al menos para el legislador de finales del año 2003 era necesario clarificar, por las razones que fueran, la competencia jurisdiccional en caso de reclamación conjunta contra la Administración y particulares. Asimismo, cuando se presentó aquella demanda aún recaían pronunciamientos de la jurisdicción civil que declaraban la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en concurrencia con particulares, en base a la doctrina de la vis atractiva de dicha jurisdicción o para evitar el peregrinaje de jurisdicciones (así, por ejemplo, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21-10-2002, 29-4-2003 y 30-4-2003). Cabe concluir, pues, que aquella acción civil



era improcedente, pero no que dicha improcedencia alcanzara la magnitud de manifiesta, es decir, patente, notoria y ostensible.

Y, en fin, porque a partir de ahí, dada la interpretación restrictiva que ha de regir el instituto de la prescripción, y dado que el improcedente ejercicio de aquella acción civil no fue imputable a la sola desidia del actor, al coadyuvar a él, también, las escasas dudas aún posibles sobre el orden jurisdiccional competente, debe primar, por encima del conocimiento de la demanda por los demandados, la manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, con la consecuencia de que la decisión de inadmisión a limine de aquella acción, que se afirma como cierta por la recurrente, no deba comportar, por sí sola, la pérdida de aquel efecto interruptivo de la prescripción.

Debe imponerse, pues, la jurisprudencia de esta Sala Tercera que afirma que la interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 se produce por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencias, entre otras muchas, de 26 de mayo de 1998 y 21 de marzo de 2000).

(...) Frente a esa tesis afirmamos, tal y como resulta de una recta interpretación de la jurisprudencia recaída sobre ese tema (así, por todas, en la sentencia de 3 de marzo de 2010, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 268/2008, y en las que en ella se citan), que la mera iniciación de un proceso penal por los mismos hechos de los que derivó el daño o perjuicio, del que puedan resultar datos relevantes para concretar y enjuiciar, bien la responsabilidad subsidiaria en el marco de ese proceso, bien, en uno posterior, la responsabilidad patrimonial de la Administración y/o de los sujetos privados que concurrieron a la producción del daño, comporta ya por sí la interrupción del plazo de prescripción. O, como dice la sentencia de 23 de enero de 2001, dictada en el recurso de casación núm. 7725/1996, la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o el alcance de la responsabilidad subsidiaria comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el art. 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común”. (FJ 5º)

**2) Una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa dirigida exclusivamente contra la Administración no proyecta consecuencias contra terceros civiles**

**STS de 28 de diciembre de 2011, Rec. casación 4695/2009**

“No obstante los vaivenes legislativos a que hemos referencia en el fundamento anterior resulta innegable e inmutable que la posición en el proceso de los particulares se encuentra afectada por el cumplimiento del plazo legal para actuar frente al mismo al igual que acontece respecto de la administración pública.

Y, es incuestionable, que existe plena coincidencia entre el art. 1968 del Código civil (prescribe por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902) y el art. 142.5 LRJAPAC (el derecho a reclamar en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efectivo lesivo) en lo que se refiere al plazo prescriptivo.

Debe reconocerse eficacia interruptiva a la reclamación administrativa dirigida contra la administración en que se pretende una indemnización a consecuencia de una aducida lesión derivada de la actuación administrativa luego continuada en vía contencioso-administrativa.

Sin embargo no cabe entender que una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa dirigida exclusivamente contra la Junta de Andalucía pueda proyectar consecuencias sobre terceros civiles.

No es aceptable que al particular no le favorezca el plazo prescriptivo cuando se tramita un procedimiento administrativo frente a la Administración sin que el sujeto privado que se considera responsable hubiere tenido conocimiento de la actuación del reclamante. (...)

No existe en la LRJAPAC una obligación de comunicar a sujetos privados el inicio del correspondiente procedimiento administrativo como la contenida en el art. 49 LJCA respecto al proceso contencioso administrativo al establecer que “la resolución por la que se acuerde remitir el expediente se notificará en los cinco días siguientes a su adopción, a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días. La notificación se practicará con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule el procedimiento administrativo común”.

En un ámbito específico si llama la administración al procedimiento judicial, o en su caso, administrativo a un tercero sujeto de derecho privado, aunque no a cualquiera sin identificar. Se trata de las compañías aseguradoras con las que tiene concertado un contrato de seguro a fin de que defiendan los intereses que puedan verse afectados por una resolución judicial o administrativo, dado el tenor del art. 9.4 LOPJ.

Ha de entenderse prescrita la acción respecto de un sujeto privado que no es llamado al procedimiento administrativo, porque la acción no se dirige contra el mismo, pero, posteriormente, una vez transcurrido un año de la producción del evento dañoso, se dirige contra el mismo un recurso contencioso administrativo.

#### **4. Cuestiones generales**

##### **1) Sobre si las calificaciones efectuadas por la jurisdicción civil o penal pueden condicionar el pronunciamiento de este orden jurisdiccional contencioso administrativo**

##### **STS de 20 de junio de 2012, Rec. casación nº 496/2011**

“Un motivo similar ha sido desestimado en otro recurso análogo al presente, en concreto en Sentencia de 31 de enero de 2012 (recurso de casación 4525/2010), atendiendo a este distinto objeto que tienen las pretensiones entabladas ante la jurisdicción civil y contencioso-administrativa y, por supuesto, penal.

En esa sentencia, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los efectos de firmeza y cosa juzgada y sobre la intangibilidad de las resoluciones judiciales (SSTC 21/2011, de 14 de marzo, 123/2011, de 14 de julio, y 208/2009, de 26 de noviembre), rechazábamos que las calificaciones efectuadas por la jurisdicción civil o penal pudiera condicionar el pronunciamiento de este orden jurisdiccional contencioso administrativo, con los siguientes razonamientos:

“Décimo noveno.- Para resolver el quinto motivo si atendemos a la doctrina constitucional más arriba reproducida se observa que el presupuesto de aplicación del Derecho a cada caso no es el mismo así como que la Sala de lo Contencioso Administrativo motiva “ad casum “la distinta apreciación de los hechos respecto a lo acontecido en otros ordenes jurisdiccionales con una controversia jurídica distinta.

No altera ni revisa la intangibilidad de las sentencias dictadas en otros ordenes jurisdiccionales sino que se limita a resolver el conflicto dentro del ámbito contencioso administrativo.

Lo acontecido con Forum/Afinsa se aborda desde ópticas distintas: en el ámbito penal se tratará de dilucidar la comisión o no de una o varias infracciones punibles; en el ámbito concursal se dilucidará la naturaleza del concurso y los incidentes del mismo entre los que está que los créditos de los recurrentes hayan sido calificados de “ordinarios” y no “contra la masa”, sin que constituya la esencia del mismo delimitar o

calificar la naturaleza de los contratos sino las consecuencias frente al concurso y sus privilegios o subordinación.

Como claramente dice la sentencia de 28 de enero de 2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, dictada en el incidente concursal 369/2007, Forum Filatélico, SA, al resolver la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores el juzgado solo analiza los contratos respecto "el tratamiento que en el seno del concurso debe otorgársele".

Debe insistirse en que definir la naturaleza del contrato no constituye el objeto del incidente concursal como bien pone de relieve la parte dispositiva del mismo al desestimar la impugnación de las listas de acreedores.

Aquí se trata de resolver si la actuación administrativa en el desenvolvimiento de las sociedades mercantiles Forum/Afinsa incurrió en responsabilidad que le fuere imputable en razón de la actividad desarrollada para lo que es preciso analizar ésta en aras a pronunciarse si hubo o no incumplimientos de la administración generadores de responsabilidad. Y, a la vista de la legislación expuesta, el orden contencioso-administrativo entiende no se trataba de contratos financieros en el sentido de la legislación citada ni de actividad reservada a entidades de crédito que debiera estar sujeta a tutela administrativa.

Significa, pues, que el orden jurisdiccional civil y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no se han pronunciado sobre idéntica cuestión como sería identificar con efecto de cosa juzgada la naturaleza del contrato que vinculaba al demandante con Forum/Afinsa a fin de discernir si se regulaba o no por la totalidad de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, y no solo por su Disposición Adicional 4ª.

Tal pronunciamiento propio de una controversia entre los contratantes no ha tenido lugar.

Debemos recalcar que la jurisdicción civil en el seno del proceso concursal se limitó a calificar la naturaleza del crédito sin que pueda entenderse que tal afirmación ceñida a los estrictos efectos de privilegiar o subordinar el crédito guarde relación de estricta dependencia, en términos de la STC 208/2009, de 26 de noviembre, (FJ8) aunque no sea posible apreciar la concurrencia de las identidades propias de la cosa juzgada.

Por su parte, la jurisdicción contencioso-administrativa abordó la naturaleza del contrato, como ya se expuso, a los efectos de determinar si la Administración había incurrido en inactividad generadora de responsabilidad.

En consecuencia, cada orden jurisdiccional se ha pronunciado desde su respectiva perspectiva dejando imprejuzgada entre los contratantes (Forum/Afinsa y el recurrente) la exacta naturaleza de la relación jurídica que les unía.

Y respecto al orden penal debe desecharse su invocación dada la ausencia de pronunciamiento sin que el escrito de acusación del ministerio fiscal proyecte efecto alguno de intangibilidad y cosa juzgada”.

Las anteriores reflexiones son plenamente aplicables a este motivo, que suscita la misma cuestión acerca de la pretendida “vinculación” de la Sala "a quo" respecto a lo declarado por otros órdenes jurisdiccionales sobre el carácter financiero de la actividad. Y por ello el motivo 1.1 debe ser desestimado”. (FJ 3º)

**2) Improcedencia de invocar la infracción de normas civiles para fundamentar una casación en esta vía. Improcedencia de dirigir la casación contra los pronunciamientos dictados obiter dicta**

**STS de 20 de junio de 2012, Rec. casación nº 496/2011**

Debemos reiterar las exigencias formales que trae consigo la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, y la necesaria correlación entre el motivo y su desarrollo argumental. Ello permite apreciar de entrada una clara extralimitación o desviación del motivo, que bajo el manto que le proporcionan las normas civiles sobre la interpretación y la causa de los contratos plantea en realidad el tema de la naturaleza financiera de la actividad.

A la anterior irregularidad se suma otra. Y es que como ya se anticipó si atendemos al núcleo del motivo, el mismo está atacando un razonamiento efectuado claramente a mayor abundamiento. La sentencia declara que la actividad de Fórum Filatélico era mercantil y no financiera. Pero aceptando como “hipótesis” que la actividad fuese financiera, concluye que en tal caso la operación financiera estaría oculta y disimulada bajo un contrato de compraventa. Y ese contrato oculto no podría oponerse a la Administración como tercero que es frente a él.

El motivo convierte la hipótesis en fundamento del fallo, alterando la fundamentación de la sentencia y atribuyéndole un contenido que no tiene. En consecuencia el motivo carece de todo sustento. La parte razona del siguiente modo: como la sentencia dice que no hay responsabilidad patrimonial porque el contrato

financiero esta oculto o disimulado bajo uno de compraventa -cosa que, insistimos, no dice la sentencia- entonces como en la simulación relativa el contrato disimulado es válido (art. 1276 CC), la conclusión de la sentencia es errónea y en realidad dicho contrato debió haber sido supervisado por la Administración. Por tanto: hay responsabilidad patrimonial. Como se puede comprobar, la premisa de la que parte el razonamiento es falsa, pues no ataca la razón de decidir de la sentencia. Y ello hace que su conclusión sea errónea.

Es doctrina reiterada que el recurso de casación no puede dirigirse frente a argumentaciones de la sentencia recurrida que constituyen “obiter dicta” pero no la “ratio decidendi”, y que aquéllas resultan irrelevantes a la hora de fundamentar el recurso de casación (ATS de 5 de mayo de 2011, con cita de las Sentencias de 21 de Julio de 2003, recurso nº 4597/1999; de 28 de Septiembre de 2004, recurso nº 4743/2002; de 15 de Febrero de 2005, recurso nº 7168/2001; y de 14 de Marzo de 2005, recurso nº 3147/2000). En los mismos términos, el ATS de 28 de noviembre de 1997, recurso nº 5746/1997, recoge como característica esencial del recurso de casación que la crítica del recurrente se dirija contra los fundamentos jurídicos en los que se apoya el fallo para conseguir, en su caso, la anulación (que no modificación) del mismo como consecuencia de la estimación de todos o de alguno de los motivos aducidos, por la que aquélla no puede centrarse en fundamentos jurídicos utilizados “obiter dicta” por la sentencia recurrida.

Así lo hemos recalado en un recurso de casación sobre materia análoga (Fórum/Afinsa), en el que ya se ha planteado la posible vulneración de las normas sobre la causa de los contratos en relación con sentencias idénticas a la que es aquí objeto de recurso. En concreto, en la sentencia de 2 de enero de 2012, dictada en el recurso de casación 178/2011, en la que dijimos lo siguiente (fundamento jurídico octavo):

“Octavo.- El quinto y último motivo con el mismo amparo que los anteriores, afirma que la sentencia infringió el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 en su relación con las normas sobre la causa de los contratos, artículos 1.274 y ss. del Código Civil, que no pueden ser modificados unilateralmente, con infracciones de reserva legal de actividad y control del Ministerio de Economía y Hacienda, Banco de España y CNMV.

En síntesis el motivo sostiene que la calificación final bien sea mercantil o financiera de los contratos no es obstáculo para excluir la responsabilidad del Estado.

Sobre esta cuestión el Sr. Abogado del Estado opone que: "El motivo es inadmisibile por su carencia manifiesta de fundamento (art. 93.2.d) de la Ley de la Jurisdicción), ya que obedece a un error de comprensión, atendido que la sentencia de

instancia no dice que los contratos son simulados, ni afirma que estén sustentados en una causa falsa, ni los califica de nulos en aplicación del art. 1.276 del Código Civil.

Como resulta de su tenor literal (páginas 39 y siguientes), la sentencia se plantea una hipótesis y como tal la trata, de ahí, la utilización del tiempo condicional («estaríamos ante una simulación relativa...», «estaría encubriendo..», «<< se habría pactado...>>...», «en el hipotético caso que estamos examinando..»).

Y, de ahí, también, los términos con que se inicia la exposición: «Lo anterior se entiende, insistimos, partiendo de la base de considerar que los contratos suscritos por Forum y Afinsa representaban verdaderas operaciones de activo y pasivo propias de las entidades de crédito, lo que en el actual estadio del discurso no pasa de ser una mera hipótesis».

Sólo un añadido que enlaza con los términos con que finalizábamos la oposición al motivo anterior. Si los recurrentes estaban tan convencidos de que las operaciones que realizaban eran financieras y, no obstante, decidieron hacerlas bajo la forma de una inversión en bienes tangibles con una entidad no financiera, elemental es que deben correr con las consecuencias de esa su muy libérrima decisión, pero, lo que no cabe es que pretendan hacerlas recaer sobre un tercero que ni vendió, ni se comprometió a recomprar, ni, en fin, participó en simulación de género alguno".

Tampoco este motivo puede estimarse. En modo alguno la sentencia recurrida duda de la naturaleza de los contratos celebrados entre las partes que considera mercantiles. Si bien llevada la Sala de un celo de exhaustividad encomiable para resolver la cuestión sin dejar resquicio alguno a la duda, acerca de ese extremo se plantea la posibilidad de una simulación de un contrato de índole financiera bajo la apariencia de un contrato civil, precisamente para quedar fuera del ámbito que les estaba vedado de los contratos sujetos al control de la Administración.

Partiendo de la realidad de la naturaleza de contratos mercantiles que ofrecían los suscritos entre las partes ninguna responsabilidad era exigible a la Administración del Estado a través de las distintas manifestaciones en las que se pretende habría de intervenir sobre los contratos de naturaleza financiera o de inversión.

En consecuencia el motivo carece de fundamento alguno". (FJ 4º)

**3) Interposición del recurso contencioso administrativo. Doctrina sobre el artículo 45.2.d), en relación con el 138, de la LRJCA**

**STS de 16 de marzo de 2011, Rec. casación 3629/2009**

“Esta cuestión en la que se trata de analizar el contenido del Art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción en relación con el Art. 138 de la misma, quedó definitivamente resuelta por la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008, recurso de casación núm. 4755/2005, y en el que concurrían las mismas circunstancias que en el presente, como ya hemos advertido, a saber denuncia por la demandada del defecto, e inactividad de la demandante para proceder a su subsanación, si bien en aquel supuesto la Sala de instancia declaró la inadmisión del recurso, mientras que en este asunto la Sala rechazó la inadmisión planteada.

Como consecuencia de lo expuesto reproducimos ahora los argumentos más significativos de la sentencia del Pleno mencionada. En ella expresamos que: "el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998, (...) se refiere a las "personas jurídicas", sin añadir matiz o exclusión alguna, disponiendo literalmente que a aquel escrito de interposición se acompañará "el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado".

Por tanto, tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.

Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier



órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente".

La sentencia del Pleno como ocurre también en este supuesto constató que "la escritura de sustitución de poder general para pleitos que se acompañó con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, no incorpora o inserta dato alguno del que quepa deducir que el órgano de la mercantil competente para ello hubiera decidido ejercitar la acción. En ella, comparece ante el Sr. Notario quien manifiesta intervenir "en nombre y representación, como apoderado, de la sociedad".

Lo que quedaba acreditado era, por tanto, que dicho Procurador podía representar, con las facultades propias de un poder general para pleitos, a la mercantil en cuyo nombre comparecía. Pero no que tal representante ejecutara al interponer el recurso una decisión de litigar adoptada por el órgano competente de dicha mercantil.

Seguidamente la sentencia de 5 de noviembre de 2008 analizaba el contenido del Art. 45.3 de la Ley de la Jurisdicción que impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto. Es cierto que ese precepto fue modificado por el apartado 3 del Art. 14.8 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial de modo que el examen de oficio de la validez de la comparecencia la debe realizar ahora el Secretario judicial, así como el requerimiento para la subsanación de los defectos que se aprecien, siendo el Juez o Tribunal quien acordará el archivo de las actuaciones sino se subsanaran los defectos apreciados.

Pero salvado lo anterior la sentencia citada afirmó que "el alcance y significado de ese precepto se detiene ahí. De él no cabe derivar como efecto jurídico uno de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala (ahora el Secretario) no hacen aquel requerimiento, pues no es eso lo que dice el precepto ni es eso lo que se deduce de su tenor literal o de su espíritu o finalidad. Ni cabe derivar uno según el cual la invalidez sólo pudiera ser apreciada tras un acto en contrario del propio Juzgado o Sala (ahora el Secretario) que sí requiriera de subsanación.

La razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese mismo

momento. No otra. Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión.

Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entran en juego las normas del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción, comprendido en un Título de la Ley, el VI, que contiene las disposiciones comunes a sus Títulos IV y V, y por tanto las que son aplicables también al procedimiento contencioso-administrativo y a su fase de interposición que regula precisamente el Título IV.

Son así las normas de ese artículo 138, más la del artículo 24.1 de la Constitución en el particular en que proscribida toda situación de indefensión, las que rigen la cuestión que finalmente hemos de decidir, cual es si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en efecto concurría.

Sin desconocer que este Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario (así, entre otras, las de 10 de marzo de 2004, 9 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006 o 26 de marzo de 2007 y las que en ellas se citan), pero también otras coincidentes con la que ahora se dicta (así, por ejemplo, las de 21 de febrero y 5 de septiembre de 2005, 27 de junio de 2006, 31 de enero de 2007 o 29 de enero de 2008), es la respuesta afirmativa la que debe imponerse en un supuesto definido y delimitado por actos procesales como aquellos de los que dimos cuenta en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo (ahora por medio de Diligencia de Ordenación del Secretario, apartado 2 modificado por el Art. 14.65 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial) y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

Pero no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio, bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138.

Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre".

A la vista de lo anterior el motivo debe estimarse y en consecuencia casarse la sentencia de instancia que se declara nula y sin ningún valor ni efecto". (FJ 3º)

## 5. ENUMERACIÓN DE SUPUESTOS ESPECIFICOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

- **Responsabilidad derivada de la anulación de actos administrativos.**  
**STS de 27 de Octubre de 2010 (Rec. Casación 783/2009).**

*“En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros*

*de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita”.*

### **Responsabilidad derivada del funcionamiento del Defensor del Pueblo.**

#### **STS Pleno de fecha 27/11/2009 (Rec. 603/2007)**

La primera cuestión que analiza es si el Defensor del Pueblo puede ser centro de imputación de la responsabilidad del Estado, de modo que este último deba resarcir a los ciudadanos que sufran alguna lesión antijurídica por el funcionamiento de los servicios de aquel comisionado parlamentario. Concluye el Pleno de la Sala que *“estando justificada su existencia por la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a la actividad de la Administración, a la que supervisa, su ocupación entronca directamente con esa actividad, observándola con los lentes que le proporcionan los principios a que, conforme al artículo 103.1 de la Constitución, debe ajustarse la Administración cuando actúa. Desde esta perspectiva, su función se presenta como una prolongación natural de la tarea administrativa para la defensa de los derechos ciudadanos, sugiriendo, cuando fuere menester, la adopción de las medidas oportunas a fin de enderezar el proceder torcido o inadecuado de la Administración, formulando las advertencias, las recomendaciones y los recordatorios necesarios a tal fin (artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981). Presenta así una dimensión «prestacional» que autoriza a incluir esta institución en la cláusula general del artículo 106.2 de la Constitución” (...)* no nos cabe pronunciarnos sobre la resolución de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados ni, por ende, anularla, tal y como implícitamente se nos pide en la demanda. De otro, siendo la Administración del Estado, encarnada por el Consejo de Ministros, la que debe asumir la responsabilidad, ha de concluirse que la relación jurídico-procesal está mal constituida pues no ha intervenido en el proceso quien está llamado a reparar el daño, circunstancia que, a la luz del artículo 24 de la Constitución, impide adoptar aquí y ahora una decisión sobre el particular.

*Debemos, pues, desestimar la demanda, dejando a salvo el derecho de don Alejandro Santrich Badal 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 descrita en el primer antecedente de hecho, en el bien entendido de que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción quedó interrumpido el 9 de octubre de*

*2006, día en el que presentó ante el Letrado Mayor de las Cortes Generales el escrito formulando la reclamación.*

### **Otros supuestos de reclamaciones de daños**

- Daños derivados de la ejecución de obras: Rec. 1062/2009; 5471/2010; 214/2009; 430/2005
- Daños derivados de la anulación de actos administrativos: 5563/2007; 1325/2009; 734/2008.
- Daños derivados de la anulación de liquidaciones tributarias: 783/2009; 5601/2010
- Reclamación de los daños derivados de la modificación de accesos a un negocio: Rec. 2560/2008.
- Daños derivados de la sanción impuesta por una norma posteriormente anulada: Rec. 420/2008.
- Daños derivados de la anulación de un deslinde: Rec. 634/2008.
- Daño derivado del cambio del planeamiento urbanístico: Rec. 6433/2009.
- Daños por pérdida de derechos de edificación derivada de la aplicación de la ley de costas: Rec. 5161/2009.
- Daños imputados a la contratación con una aseguradora suspendida: Rec. 2441/2005.
- Daños derivados de una alerta alimentaria posteriormente anulada: Rec. 1515/2005; 9520/2004; 9528/2004; 11473/2009.
- Daños por caída en el interior de un colegio: Rec. 1316/2005.
- Daños provocados en la celebración de un festejo taurino: Rec. 4740/2004



## II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ

### 1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

#### 1. Distinción entre funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y error judicial

##### STS de 21 de julio de 2011, Rec. 129/2009

Y decíamos en nuestra Sentencia de 17 de febrero de 1999, que el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está sujeto en nuestro ordenamiento jurídico a un tratamiento diferenciado respecto del error judicial. Mientras la indemnización por causa de error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, a tenor del artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la reclamación por los daños causados como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige una previa declaración judicial, sino que se formula directamente ante el Ministerio de Justicia, en los términos prevenidos en el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. (FJ 3º)

(...) “La Sentencia objeto de la presente demanda considera que la parte recurrente imputa la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia al Auto del Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, por el que se dejó sin efecto la adjudicación del inmueble que había obtenido en la subasta, concluyendo que *“Así las cosas, nos encontramos ante una decisión jurisdiccional, por lo que sólo podría determinar derecho a indemnización, si hubiera sido efectivamente errónea, después del expreso reconocimiento del error a través del procedimiento establecido en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, presupuesto que no concurre en el supuesto enjuiciado”*.

Esto es, la Audiencia Nacional considera que se está ejercitando una acción de indemnización por error judicial que debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, a tenor del artículo 293.1 de la LOPJ, cuando lo cierto es que la recurrente en ningún momento imputó error alguno al Auto del Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid y, en consecuencia, no fundó su reclamación de indemnización en dicho auto, sino que, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, fundó su pretensión en los perjuicios ocasionados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia al haber el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid anunciado y celebrado una subasta en condiciones que determinan su nulidad, lo que significa que la

recurrente ejercita su reclamación por lo que considera un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, incardinable en el ámbito del art. 292 de la LOPJ. Consecuentemente, la Audiencia Nacional ha incurrido en un error patente al identificar el tipo de acción ejercitada por la recurrente.

Y es que, como acertadamente expone el Fiscal en su informe, una cosa es la resolución en la que se hizo efectiva la eventual lesión de los recurrentes, que fue precisamente el Auto de 29 de julio de 2004, lo que tiene incidencia en la fijación del cómputo para el inicio de la prescripción de la acción ejercitada, y otra cosa es el defecto en la actuación que se imputa al Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, consistente en anunciar y celebrar una subasta en condiciones que determinan su nulidad.

Estamos, pues, ante una resolución judicial viciada por un evidente error, que han provocado una decisión improcedente, pues resulta equivocado el desconocer que “Arco Segur, S.L.” había ejercitado, tanto en vía administrativa como judicial, una acción de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia incardinable en el ámbito del art. 292 de la LOPJ” (FJ 4º)

#### **STS de 7 de diciembre de 2011, Rec. casación 4847/2010**

“En nuestra reciente Sentencia de 15 de diciembre de 2009, con cita de la de 18 de abril de 2000 –recursos 289/2008 y 1311/1996-, recordábamos la distinción entre la institución del error judicial y la del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Decíamos que “El error judicial consiste, en los términos que ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 16 de junio de 1995, 6 de mayo de 1996, 26 de junio de 1996 y 13 de julio de 1999, entre otras, y sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992) en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía del orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el ordenamiento jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial (sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 2 de julio de 1999). El funcionamiento anormal abarca, por su parte, cualquier defecto en la actuación de los juzgados y tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades. Del funcionamiento anormal se extrae un supuesto específico, el de error judicial, para seguir un tratamiento jurídico separado. No cabe duda de que, como dice la sentencia de 17 de febrero de 1999, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está sujeto en nuestro



ordenamiento jurídico a un tratamiento diferenciado respecto del error judicial. Mientras la indemnización por causa de error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, a tenor del art. 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la reclamación por los daños causados como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige una previa declaración judicial, sino que se formula directamente ante el Ministerio de Justicia, en los términos prevenidos en el art. 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”. (FJ 2º)

#### **STS de 14 de junio de 2011, Rec. casación 4241/2010**

“... Para apreciar la existencia de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se requiere además del ejercicio de la acción en plazo y de la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente producido por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con la concurrencia de la oportuna relación de causalidad, que el daño no sea consecuencia de una decisión judicial errónea, esto es, que no derive de un pronunciamiento emitido por un Juez o Magistrado en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, ya que en este caso, con la excepción del supuesto de prisión seguida de pronunciamiento judicial absolutorio, el derecho a la reclamación se condiciona al expreso reconocimiento del error judicial por los trámites del procedimiento previsto en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de forma que en los supuestos en que se aprecien y concurren irregularidades con relevancia en la litis la pretendida responsabilidad no tendrá encaje en el concepto de "*funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*" y sí, en su caso, en el de "*error judicial*", (Sentencia de 25 de febrero de 2011, recurso de casación nº 4292/2006)”. (FJ 3º)

#### **STS de 9 de Octubre de 2012 (Rec. 795/2007)**

El art. 293 LOPJ es meridianamente claro cuando dispone que "la reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca". Pues bien, el primero de los conceptos por los que el recurrente reclamó indemnización habría debido formularse, sin duda alguna, como error judicial: seguir causa penal contra alguien es algo que se produce necesariamente en virtud de resolución judicial y, por consiguiente, es ejercicio de la potestad jurisdiccional. La imputación del perjuicio a un acto judicial equivocado es precisamente, según una muy consolidada jurisprudencia, el criterio central para distinguir el error judicial del mero funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: mientras que éste se refiere genéricamente a las irregularidades y deficiencias

en que pueda incurrir el servicio público de la justicia, aquél consiste específicamente en actos judiciales. Véanse en este sentido, entre muchas otras, las sentencias de esta Sala de 13 de julio de 1999, 14 de noviembre de 2000 y 13 de octubre de 2001. Dado que en el presente caso el error no había sido previamente declarado mediante la correspondiente decisión judicial, la sentencia impugnada no podía otorgar indemnización alguna por los perjuicios sufridos como consecuencia de la causa penal seguida. Téngase en cuenta, además, que la declaración judicial del error no puede deducirse de cualquier resolución que anule lo actuado en un proceso, sino que debe hacerse por el Tribunal Supremo en el modo previsto por el art. 293 LOPJ.

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 28 de junio de 2011, Rec. casación 1624/2007.*

## **2. Reparación del daño: indemnización**

### **1) Doctrina general**

#### **STS de 21 de junio de 2011, Rec. casación 2036/2007**

“El principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración comprende todos los daños alegados y probados sufridos por el perjudicado, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral.

El daño material y efectivo ha de justificarlo quien reclama (STS 29 de mayo de 2007, Rec. casación 8158/2003, Sección Sexta).

No ofrece duda la compatibilidad con otras formas de resarcimiento pero sin hacer por ello abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías (STS 12 junio de 2007, Rec. casación 9603/2003 y las allí citadas).

Recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/09, (con cita de otras anteriores) que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

No debe olvidarse que, como dice la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 17 de noviembre de 2009, recurso de casación 2543/2005, constituye una cuestión de hecho no revisable en sede casacional.

Y como expresa la Sentencia de 23 de marzo de 2010, de esta Sala, Sección Sexta, recurso de casación 4925/2005, (con cita de otras anteriores) solo cabrá la revisión de la cuantía de las indemnizaciones cuando vulnere preceptos sobre la prueba tasada o cuando la valoración de la Sala resulte irracional o ilógica.

En la Sentencia de esta Sala y Sección de 31 de mayo de 2010, recurso de casación 3353/2088 hacíamos mención a otra anterior de fecha 2 de marzo de 2005 citada en la sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 314/2002, Sección Sexta, para insistir en que la cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional. O, en términos de la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 14 de mayo de 2010, recurso de casación 650/2006, con cita también de otras anteriores, no es revisable en sede casacional siempre que el Tribunal de instancia hubiere observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad de su compensación. La antedicha sentencia recuerda otra anterior, la de 22 de octubre de 2001, acerca de que al Tribunal de casación aunque tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía no le está permitido corregir la evaluación que hubiese hecho el Tribunal sentenciador si respetó la razonabilidad y la ponderación en atención a los hechos declarados probados”. (FJ 9º)

## **2) Reparación integral**

### **STS de 12 de abril de 2011, Rec. casación 4403/2006**

“Constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala manifestada en la STS de 10 de diciembre de 2009, recurso de casación 1885/08, FJ 9º con cita de otras anteriores declarar que " en aras del principio de reparación integral viene considerando, junto con el abono de intereses (sentencia de 20 de octubre de 1997), como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad que subyace tras la institución de la responsabilidad extracontractual de la Administración la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (sentencias de 15 de enero de 1992 y 24 de enero de 1997 ). Esta Sala a tal fin establece que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo actualizada a la

fecha de esta sentencia con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, con el límite máximo de lo reclamado por el recurrente".

El anterior criterio responde a las previsiones del art. 141.3 de la Ley 30/92, de 20 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que refiere el cálculo de la indemnización al momento en que se produjo la lesión, actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, es decir, al momento en que se fija la indemnización, con arreglo al índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y los intereses de demora en el pago, que es tanto como decir desde que se fija la indemnización.

Respecto a los intereses resulta correcta la doctrina de instancia acerca de su procedencia desde la reclamación administrativa que no puede ser sustituida por la pretensión de la recurrente ejercitada en la demanda desde que se produjo el daño por cuanto aquella fue la petición concreta dirigida al Ministerio de Justicia al iniciar el expediente mediante la correspondiente reclamación". (FJ 9º)

### **3) Revisión del quantum indemnizatorio en casación**

#### **STS de 19 de julio de 2011, Rec. casación 353/2010**

"... Según Jurisprudencia constante de esta Sala, la cuantía de la indemnización fijada por el órgano judicial de instancia no es susceptible de ser controlada en casación. La razón es que la cuantía de la indemnización depende de las concretas características de cada daño y, por ello mismo, es una cuestión de hecho, cuya solución depende de la valoración del material probatorio. La única excepción que se admite a esta regla general es la misma que vale, en términos generales, para la apreciación de la prueba: si es ilógica o arbitraria, puede ser revisada en casación. Así resulta, entre otras muchas, de las sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2010, recurso de casación núm. 5528/2005 y de 9 de febrero de 2011, recurso de casación núm. 5934/2008.

Tanto del contenido de los motivos formulados como del propio suplico del escrito de interposición en el que el recurrente solicita de esta Sala "se sirva casar la recurrida y dictar otra ajustada a derecho incrementando la indemnización fijada a favor de mi representado en la sentencia recurrida en 8.202,56 € por las pagas extraordinarias y hasta 872.178,42 € (en vez de 94.000 €) por el tiempo de estancia en prisión, y manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida" se desprende

que el presente recurso de casación se dirige única y exclusivamente a discutir el quantum de la indemnización reconocido por la Sala de instancia.

Como hemos dicho en nuestra Sentencia de 3 de mayo de 2011, casación nº 5490/2009:

*Más concretamente, refiriéndonos la valoración de la prueba practicada en la instancia cabe añadir que el recurso de casación no puede fundarse en el error en que hubiese podido incurrir el Tribunal de instancia al valorar la prueba, salvo que se haya alegado por el recurrente que se incurrió en infracción de normas o jurisprudencia reguladoras del valor tasado de determinadas pruebas, en los contados casos en que la apreciación de la prueba no es libre, sino tasada, o se alegue y acredite que la valoración ha sido arbitraria o irrazonable, (Sentencia de 8 de junio de 2010, RC 1045/2009).”*

Si atendemos a los criterios que hemos expuesto el recurso de casación interpuesto encuentra como primer obstáculo que la crítica de la apreciación probatoria a efectos de revisión del quantum indemnizatorio no es eficaz en casación y en segundo lugar, que ninguno de los dos motivos de casación, formulados ambos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional hace referencia a infracción de normas o jurisprudencia reguladoras del valor tasado de determinadas pruebas, sino que se recoge como único precepto infringido el artículo 294.2 de la L.O.P.J. pero sin razonar ni justificar cómo ni en qué medida habría sido infringido por la Sentencia, que estima parcialmente el recurso Contencioso-administrativo interpuesto, ni aún cómo la infracción de éste precepto ha sido determinante del fallo.

Esto necesariamente conlleva que ambos motivos de casación deban ser desestimados porque lo que en ellos se alega no pone de manifiesto de modo objetivo, en absoluto, que la valoración de la prueba por la Sala de instancia haya sido arbitraria e irracional, ni que a estos vicios responda el modo tan detallado con que cuantifica en el Fundamento de Derecho Cuarto la sentencia recurrida, transcrito literalmente en el primero de ésta, la indemnización que finalmente entiende justa.

Reitérese nuevamente la constante Jurisprudencia de esta Sala, de la que es muestra reciente la Sentencia de 3 de mayo de 2011, recurso de casación 505/2007, “*Es conocida la reiterada doctrina jurisprudencial (valgan por todas Sentencias de 25 de septiembre 2001, 9 de octubre 2001 RJ 2001\10075) según la cual la determinación del «quantum» indemnizatorio procedente en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en tanto no se demuestre el error, su*

*irracionalidad o la infracción de las normas que regulen la valoración de los medios probatorios.» (...)*

En cuanto a la cita de estas Sentencias tampoco puede apreciarse infracción de Jurisprudencia toda vez que como tiene declarado este Tribunal cuando se denuncia la infracción de jurisprudencia ha de hacerse un cierto análisis comparativo entre las Sentencias del Tribunal Supremo que se traen a colación y la aplicación del ordenamiento jurídico realizado por el Tribunal "a quo" para poner de relieve la vulneración en que incurre la sentencia impugnada. En este sentido, esta Sala ha declarado, por todos, Autos de 27 de marzo de 2008, dictado en el recurso de casación nº 3661/2007, que *“una reiterada doctrina de esta Sala viene manteniendo que para que el motivo de casación consistente en la infracción de la jurisprudencia pueda ser tomado en consideración no basta la cita de varias sentencias de este Tribunal, sino que es necesario que se relacionen las circunstancias concurrentes en los precedentes citados con el caso examinado, lo que en el caso examinado se ha omitido (por todas, Sentencia de 14 de octubre de 1993)”*; Auto de 2 de octubre de 2008, dictado en el recurso de casación 138/2008, que *“como ha declarado reiteradamente este Tribunal, en el recurso de casación no puede alegarse -para fundar la infracción de jurisprudencia- mas que sentencias de este tribunal, ex artículo 1.6 del Código Civil, y además por cuanto que, también según criterio reiterado de la Sala, mediante la jurisprudencia alegada como infringida, solamente pueden traerse a colación, como término de contraste, resoluciones del Tribunal Supremo en que se hayan tenido en cuenta circunstancias de hecho (incluso las particulares de la parte recurrente) iguales o similares a las del caso debatido y no declaraciones generales, como aquí ocurre (en este sentido autos de este tribunal de 9 de enero y 2 de octubre de 1998 ,de 12 de enero y 14 de septiembre de 2006, recursos números 5850/1997, 10150/1997, 7982/2003 y 7998/2003”*; y Auto de 29 de noviembre de 2007, recurso de casación nº 4375/2006 *“para invocar la infracción de jurisprudencia es necesaria la cita de dos o más sentencias de ésta Sala -ya que no basta una sola, según dispone el artículo 1.6 del Código Civil- coincidentes en el establecimiento de una determinada doctrina; y es necesario, además poner de relieve la identidad o semejanza esencial de los casos resueltos por aquéllas, extremo que tampoco aborda el recurrente”*, identidad o semejanza que no se justifica en modo alguno.

No cabe sino desestimar el recurso pues como dijimos en nuestra Sentencia de 30 de junio de 2010, RC 2384/2006, *“en relación con este quantum indemnizatorio, al no apreciarse infracción alguna del ordenamiento jurídico, nos está vedado revisarlo por tratarse de una cuestión de hecho apreciada y valorada por la Sala de instancia*

*que debe respetarse, como conviene a nuestra función de casación, que tiene como fin declarar la interpretación correcta de la ley”. (FJ 4º)*

## **2.FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

### **1. Requisitos generales y supuestos**

#### **STS de 11 de octubre de 2011, Rec. casación 4848/2007**

“La viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, también de la de Justicia, requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPA con los matices introducidos por el art. 292 LOPJ: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia c) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Reitera la jurisprudencia (por todas SSTS 7 de febrero 2006 recurso de casación 6445/2001, 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003, 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria” (FJ 6º).

#### **Fallecimiento en prisión (Rec. 3872/2008)**

#### **Procesos de gran complejidad por su volumen (Rec. 237/2008)**

**Lesiones causadas a empleado de entidad bancaria en el atraco de ésta por un penado que no había vuelto al centro penitenciario al finalizar el permiso que disfrutó. (Rec. 371/2008)**

## **2. Antijuridicidad**

### **1) Dilaciones indebidas**

#### **STS de 24 de enero de 2012, Rec. casación 921/2010**

“El motivo no puede aceptarse. El mismo contiene un error en su planteamiento cuando se refiere al artículo 294 de la LOPJ, y a continuación centra su alegato en la existencia en el proceso de dilaciones indebidas que, a su juicio, carecen de la más mínima justificación. Sin embargo esta Sala no tiene inconveniente alguno en aceptar que estemos en presencia de un simple error material de transcripción del artículo citado, que no sería el mencionado, sino el artículo 292 de la misma norma, que se refiere "a los daños que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia" y que, según el mismo, "darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título".

Es Jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo que por conocida nos releva de su cita, la que reconoce en el derecho español en el ámbito del artículo 24.2 de la Constitución el derecho fundamental a "un proceso sin dilaciones indebidas", en idéntico sentido a como se configura en el artículo 14,3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre 1966, que proclama "el derecho de toda persona acusada de un delito a ser juzgada sin dilaciones indebidas ", y el artículo 6.1 CEDH de 4 noviembre 1950, que reconoce que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable".

Este derecho en una primera aproximación puede ser entendido como referido al proceso penal, si bien es apreciable en todo tipo de procesos, y ante cualquier clase de Tribunales, si bien en el derecho procesal penal, al estar comprometido el derecho a la libertad, el celo del juzgador ha de ser siempre mayor a la hora de evitar las dilaciones indebidas.

La determinación de cuándo una dilación procesal es indebida a tenor del artículo 24.2 de la Constitución, es una tarea que resulta en ocasiones compleja, toda vez que, no toda infracción de los plazos procesales constituye un supuesto de vulneración de este derecho fundamental, lo que ni siquiera se ha de dar siempre que el proceso tenga una duración anormal, sino que éstas existirán sólo en la medida en que tal infracción procesal afecte a la tutela judicial efectiva.



En definitiva la expresión "sin dilaciones indebidas" empleada por el artículo 24,2 CE hace referencia a un concepto indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar, como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo en función de sus propias y específicas dificultades, el interés que en aquél arriesga el recurrente, su conducta procesal así como la conducta de las autoridades que intervienen en el proceso.

Por otra parte, este derecho se vulnera tanto cuando el tiempo invertido en resolver definitivamente un litigio supera lo razonable, como cuando exista una paralización del procedimiento que por su excesiva duración esté igualmente injustificada y suponga ya, por sí, una alteración del curso del proceso que afecte a bienes jurídicos que este derecho protege.

Y no puede olvidarse que en la aplicación de esos criterios, los Jueces y Tribunales han de cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de su tutela efectiva.

Y ello aun cuando la dilación se deba a carencias estructurales de la organización judicial, pues no es posible restringir el alcance y contenido de este derecho, dado el lugar que la recta y eficaz administración de justicia ocupa en una sociedad democrática, con base en distinciones sobre el origen de la dilación que el propio precepto constitucional no establece, sino que, por el contrario, hace exigible a los Jueces y Tribunales en cuanto al cumplimiento de su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos". (FJ3º)

**También sobre dilaciones indebidas STS de 30 de Octubre de 2012 (Rec. 3290/2012)**

## **2) Depósito de vehículos**

### **STS de 8 de junio de 2011, Rec. casación 2178/2007**

“Sin perjuicio de reiterar lo dicho en las sentencias de esta Sala que invoca la de instancia de 18 de noviembre de 1999, recurso de casación número 6089/1995 y 13 de octubre de 2004, recurso de casación número 4516/2000, en las que expusimos que "no obstante lo dicho debe ponerse igualmente de manifiesto que si bien las normas del

Código Civil son las únicas aplicables a las relaciones entre propietario y depositario, y en su caso al depositante cuando éste es un particular o, dicho de otro modo, cuando quien designa al depositario es un particular, no son las únicas a tener en cuenta en la relación entre titular del bien depositado y órgano jurisdiccional ordenante del depósito judicial, pues ésta es una relación de derecho público en la que también han de tomarse en consideración los preceptos que regulan la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa", es preciso añadir que es claro que en este supuesto la Administración de Justicia incurrió en un anormal funcionamiento al hacer soportar a un particular la carga de transportar hasta sus instalaciones y mantener en las mismas durante un tiempo dilatado, que se extendió hasta bastante después del sobreseimiento de la causa, por no poseer o disponer de un lugar propio o habilitar un espacio público, donde llevar a cabo ese depósito ordenado por la autoridad judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 334 y 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con la imperativa obligación que impone el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a "todas las personas (...) de prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (...) sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley".

No es posible resolver la cuestión imponiendo a quien por obligación legal soporta la medida nuevas obligaciones como las que sugieren los informes que obran en el expediente de iniciar acciones legales para resarcirse de los perjuicios soportados frente a los titulares de los vehículos o retenerlos hasta conseguir el efectivo pago de lo adeudado. Existe funcionamiento anormal de la Administración de Justicia cuando la autoridad judicial ordena una medida perfectamente conforme a Derecho de depósito de unos vehículos, y la Administración de la Administración de Justicia no permite su cumplimiento facilitando un lugar público para el depósito de los bienes que constituyen el objeto del mismo, y se obliga a una sociedad a pechar con esa carga y, posteriormente, se le obliga para resarcirse del perjuicio a ejercer acciones legales frente a los propietarios de los vehículos que se devuelven a sus titulares.

En consecuencia existe el funcionamiento anormal que se denuncia y por ello el motivo se desestima". (FJ 4º)

**3) Daños reclamados por personal al servicio de la Administración de Justicia, derivados de su condición de funcionario de prisiones**

**STS de 21 de junio de 2011, Rec. casación 2036/2007**

“... Esta Sala, Sección Sexta, en su reciente sentencia de 29 de octubre de 2010, recurso de casación 4330/2006, recuerda la jurisprudencia constante de esta Sala, a partir de la sentencia de 1 de febrero de 2003 (Rec. 7061/2001), que declara que “en los supuestos de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicables a su relación estatutaria, tal y como acontece en el caso de autos en el que el reclamante accedió voluntariamente al cuerpo de funcionarios de prisiones asumiendo las cargas y riesgos profesionales que ello conlleva, como una superior situación de tensión por razón de la actividad que es propia a dichos funcionarios, sin que pueda imputar a la Administración ni siquiera los posibles agravamientos de la enfermedad que padecía como consecuencia de esa situación de tensión, pues la Administración en su actuar es completamente ajena a este hecho máxime cuando autorizó numerosas bajas del recurrente con ocasión de la enfermedad y cuando, finalmente, y en virtud de la relación estatutaria, procedió a cursar su jubilación por incapacidad permanente absoluta”. Situación extrapolable al caso de autos si atendemos a los hechos consignados en la sentencia impugnada.

**4) Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sobre la base de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos referentes a la necesidad de doble instancia penal.**

**STS de 9 de marzo de 2011, Rec. casación 3862/2009**

(En este supuesto, la Audiencia Nacional entró a conocer de la desestimación de una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia sobre la base de un funcionamiento anormal centrada argumentalmente en la inexistencia de doble instancia penal en el caso de un aforado.

La Sala de instancia comenzó por recordar que ya se había pronunciado sobre pretensiones indemnizatorias canalizadas por responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sobre la base de los

dictámenes del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos referentes a la necesidad de una doble instancia penal, destacando que el valor vinculante de los dictámenes del citado Comité ha sido cuestionado por nuestra jurisprudencia. (En este caso, el Comité de Derechos Humanos de la ONU había emitido un dictamen en el que manifestaba que el Estado español había vulnerado el art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al no haberse dado la oportunidad de obtener una revisión de la sentencia y de la condena, por lo que consideró que el Estado debía proporcionar al interesado un recurso efectivo que incluyera una indemnización adecuada).

La Sala de instancia concluyó que la sentencia del Tribunal Supremo, condenatoria para el recurrente, no había sido anulada, ni podía serlo, por el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, y entraba en las meras hipótesis el entender que de haber existido otra instancia la resolución hubiese sido distinta y favorable para el hoy actor y, por ello, atendido que los daños reclamados aparecían vinculados exclusivamente a la existencia de dicha condena penal, se rechazó la pretensión indemnizatoria.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.)

“... El recurso se basa en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y se sustenta en el Art. 121 de la Constitución que reconoce que "los daños causados (...) que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley", en relación con el 292 LOPJ y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por no aplicación por el Derecho Español de las normas procesales impuestas por el Pacto Internacional que le hubiera permitido al actor un recurso efectivo, así como la infracción de los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, y el artículo 106.2 CE.

Pero lo que no tiene en cuenta el recurrente y, desde luego, lo que no desvirtúa el motivo, es que no existió en este supuesto anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo enjuició de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y normas integrantes del bloque de constitucionalidad con plena jurisdicción y, en única instancia, unos hechos constitutivos de delito, y dictó sentencia firme mediante un juicio en el que se respetaron todas las garantías procesales exigibles. Las consecuencias que deriven de la infracción del Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por España reconocida por el Comité de Derechos Humanos en su dictamen de 5 de noviembre de 2004 no tienen cabida en el ámbito de este proceso, en el que se debate si se produjo un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y en el

que como concluyó la Sala de instancia ni por asomo existió ese tipo de funcionamiento anormal.

El motivo se rechaza”. (FJ 4º).

### **3. Prescripción**

#### **1) Principio de la actio nata**

##### **STS de 11 de julio de 2011, Rec. casación 339/2010**

“La previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse siguiendo el principio de la actio nata, responde a la necesidad de no dar comienzo el plazo de prescripción cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, que por ello no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, cual es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen, mas no resulta de aplicación cuando el daño producido resulta previsible en su determinación, y por tanto, cuantificable, pese a que permanezca el padecimiento por no haberse recuperado íntegramente la salud o quedar quebrantada de forma irreversible. Previsión para el ejercicio de la reclamación que en lo que se refiere al daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, se especifica en el artículo 293.2 in fine de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que “El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse”.

En lo que nos ocupa, el daño que sustenta la reclamación quedó determinado en el momento que el Juzgado de Instrucción acordó acceder a la petición de la recurrente y quedó desalojado y libre el local de su propiedad, pues desde entonces pudo la reclamante cuantificar de manera definitiva el perjuicio en atención la duración de la medida cautelar acordada en el proceso penal, y por ello ejercitar su acción por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin que quepa calificar el daño como continuo, ni por tanto abierto el plazo para su reclamación, por la posterior notificación del resultado de las actuaciones penales, de manera que cuando presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la

Administración de Justicia había transcurrido ya más de un año desde que pudo ser ejercitada.

No podemos llegar a otra conclusión a pesar de las alegaciones del recurrente sobre que hasta la notificación del auto de terminación del proceso penal no le fue cegada la posibilidad de reclamar el coste del depósito en el ámbito de aquel propio proceso, pues con independencia que la afirmación de la razón de esta otra vía procesal consiste en la aportación de sentencias de Tribunales inferiores de otros órdenes jurisdiccionales, referidas además a otros supuestos entre ellos el del reintegro del adelanto que el acreedor de las costas procesales hubiera efectuado a un tercero por el depósito de un embargo, que no es el supuesto de autos, no hay que olvidar que lo relevante es, la falta de determinación en que se quiere sustentar la doctrina de la actio nata no se predica del daño causado, como del título de la reparación que dice hubiera podido en dicho caso elegir ejercitar, que en todo caso no habilita alterar el régimen de la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida, ni por tanto mantener abierta la acción de reclamación al amparo de los preceptos que se quejaba infringidos.

Procediendo, en consecuencia, desestimar el presente recurso de casación.” (FJ 2º)

#### **STS de 24 de octubre de 2011, Rec. casación 4186/2009**

“Así las cosas, la previsión legal citada de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse siguiendo el principio de la actio nata, responde a la necesidad de no dar comienzo el plazo de prescripción cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, que por ello no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, cual es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen, mas no resulta de aplicación cuando el daño producido resulta previsible en su determinación, y por tanto, cuantificable, pese a que permanezca el padecimiento por no haberse recuperado íntegramente la salud o quedar quebrantada de forma irreversible. Previsión para el ejercicio de la reclamación que en lo que se refiere al daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, se especifica en el artículo 293.2 in fine de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que "El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse". Pero ello no

significa, por otro lado, que haya de quedar eternamente abierto el plazo para reclamar al arbitrio de la parte, sino que requiere la fijación de un momento en el tiempo en el que puedan determinarse con concreción la extensión y alcance de los daños y secuelas que se reclaman. (...)

Por tanto, y siendo que la sentencia de instancia valoró que no existía prueba respecto a estos elementos fácticos alegados como padecimientos que determinaran que esos padecimientos había existido y determinaban la consideración de daños continuados, procedió a tener por acreditado que el "dies a quo" para el inicio del cómputo de la acción de responsabilidad patrimonial en lo que se refiere al anormal funcionamiento de la Administración de Justicia era a partir de la absolució del recurrente por la Audiencia Provincial de Barcelona el diecinueve de junio de dos mil tres. Y ello no significa que se infrinja o vulnere el contenido del artículo 142.5 de la Ley 30/1992 en cuanto a la fijación de la entidad de los daños y secuelas, sino que es la parte los alega quien debe acreditar su existencia, siendo que ello debe ser valorado en la instancia como dato fáctico requerido de prueba al efecto. Esta apreciación respecto a la falta de prueba del inicio del cómputo corresponde a una facultad exclusiva de la instancia que únicamente es revisable en casación en el caso que la misma se repete ilógica, arbitraria y palmariamente errónea, lo que no ocurre en el presente caso atendido el examen de las actuaciones. Por lo que se refiere a la alegación referida a que la sentencia de instancia vulnera los artículos 292, 293 y 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no se concretan en el escrito de interposición cómo se han infringido siendo que el argumento principal de debate lo constituye la fijación del "dies a quo" para el ejercicio de la acción y el recurrente no aportó documentación alguna relativa a la existencia de esos daños ni propuso prueba en la instancia". (FJ 2º)

## **2) Interrupción del plazo de prescripción**

**Interrupción del plazo de prescripción de un año del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, cuando se instruye un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa**

**STS de 25 de febrero de 2011. Rec. casación 4292/2006**

“El artículo 146.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en su redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de aplicación al caso, prevé que "La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no

suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos, en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para fijar la responsabilidad patrimonial".

A partir de la aplicación del precepto en su nueva redacción, en la que se elimina la referencia de la redacción inicial relativa a que la exigencia de la responsabilidad penal "no interrumpirá el plazo de prescripción", esta Sala viene sosteniendo reiteradamente que "no cabe duda de que el proceso penal tiene eficacia interruptiva con carácter general y ello pues aunque, en una interpretación literal, dicha eficacia solo debía ser efectiva para el caso de que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, esta viene siendo la regla general". En el sentido indicado valga la cita de las sentencias de 10 de abril de 2008 (recurso de casación 5579/2003) y 29 de enero de 2007 (recurso de casación 2780/2003), así como las en ellas referenciadas.

En sentencia de 18 de enero de 2006 (recurso de casación 6074/2001, transcrita parcialmente en las referenciadas, se expresa lo siguiente:

*"Como hemos dicho en sentencia de esta Sala de 23 de enero de 2001, la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en tal supuesto en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos; tal criterio tiene su origen en la aceptación por este Tribunal del principio de la "actio nata" para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esa coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."*

Pues bien, en aplicación de dicha doctrina, y en atención a que al igual que en los supuestos contemplados en las indicadas sentencias, en el de autos las diligencias penales se instruyeron por el mismo hecho que determina la responsabilidad de la Administración que ahora examinamos, es preciso reconocer eficacia interruptiva de la prescripción a las diligencias penales, y, en consecuencia, declarar haber lugar al recurso,



al formularse la reclamación antes del transcurso del plazo del año, computado desde la notificación de la resolución confirmatoria del archivo dictada por la Audiencia Provincial de Toledo”. (FJ 4º)

#### **4. Responsabilidad por retrasos en el tribunal constitucional.**

##### **STS de Pleno de fecha 26 de Noviembre de 2009 (Rec. casación 585/2008)**

Responsabilidad patrimonial del estado por retrasos indebidos del tribunal constitucional en la decisión de un incidente de recusación formulado en un recurso de amparo. Se reconoce la posibilidad de exigir responsabilidad por daños antijurídicos causados por el Tribunal Constitucional. 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 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.

La cuestión de fondo planteada por la parte actora se concreta en determinar, por un lado, si el Tribunal Constitucional ha incurrido en dilaciones indebidas al resolver el recurso de amparo por dicha parte, en especial al haber permanecido el incidente de recusación presentado por él 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.

Pero una cosa es que el Tribunal Constitucional haya incurrido en una dilación indebida y otra muy distinta que ello determine automáticamente el derecho a una indemnización por parte del que la ha sufrido. Para que ello sea así es preciso, como sucede en todo supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, según ha declarado esta Sala en una doctrina tan repetida y conocida que no requiere una cita mas precisa, 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 el demandante pretende de la Administración General del Estado.

No obstante, la aplicación de estos mismos criterios a la actuación del Tribunal Constitucional en el caso de que trae causa la presente reclamación no puede llevar a otra conclusión sino la de 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 por él una paralización que no puede considerarse justificada, atendidas las circunstancias.

### **3. ERROR JUDICIAL**

#### **1. Caracteres y finalidad del recurso de revisión para la declaración de error judicial**

##### **STS de 27 de enero de 2011, Rec. 138/2009**

“La declaración de error judicial es un remedio excepcional y extremo que el legislador ha puesto para que pueda emplearse en los casos de inexistencia de recursos o de agotamiento sin éxito de los fueran procedentes. El recurso de revisión para la declaración de error judicial no es una última instancia ni un remedio formal que pueda servir para subsanar deficiencias procedimentales que pudo reparar la parte, sino un proceso en el que sólo se incluye una cognición limitada y en el que no puede someterse a examen el acierto o desacierto de la resolución judicial a la que se imputa el error, sino únicamente si ésta se ha mantenido dentro de los límites de la lógica y de la razonabilidad en la apreciación de los hechos y en la interpretación del Derecho”. (FJ 2º)

##### **En el mismo sentido STS de 26 de Junio de 2010 (Rec. 123/2009)**

##### **STS de 14 de junio de 2012, Rec. 28/2010**

“La resolución del presente recurso debe partir de que, conforme viene reiterando la jurisprudencia de esta Sala, el proceso por error judicial, regulado en el artículo 293 LOPJ como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 CE, no es una tercera instancia o casación encubierta «en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente», sino que este sólo puede ser instado con éxito cuando el órgano judicial haya incurrido en una equivocación «manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley».

En particular, esta Sala viene señalando con carácter general (por todas, Sentencia de 3 de octubre de 2008 -recurso nº 7/2007-), que «no toda posible equivocación es susceptible de conceptuarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta en la resolución judicial un error «craso», «patente», «indubitado», «incontestable», «flagrante», que haya provocado «conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas». Y, en relación con el error judicial en la interpretación o

aplicación de la Ley, hemos señalado que sólo cabe su apreciación cuando el órgano judicial ha «actuado abiertamente fuera de los cauces legales», realizando una «aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido».

En todo caso, esta Sala ha dejado claro que no existe error judicial «cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica», «ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico», o, dicho de otro modo, que no cabe atacar por este procedimiento excepcional «conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales», dado que «no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador» [en este sentido, entre muchas otras, véanse las Sentencias de esta Sala de 27 de marzo de 2006 (Rec. núm. 6/2004), FD Primero; de 20 de junio de 2006 (Rec. núm. 20 de marzo de 2006 (Rec. núm. 13/2004), FD Primero; de 15 de enero de 2007 (Rec. núm. 17/2004), FD Segundo; de 12 de marzo de 2007 (Rec. núm. 18/2004), FD Primero; de 30 de mayo de 2007 (Rec. núm. 14/2005), FD Tercero; de 14 de septiembre de 2007 (Rec. núm. 5/2006), FD Segundo; de 30 de abril de 2008 (Rec. núm. 7/2006), FD Cuarto; y de 9 de julio de 2008 (Rec. núm. 6/2007), FD Tercero)]. (FJ 3º) (...)

“Por las razones expuestas se está en el caso de estimar la pretensión de declaración de error judicial de que aquí se trata, bien que limitada a su función de requisito previo a la eventual pretensión de responsabilidad patrimonial a ejercitar, en su caso, contra el Estado. En efecto, la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable, junto con la sentencia dictada en recurso de revisión, de una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial de Estado Juez, sin que, por tanto, la situación jurídica declarada o reconocida por la sentencia a la que se imputa dicho error se vea alterada o modificada por una declaración de existencia en la misma de error judicial. La declaración del error persigue, pues, una reparación del daño sufrido por la resolución judicial errónea y no, a diferencia de los recursos procesales, una sustitución de los pronunciamientos del fallo por otros de signo o alcance diversos, como lo pone de manifiesto el art. 293.1. apartado g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial” (FJ 7º).

**STS de 21 de mayo de 2012, Rec. casación 4357/2010**

“Pues bien, según la sentencia de 23 de mayo de 2006 (recurso de casación 5667/2001), con cita de otras, el error judicial consiste “en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía en el orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el orden jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial”. Más extensamente, la sentencia de 8 de septiembre de 2011, dictada en el recurso de revisión para la declaración de error judicial 139/2009, recuerda que:

*“(…) tanto la Sala del artículo 61, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, (por todas, STS 23-2-2011 y 31-5-2011) como esta Tercera, vienen declarando en relación con las características que ha de reunir el error, lo siguiente: (a), «sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, pues este procedimiento no es, en modo alguno, una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente»; (b), «el error judicial, considerado en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitución, no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales», no pudiendo ampararse en el mismo «el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales»; (c), «el error judicial es la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley»; (d), «el error judicial es el que deriva de la aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido» y «ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico»; (e), «no existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica», «ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico»; (f), «no toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante»; y, (g), «no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de*

*indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador».*

Por consiguiente, no cualquier resolución judicial luego corregida o enmendada da lugar a un error judicial en el sentido del artículo 293, y consiguientemente a la obligación del Estado de indemnizar los daños resultantes de aquélla, sino que es necesario que se trate de un error patente, claro, evidente o injustificado” (FJ 3º).

*Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 10 de noviembre de 2011, Rec. 3/2010.*

## **2. Plazo para instar la acción judicial para el reconocimiento del error judicial**

### **1) En general**

#### **STS de 27 de enero de 2011, Rec. 138/2009**

“Con carácter previo a entrar, en su caso, en el fondo del asunto, ha de examinarse, por ser cuestión de orden público procesal y por ello de obligada resolución, la causa de inadmisibilidad por extemporaneidad opuesta por el Ministerio Fiscal, por el Abogado del Estado y por el Letrado de la Generalidad Valenciana, pues, dada su naturaleza, si la acción se hubiera ejercitado fuera de plazo, no sería posible entrar en ninguna otra cuestión.

El art. 293.1.a) de la L.O.P.J. impone que la acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse. Pues bien, en el caso de autos, tratándose de una sentencia que no era susceptible de recurso ordinario alguno y que por ello nacía firme, sin necesidad de que lo declare ninguna resolución posterior, resulta patente que la acción para la declaración del error judicial pudo ejercitarse desde el día siguiente al 23 de diciembre de 2003 en que fue notificada la sentencia al representante procesal del Sr. Valenzuela o en todo caso desde la notificación de la sentencia de 3 de mayo de 2004 de la Sala Jurisdiccional de Valencia dictada en el recurso nº 1719/02, en base a la que el recurrente deduce la existencia del error judicial. Por eso cuando el 13 de julio de 2009 presentó en este Tribunal Supremo su pretensión de declaración del error, había transcurrido con exceso el plazo de caducidad y era extemporánea la pretensión.

En el escrito de demanda se alega que, entremedias, la misma parte presentó reclamación ante el Ministerio de Justicia el 25 de mayo de 2005 por responsabilidad

patrimonial de la Administración de Justicia, que fue desestimada por Resolución del Secretario de Estado de Justicia de 15 de enero de 2007, posteriormente confirmada en reposición por Resolución de 21 de julio de 2008, y que contra dichas resoluciones se interpuso con fecha 10 de octubre de 2008 recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de 27 de marzo de 2009, que le fue notificada el 23 de abril de 2009.

Ahora bien, la firmeza del fallo y con ella el inicio del plazo para denunciar el error judicial no se alteran por el empleo, fallido tanto en vía administrativa como judicial, de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. Los plazos para la interposición de una acción judicial son siempre de "caducidad", de suerte que como tiene reiteradamente declarado esta Sala -sentencias de 22 de enero de 2000 y 30 de abril de 2009- el cómputo de los plazos para recurrir en revisión por error judicial no se interrumpe por el uso equivocado de otros medios de impugnación, y, por tanto, el plazo de los tres meses a que se hace referencia en el art. 293.1.a) de la L.O.P.J. no puede reputarse que haya sido interrumpido, en ningún caso, por la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia.” (FJ 3º)

## **2) Interpretación del artículo 293.1.f) LOPJ**

### **STS de 22 de marzo de 2012, Rec. 48/2010**

“Es cierto que, de acuerdo con el artículo 293 LOPJ, la acción judicial para el reconocimiento del error debe instarse en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse y que dicho plazo, dado el carácter sustantivo y autónomo de la demanda de error judicial frente a la resolución judicial con respecto a la cual se solicita su declaración - al igual que ocurre con las demandas de revisión de sentencias firmes - no es un plazo procesal, sino un plazo sustantivo de caducidad del derecho que se rige por las normas establecidas en el artículo 5.2 CC (SSTS 20 oct. 1990 -Sala 1ª- 22 dic. 1989 -Sala 1ª- y 14 de octubre de 2003, Rec.18/2002 -Sala 1ª-).

Ahora bien, la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo tiene declarado que el hecho de que la demanda de error judicial se refiera a las sentencias firmes determina que la interpretación lógica y sistemática del artículo 293.1 LOPJ, que exige el agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, deba referirse únicamente a aquellos necesarios para que la sentencia gane firmeza, pero no a los extraordinarios contra las sentencias firmes, salvo que tengan como objeto la

subsanción del error que pueda haberse padecido, caso en que la estimación de estos recursos puede significar por sí misma el reconocimiento del error que puede fundar el derecho a obtener una indemnización. Todo ello determina que de acuerdo con dicha jurisprudencia, con la salvedad apuntada, el plazo para la interposición del recurso de revisión por error judicial no se interrumpa por la formalización y desarrollo de un incidente de nulidad de actuaciones ni por la interposición de un recurso de amparo.

Pero ocurre que, precisamente, esa salvedad que apunta la jurisprudencia, es la que concurre en el concreto caso que ahora examinamos toda vez que, tanto la solicitud de aclaración de la sentencia - que fue denegada por el Juzgador de instancia - como el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente, tenían por objeto la subsanción del error padecido por el Juzgado de instancia y ahora denunciado a través del presente recurso de revisión, por lo que al menos el incidente de nulidad de actuaciones constituyó una oportunidad adecuada para la apreciación y rectificación del error padecido por el Juzgado de instancia, lo que abunda en la necesidad de evitar interpretaciones que puedan perjudicar el derecho a obtener una resolución fundada en derecho de quien, habiendo resultando perjudicado por un error judicial, no se ha aquietado nunca ante el empecinamiento del Tribunal de instancia.

Dicha solución, impuesta por exigencias de justicia del caso concreto, atendidas sus particulares circunstancias, resulta respetuosa con la doctrina que dimana de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nº 900/1997, de 28 de octubre de 1998 (asunto Pérez de Rada contra España) que considera que el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales excluye una interpretación excesivamente rigorista de los requisitos legales para el acceso a la Jurisdicción que pueda suponer una privación del derecho a acceder a un Tribunal, ó de la STEDH de 19 de mayo de 2005 (asunto Kaufmann contra Italia) que aprecia violación del artículo 6.1 del Convenio en su vertiente de derecho a un proceso equitativo en relación con la inadmisión de un recurso de casación por extemporáneo, en un supuesto en que se produjo un incumplimiento imputable al propio órgano jurisdiccional.

Los razonamientos expuestos conducen al rechazo de la excepción de inadmisibilidad” (FJ 3º).



### **3. Supuesto específico de error judicial: prisión preventiva (artículo 294 LOPJ)**

#### **1) Inexistencia del hecho imputado**

##### ***1.1. Evolución jurisprudencial***

###### **STS de 14 de febrero de 2012, Rec. casación 2076/2011**

“Hasta el 23 de noviembre de 2010, la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo establecida al interpretar el art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) para definir los supuestos en que la prisión preventiva con posterior sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre daba derecho a quien la sufrió a ser indemnizado por los perjuicios irrogados, que puede verse, entre otras muchas, en las sentencias de 29 de marzo, 26 de junio y 28 de septiembre de 1999, 20 de diciembre de 2001, 17 de octubre de 2002, 26 de enero de 2005, 25 de abril y 6 de octubre de 2006, 22 de marzo y 13 de octubre de 2007, 30 de enero de 2008, 3 de marzo, 18 de junio y 25 de noviembre de 2009, o 24 de marzo de 2010, afirmaba, dicho aquí en síntesis, que ese derecho sólo surgía si la absolución o sobreseimiento era debida a la inexistencia del hecho imputado, bien en sentido objetivo, es decir, porque el "hecho" no hubiera acontecido o no fuera constitutivo de delito, bien en sentido subjetivo, esto es, por la probada falta de participación en él de quien sufrió la prisión preventiva. Sólo si se daba alguna de esas formas de inexistencia del hecho, era aplicable el citado art. 294.1 LOPJ.

Sin embargo, dicha jurisprudencia hubo de ser modificada al ser puesta en cuestión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, primero en su sentencia de fecha 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, nº 1483/02, y después, de modo más claro, en la de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, nº 25720/05.

En efecto, dado que la llamada inexistencia subjetiva sólo daba derecho a indemnización cuando hubiera quedado probada la falta de participación en el hecho delictivo de quien sufrió la prisión preventiva, negándolo, en cambio, si la absolución o sobreseimiento libre se hubieran debido a la aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia o de la regla procesal *in dubio pro reo*, esto es, cuando no hubiera habido en el proceso penal prueba bastante para poder afirmar en él aquella participación, entendió el TEDH que la desestimación de la pretensión indemnizatoria con el argumento de que la no participación del demandante en el hecho delictivo no hubiera sido suficientemente establecida, sin matizaciones ni reservas, dejaba planear una duda sobre su inocencia, y que el razonamiento, basado en esa distinción entre una absolución por falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la no participación, desconoce la absolución previa del acusado, cuya declaración debe ser

respetada por toda autoridad judicial, sean cuales sean los motivos referidos por el juez penal, todo ello teniendo en cuenta que ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una sentencia absolutoria por falta de pruebas y una de igual sentido resultante de la constatación de su inocencia. Concluyó aquel Tribunal, por ello, que con tal planteamiento se vulneraba el art. 6.2 del Convenio, que establece el derecho de toda persona a la presunción de inocencia hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Surgen así en aquella fecha de 23 de noviembre de 2010 dos sentencias, dictadas en los recursos de casación números 1908 y 4288 de 2006 y seguidas después por otras muchas, que, en suma, establecen como nueva jurisprudencia la siguiente:

*"En estas circunstancias se hace preciso revisar ese criterio jurisprudencial sobre la inexistencia subjetiva del hecho y su inclusión entre los supuestos amparados por el art. 294.1 de la LOPJ, a cuyo efecto no puede perderse de vista que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, planteamiento que, por lo demás y según se desprende de las referidas sentencias del TEDH, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio, pues, como se indica en las mismas, ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolución y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena.*

*No cabe, por lo tanto, entender que, atendiendo al criterio sentado por el TEDH en dichas sentencias, baste prescindir de la argumentación acerca de la acreditación de la falta de participación del imputado en los hechos objeto de enjuiciamiento penal, que se refleje en la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, y considerar que al margen de ello, producidas tales resoluciones penales surge el derecho a la indemnización al amparo del art. 294.1 de la LOPJ, pues es claro que no es esa la voluntad del legislador plasmada en el precepto, como se ha puesto de manifiesto en todo momento por la jurisprudencia de esta Sala, ni viene impuesta por otro precepto de derecho interno o del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.*

*No ha de perderse de vista que el art. 294.1 de la LOPJ contempla un supuesto específico de error judicial, que no está sujeto a la previa declaración judicial del*

*mismo exigida con carácter general en el art. 293 de la LOPJ, configurando un título de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia, consistente en la apreciación de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, que el legislador entiende que se revela cuando la resolución penal de absolución o sobreseimiento libre se produce "por inexistencia del hecho imputado" y no de manera genérica o en todo caso de absolución o sobreseimiento libre.*

*Pues bien, siendo clara la improcedencia de una interpretación del precepto como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, sean cuales sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que la de abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294.1 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre "por inexistencia del hecho imputado", es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atienda el Juez penal.*

*Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de la responsabilidad patrimonial amparada por el art. 294.1 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolución. Por otra parte, ello no resulta extraño a los criterios de interpretación normativa si tenemos en cuenta que el tantas veces citado art. 294.1 de la LOPJ contiene un supuesto específico de error judicial, que queda excepcionado del régimen general de previa declaración judicial del error establecida en el art. 293 de dicha LOPJ y aparece objetivado por el legislador, frente a la idea de culpa que late en la regulación de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia en cuando viene referida al funcionamiento anormal de la*

*misma, por lo que una interpretación estricta de sus previsiones se justifica por ese carácter singular del precepto.*

*Ha de añadirse que ello no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de aquel precepto, sino, más bien, que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ.*

*Finalmente no podemos dejar de significar que tal interpretación no es sino una consecuencia de los términos en los que el legislador ha establecido el título de imputación de responsabilidad patrimonial en dicho precepto, que viniendo referido a la existencia de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, no se condiciona a la apreciación directa de dicho error atendiendo a las circunstancias en las que se adoptó la medida ni se extiende a todos los supuestos de posterior absolución o sobreseimiento libre, sino que se presume o se entiende puesta de manifiesto cuando la resolución que pone fin al proceso supone una declaración de inexistencia del hecho, pero sin que ello implique identificar el error con esta declaración, de manera que sería a través de una modificación legislativa como podría clarificarse y dar otro contenido y alcance a este título de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia previsto en el art. 294.1 de la LOPJ".*

#### **STS de 10 de octubre de 2011, Rec. casación 4734/2007**

“Esta Sala ha puesto ya reiteradamente de manifiesto a partir de las sentencias de esa Sala, Sección Sexta, de 23 de noviembre de 2010, casación 4288/2006 y 1908/2006, que el artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, no puede interpretarse extensivamente y por tanto, no cubre todos los supuestos en los que la prisión preventiva acaba en sentencia absolutoria, sino que sólo y exclusivamente comprende el supuesto de inexistencia objetiva del hecho imputado -inexistencia material de los hechos determinantes de la prisión preventiva- , pero ya no la llamada inexistencia subjetiva -prueba de la falta de participación del imputado preso preventivo-, ni aquellos casos en que ocurre la absolución por falta de pruebas -la participación en el hecho no ha podido probarse, estimando que estos supuestos son totalmente distintos del primero -inexistencia objetiva del hecho- sí incluidos en el tenor literal del artículo 294.1 y, que por ende, se justifica el distinto trato normativo hasta entonces tributario de indemnización. Esta interpretación se evidencia a partir de las sentencias del TEDH ,

sobretudo la de trece de julio de dos mil diez, asunto Tendam c/ España, nº 25720/2005. Por ello, estos dos últimos supuestos no quedan tampoco impedidos de una posible indemnización pero cabrá remitirlos al régimen general previsto en el art. 293.1 Ley Orgánica 6/1985, 1 de julio, con una previa declaración jurisdiccional en la que se declare la existencia de error judicial, que no se exige en el supuesto previsto en el artículo 294.

En el presente caso ya la sentencia de instancia determina que la absolución del recurrente se produce por una insuficiencia de prueba para fundamentar una sentencia de condena, a pesar de la existencia de otra prueba de signo contrario ante el Juez de Instrucción que acordó su ingreso en prisión. Por ello, y ante la anterior y ya consolidada doctrina de esta Sala, por todas la sentencia de veintisiete de junio de 2011, recurso de casación 1488/2007, no se evidencia infracción alguna del citado precepto tal y como resulta interpretado por esta Sala”. (FJ 4º)

#### **STS de 21 de Julio de 2010 (Rec. de casación 5903/2008)**

es correcta la aplicación que hace la Sala de instancia del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues, el referido precepto no contempla el supuesto de que cualquier persona que sufra prisión preventiva y luego fuera absuelta por el delito que se le imputaba, tenga derecho a una indemnización, sino que únicamente se refiere a aquellas personas que "sean absueltas por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre", y, en el caso que enjuiciamos, ha quedado acreditado en autos que existían indicios racionales para acordar la prisión preventiva contra el recurrente por un hecho delictivo que existió y luego fue absuelto por la falta de las pruebas de cargo practicadas.

Por otra parte, los artículos 106.2 y 121 de la Constitución que también se invocan como infringidos no son aplicables al supuesto que examinamos pues el derecho a la indemnización por prisión preventiva regulado en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no desarrolla ninguno de los preceptos constitucionales que también se consideran vulnerados por el recurrente.

#### **Resumen de la jurisprudencia**

#### **STS de 14 de Junio de 2010 (Rec. 5157/2008)**

En fecha reciente esta Sala por medio de su Sección Sexta ha resumido la doctrina sobre la materia de forma que resulta perfectamente extrapolable al supuesto de autos.

Así la sentencia de 3 de marzo de 2009, recurso de casación 8531/2004, en su FJ 3º afirma *“No es ocioso añadir, para disipar cualquier duda, que la aplicación del art. 294 LOPJ hecha por la sentencia impugnada es perfectamente correcta. Dicha norma no contempla el derecho a indemnización para toda persona que sufre prisión preventiva y luego no resulta condenada, sino únicamente para aquéllos que “sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre”.* El derecho a indemnización sólo surge si hay inexistencia del hecho imputado, lo que, como bien señala la sentencia impugnada, admite dos variantes: objetiva y subjetiva. La primera implica que el hecho no haya existido en realidad o que no sea constitutivo de delito; la segunda, que no haya elementos racionales para relacionar al detenido con el hecho. Sólo si se da alguna de esas formas de inexistencia del hecho, es aplicable el art. 294 LOPJ. Véanse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 28 de septiembre de 1999, 20 de diciembre de 2001, y 17 de octubre de 2002. Pues bien, en el presente caso, ha quedado acreditado en la instancia que existían indicios racionales para acordar la prisión preventiva contra la recurrente por un hecho delictivo que efectivamente existió; lo que supone que no hay legalmente derecho a indemnización por la prisión preventiva sufrida.”

Otras sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 24 de mayo de 2011, Rec. casación 1315/2007; STS de 7 de junio de 2011, Rec. casación 3093/2007; STS de 14 de junio de 2011, Rec. casación 4241/2010; STS de 27 de junio de 2011, Rec. casación 1488/2007; STS de 11 de julio de 2011, Rec. casación 3753/2010; SSTS de 30 de septiembre de 2011, Rec. casación 5707/2007 y 4380/2007; STS de 8 de noviembre de 2011, Rec. casación 3138/2010; STS de 24 de enero de 2012, Rec. casación 921/2010; STS de 14 de febrero de 2012, Rec. casación 5351/2010; STS de 21 de febrero de 2012, Rec. casación 2351/2011; SSTS de 28 de febrero de 2012, Rec. casación 2360/2011 y 4876/2010.

*Sentencia estimatoria: STS de 25 de Noviembre de 2009 (Rec. de casación 6998/205)*

### ***1.2. Supuestos de absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal***

#### **STS de 21 de mayo de 2012, Rec. casación 4357/2010**

Por lo tanto, partiendo de esta necesidad de interpretar en sentido estricto y literal la polémica expresión “inexistencia del hecho imputado” empleada por el artículo 294.1, es clara la conveniencia de mantener el criterio interpretativo expresado, entre otras, en las sentencias de 29 de marzo de 1999 (recurso de casación 8172/1994), 15 de marzo de 2000 (recurso de casación 450/1996) y 13 de noviembre de 2000 (recurso de casación 5003/1995) en las que con cita de las más antiguas de 14 y 15 de diciembre de 1989, 20 y 23 de marzo y 30 de mayo de 1990 se manifestaba que “esta Sala (...) ha excluido, como causa de responsabilidad patrimonial del Estado, los supuestos de absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal, ya sea por exclusión de la antijuricidad, de la imputabilidad, de la culpabilidad o de la punibilidad, o, en términos más generales, cuando existen causas de justificación o de inimputabilidad”.

Es cierto que hemos reconocido que si la absolución o el auto de sobreseimiento libre tuviese como causa no la “inexistencia del hecho” (art. 294.1 LOPJ) sino la inexistencia de acción típica -o lo que es lo mismo cuando existe el hecho imputado pero éste es atípico- ello es igualmente subsumible en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero esta interpretación de la norma se justificaba, según la precitada Sentencia de 29 de marzo de 1999, en que *“una interpretación del contenido del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que limitase su aplicabilidad a los casos de absolución o sobreseimiento libre por no haber existido materialmente los hechos, determinantes de la prisión preventiva, sería tanto como excluir de la indemnización los supuestos en que se hubiese decretado prisión provisional a pesar de no ser los hechos determinantes de la misma constitutivos de infracción punible alguna por no estar tipificados como tales, con lo que se incumpliría la finalidad del precepto, que no es otra que la de amparar a quien con manifiesto error judicial haya sufrido prisión preventiva por hechos que no han existido materialmente o que, de haber existido, no fuesen constitutivos de infracción punible, ya que el significado jurídico de la expresión literal, utilizada en dicho precepto: «inexistencia del hecho imputado», no puede ser otro que el de inexistencia de hecho delictivo, pues sólo éstos tienen*

*relevancia jurídico penal para ser acusado por ellos y justificar la adopción de la medida cautelar de prisión provisional”.*

Pero a diferencia de estos casos, en los que al faltar la tipicidad no existe “hecho delictivo”, cuando se produce un hecho que colma las exigencias del tipo penal el hecho con trascendencia o relevancia penal existe, aunque luego no se sancione por las concretas circunstancias en que éste se produjo. Y por esto mismo tampoco puede tacharse de “manifiesto error judicial” la decisión adoptada durante la instrucción de acordar el ingreso en prisión provisional de quien, como en este caso, causó dolosamente la muerte de otra persona clavándole un cuchillo en el tórax. Que luego el autor sea absuelto por concurrir una causa de exclusión de la responsabilidad criminal no elimina la existencia del hecho imputado. Y que la causa de exclusión sea una causa de justificación o una causa de exclusión de la culpabilidad es, a estos efectos irrelevante, ya que el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no vincula el derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos por la prisión preventiva a la absolución sin más, ni a la conformidad a Derecho de la conducta del sujeto, sino más específicamente al acaecimiento de un error judicial consistente en decretar esta medida contra una persona luego absuelta por “inexistencia del hecho imputado” -o “delictivo”, según la jurisprudencia que se acaba de exponer-, supuesto que claramente aquí no acontece”. (FJ 4º)

### **1.3 Prescripción**

#### **Computo en el caso de detención gubernativa seguida de sobreseimiento provisional**

#### **STS de 15 de Mayo de 2010 (Rec. 3837/2008)**

Si a juicio del recurrente el auto de sobreseimiento provisional ponía de manifiesto que la detención acordada por la policía judicial no estaba justificada es claro que esa actuación gubernativa merecía esa calificación cualesquiera que fueran las vicisitudes posteriores del proceso penal. Pero también es claro que desde que se dictó el citado auto de sobreseimiento provisional estaba expedita la vía para reclamar de la Administración los daños a cuyo resarcimiento el detenido creyera tener derecho, y que presentada la reclamación mas de un año después de la notificación del citado auto el ejercicio de la acción se encontraba prescrito, como ha declarado la sentencia de



instancia, por lo que procede desestimar el presente motivo de casación. ii.  
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL estado legislador

## **1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR. ARTÍCULO 139.3 LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL**

*Puede derivarse responsabilidad aun cuando los actos legislativos omitan toda referencia sobre el particular. Necesidad de que exista un sacrificio patrimonial singular de derechos legítimos afectados de manera especial. Vinculación de la antijuridicidad del daño con el principio de confianza legítima.*

### **STS de 25 de enero de 2011, Rec. ordinario 260/2009**

“Con este planteamiento, aunque la recurrente tanto en su reclamación administrativa como en la demanda judicial inste protección frente a lo que considera una expropiación forzosa, propiamente ejercita al amparo del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado por la aplicación de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria de derechos. El apartado tercero del citado artículo dispone:

*<<Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.>>*

De la mera lectura del citado precepto, en el que por primera vez el legislador contemplara la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, observamos sobre la base de una interpretación literal del precepto, qué tres son los presupuestos o requisitos necesarios para la prosperabilidad de esta acción:

- . que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar el daño.
- . que así se establezca en el propio acto legislativo.
- . que la indemnización se determinará en los términos que se especifiquen en el propio acto legislativo.

(...) Aunque hasta la promulgación de la Ley 30/1992, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no tuvo un marco legal de directa aplicación por falta de desarrollo normativo, múltiples sentencias fueron dictadas por nuestra Sala sobre esta materia cuya doctrina en principio podríamos sintetizar en estos términos: *"no puede construirse por los Tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, ni tampoco mediante la aplicación analógica de los preceptos legales que regulan la responsabilidad de la Administración"* -sentencias de ocho de abril y dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y siete-

Ahora bien, esta doctrina no significó que hubiéramos descartado "a priori" la posibilidad de una responsabilidad del Estado derivada de actos legislativos, como de hecho lo reconocieron otras sentencias que se pronunciaron sobre la modificación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos -Ley 30/1984, de 2 de agosto-, y de Jueces y Magistrados -Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio-, e incompatibilidades de los funcionarios públicos, que dieron lugar al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad resolviendo por primera vez el fondo de la cuestión la sentencia del Pleno de treinta de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

(...) Esta doctrina jurisprudencial y constitucional es plenamente aplicable al supuesto que enjuicamos, pues, según recientemente hemos declarado en la sentencia de diecisiete de junio de dos mil nueve, recaída en el recurso de casación 944/2005, en la que examinamos la responsabilidad por actos legislativos a la luz del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 en el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo de Ibiza y Formentera que decidió no proseguir el procedimiento para la aprobación del Plan Parcial del término municipal de Sant Josep de Sa Talaia, en su fundamento jurídico quinto:

*<<En este marco normativo, en relación con los artículos 9.3 y 106.2 de la CE, nos obliga a indagar sobre la finalidad en este punto de la ley, para constatar si asiste un propósito indemnizatorio para el caso que se suscita, como reiteradamente ha venido declarando esta Sala, por todas Sentencia de 13 de marzo de 2001 (recurso de casación nº 5541/1998) al señalar que <<Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (ratio legis) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la*

*interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemniza (...)>>.*

Aunque la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, no contenga previsión expresa alguna en orden a la indemnización o compensación por los eventuales perjuicios que pudieran derivarse de su aplicación, no nos impide que a pesar de la omisión de una cláusula de responsabilidad podamos reconocer la debida indemnización en favor de la perjudicada por los perjuicios ocasionados por la aplicación de los actos legislativos de esta Ley -que ni tiene naturaleza expropiatoria ni es inconstitucional-, siempre y cuando conforme a los criterios generales del Ordenamiento Jurídico sobre la responsabilidad patrimonial el daño o perjuicio alegado sea antijurídico y, por tanto, la demandante no tenga el deber jurídico de soportar.

(...) Como precisan las sentencias de once de abril y dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y seis <<*si el criterio esencial para determinar la antijuricidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo, debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente, por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados en aras al interés público*>>; la clave para apreciar la responsabilidad por acto legislativo, está en la apreciación de que los daños ocasionados sean de naturaleza especial, y que no se traten de meras expectativas de derecho. En definitiva, es preciso que exista un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.

Como ya hemos indicado, sostiene la demandante que la ley de 2005 le ha privado de un derecho de arrendamiento sobre un local ubicado en una dependencia administrativa, y que debe ser expropiada formalmente o, en su defecto, ser indemnizada por dicha expropiación.

Esta Sala, en la Sentencia de su Pleno de 29 de abril de 2010, recurso de casación 591/2008, ha declarado ya la falta de carácter expropiatorio, como la ausencia de obligación administrativa de responder en concepto de responsabilidad patrimonial por razón de la prohibición de venta y suministro de los productos del tabaco en centros comerciales, deducida del art. 7, g), en relación con el 5, g), de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco.

Y lo hizo, en cuanto al segundo aspecto –el de la responsabilidad patrimonial propiamente dicha- por razón de la falta de antijuridicidad del daño producido a los titulares de concesiones a quienes afecte ex novo una prohibición de ejercer su actividad introducida por la Ley 28/2005. Así, dijimos en aquel caso, vinculando la posible antijuridicidad del daño con el principio de confianza legítima, lo siguiente:

“El principio de la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones, están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima enunciado por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, y como concreta la sentencia de cinco de marzo de dos mil diez, <<el principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum proprium".>>

En el supuesto que analizamos, los efectos económicos que hipotéticamente por la aplicación de la nueva Ley de Medidas Sanitarias contra el tabaquismo se pudieran ocasionar a determinados establecimientos, -como el de la demandante-, que estaban autorizados para realizar como actividad complementaria la venta al por menor de tabaco con el consiguiente recargo sobre los precios de venta en expendedoría, eran previsibles y se pudieron evitar y paliar dado que el procedimiento de elaboración de la referida Ley al afectar a la salud de los ciudadanos y responder a las directrices de la Unión Europea tuvo una gran repercusión social; de ahí, no podemos afirmar que se quebrantara el principio de la confianza legítima, máximo como ya hemos apuntado, la autorización que tenía la demandante estaba condicionada por determinadas restricciones -artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo y 25 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio-.

Por ello, nos encontramos ante una situación producida por la aplicación de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria, que "per se" ni impone ni exige un sacrificio patrimonial singular y especial de derechos o intereses económicos legítimos para unas personas, como la demandante, ya que pudieron prever la repercusión económica que directa o indirectamente pudiera incidir en su negocio, sujeto a determinadas prohibiciones o limitaciones según el título pseudoconcesional por el que

estaba autorizado por el Comisionado para el Mercado de Tabacos para realizar una actividad complementaria de otra principal.

En consecuencia, por no ser antijurídico el daño ocasionado por la aplicación de la Ley 28/2005, procede desestimar el presente recurso, lo que nos dispensa pronunciarnos sobre la indemnización solicitada por el cese de su actividad mercantil, reformas e inversiones realizadas en el negocio durante el período comprendido entre los años 1997-2002, impuestos municipales, despido de dos trabajadoras y lucro cesante.”

Aquellas razones han de ser también aplicables al caso de los titulares de establecimientos de venta al por menor de productos del tabaco situados en dependencias administrativas, según hemos manifestado con anterioridad en sentencia de 8 de junio de 2010, Rec. 569/2008. Con respecto a ellos, se da una diferencia sustancial si comparamos la forma en que les afecta la Ley de 26 de diciembre de 2005, con la situación, analizada en la sentencia precitada, de los titulares de establecimientos autorizados para la venta de productos del tabaco en centros comerciales. Y es que, si a estos últimos les afectó una prohibición absoluta de comercialización en dichos establecimientos, el legislador ha sido mucho más benevolente con los titulares de estancos en edificios administrativos, ya que, si bien el art. 5,a) de la citada Ley 28/2005, de 26 de diciembre, ha eliminado la posibilidad de vender y suministrar tabaco en las dependencias administrativas en que venían efectuándolo, la disposición transitoria primera les reconoce no obstante el derecho a solicitar el cambio de emplazamiento del local (de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre), en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la ley.

Luego en el presente caso se une a la falta de antijuridicidad del daño, la más que dudosa efectividad o existencia del daño mismo, pues, además de no tenerse por qué presumir que el cambio de emplazamiento haya de suponer realmente un detrimento en las consecuencias lucrativas del ejercicio de la actividad, es dudoso que en sí mismo el reconocerse el derecho al cambio de ubicación sea perjudicial al concesionario, cuando se está produciendo la remoción de una limitación que afecta a la generalidad de vendedores por virtud de lo dispuesto en art. 39.1 del ya citado Real Decreto 1199/1999.

Razones ambas, las consistentes en la falta de antijuridicidad y de efectividad del daño de la actuación administrativa, que determinan la desestimación del recurso, lo que

nos dispensa de pronunciarnos sobre la indemnización solicitada en concepto de lucro cesante (...).” (FJ 4º a 7º).

## **2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL CASO DE APLICACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS DE NATURALEZA NO EXPROPIATORIA QUE NO DERIVAN DE LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL.**

### **Doctrina general.**

**STS de 22 de Junio de 2010 (Rec. casacion 564/2008) En relación a ley 28/2005 de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco sobre prohibición de venta de productos del tabaco en centros comerciales**

“según recientemente hemos declarado en la sentencia de diecisiete de junio de dos mil nueve, recaída en el recurso de casación 944/2005, en la que examinamos la responsabilidad por actos legislativos a la luz del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 en el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo de Ibiza y Formentera que decidió no proseguir el procedimiento para la aprobación del Plan Parcial del término municipal de Sant Josep de Sa Talaia, en su fundamento jurídico quinto:

*<<En este marco normativo, en relación con los artículos 9.3 y 106.2 de la CE, nos obliga a indagar sobre la finalidad en este punto de la ley, para constatar si asiste un propósito indemnizatorio para el caso que se suscita, como reiteradamente ha venido declarando esta Sala, por todas Sentencia de 13 de marzo de 2001 (recurso de casación nº 5541/1998) al señalar que <<Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (ratio legis) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemniza (...)>>.*

Aunque la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, no contenga previsión expresa alguna en orden a la indemnización o compensación por los eventuales perjuicios que pudieran derivarse de su aplicación, no nos impide que a pesar de la omisión de una cláusula de responsabilidad podamos reconocer la debida indemnización en favor de la perjudicada por los perjuicios ocasionados por la aplicación de los actos legislativos de esta Ley -que ni tiene naturaleza expropiatoria ni es inconstitucional-, siempre y cuando conforme a los criterios generales del Ordenamiento Jurídico sobre la responsabilidad patrimonial el daño o perjuicio alegado sea antijurídico y, por tanto, la demandante no tenga el deber jurídico de soportar. (...)

En el supuesto que analizamos, los efectos económicos que hipotéticamente por la aplicación de la nueva Ley de Medidas Sanitarias contra el tabaquismo se pudieran ocasionar a determinados establecimientos que -como el de la demandante- estaban autorizados para realizar como actividad complementaria la venta al por menor de tabaco con el consiguiente recargo sobre los precios de venta en expendeduría, eran previsibles y se pudieron evitar y paliar dado que el procedimiento de elaboración de la referida Ley al afectar a la salud de los ciudadanos y responder a las directrices de la Unión Europea tuvo una gran repercusión social; de ahí, no podemos afirmar que se quebrantara el principio de la confianza legítima, máximo como ya hemos apuntado, las

autorizaciones que tenía la demandante estaban condicionadas por determinadas restricciones -artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo y 25 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio-.

Por ello, nos encontramos ante una situación producida por la aplicación de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria, que "per se" ni impone ni exige un sacrificio patrimonial singular y especial de derechos o intereses económicos legítimos para unas personas, como la demandante, ya que pudieron prever la repercusión económica que directa o indirectamente pudiera incidir en su negocio, sujeto a determinadas prohibiciones o limitaciones según el título pseudoconcesional por el que estaba autorizado por el Comisionado para el Mercado de Tabacos para realizar una actividad complementaria de otra principal.

En consecuencia, por no ser antijurídico el daño ocasionado por la aplicación de la Ley 28/2005, procede desestimar el presente recurso, lo que nos dispensa pronunciarnos sobre la indemnización solicitada por el cese de su actividad mercantil, en los conceptos de lucro cesante y de daño emergente.

### **Prevalencia de la potestad de innovación normativa STS de 28 de Octubre de 2009 (Rec. de casación 755/2008)**

El perjuicio consistente -sin más aditivos, notas o circunstancias añadidas que lo caractericen de un modo singular- en la menor recaudación obtenida por la vía de un concreto tributo, incluso aunque no llegue a ser compensado a través de otras previsiones, no constituye en sí mismo o por sí sólo un perjuicio antijurídico, sino uno que la Corporación Local tiene el deber jurídico de soportar, pues ésta nunca ha ostentado más derecho que el de percibir los ingresos de naturaleza tributaria que deriven de las normas vigentes en esa materia en cada periodo impositivo.

En el caso que enjuiciamos, en el que nada se añade a la mera alegación de una disminución de ingresos procedentes del IAE insuficientemente compensada con la previsión de aquella Disposición adicional décima, no es ni tan siquiera necesario que nos detengamos haciendo referencias a los títulos de imputación (en especial, el sacrificio singular, o el quebranto de la confianza legítima) que de modo excepcional han abierto en la jurisprudencia el reconocimiento de la controvertida responsabilidad patrimonial por actos del legislador. En él debe primar, por encima de cualquiera otra consideración, la relativa a la licitud de la potestad de innovación normativa que se ejerce con el fin de que no sigan en pie regulaciones que se estiman, en la apreciación de quien la tiene atribuida, inadecuadas para atender las exigencias del interés general.



## **1. Responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el ámbito urbanístico**

### **1) Necesaria patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos para la entrada en juego del instituto de la responsabilidad patrimonial**

*Necesidad de que existan derechos consolidados para que sea procedente el derecho a ser indemnizado por cambio de planeamiento mediante acto legislativo.*

#### **STS de 9 de julio de 2012, Rec. casación 6433/2010**

“En la reciente Sentencia de esta Sala y Sección de 10 de mayo de 2012, recurso de casación 5342/2009 hemos recordado la Sentencia de 24 de febrero de 2010, recurso de casación 1863/2008 sobre que no resulta novedoso el ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el ámbito urbanístico.

Así este Tribunal se pronunció en la Sentencia de 30 de junio de 2001, recurso de casación 8016/1995, parcialmente reproducida en el FJ 7º de la Sentencia de 17 de junio de 2009, recurso de casación 944/2005, en cuanto a la necesidad de la existencia de derechos consolidados para que fuere procedente el derecho a ser indemnizado por el cambio de planeamiento mediante acto legislativo en línea con las previsiones del art. 87 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976.

Línea similar en la Sentencia de 17 de febrero de 1998, recurso apelación 327/1993, en que se ejercitaba una demanda de responsabilidad patrimonial contra la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Se partía de la Declaración de "Es Trenc-Salobrar de Campos como Area Natural de Especial Interés", por Ley 1/1984 del Parlamento balear, examinada en la desestimada cuestión de inconstitucionalidad nº 278/91 fallada por STC 28/97, de 13 de febrero.

Esta inicial sentencia es anterior al pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional en su STC 164/2001, de 11 de julio, resolviendo varios recursos de inconstitucionalidad respecto de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del Régimen del Suelo y Valoraciones. Mas el no reconocimiento de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo coexiste con las que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 CE. Sin imponer un concreto modelo urbanístico establece la ley los criterios para la clasificación del suelo que constituye la premisa para la configuración de las condiciones de ejercicio de los estatutos jurídicos de propiedad, entre los que se encuentra la condición de suelo urbano, art. 8, o la del suelo urbanizable, art. 10, cuyo desarrollo, cómo y cuando, constituye competencia a desarrollar por la legislación autonómica.

El análisis de si el derecho se encuentra o no consolidado puede comportar el enjuiciamiento de instrumentos normativos autonómicos, circunstancia necesaria para dilucidar la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

Así se examina en el supuesto de la precitada Sentencia de 17 de junio de 2009 respecto a una Ley de ordenación territorial autonómica que no contenía una previsión indemnizatoria para la desclasificación de terrenos. Expresa el FJ 6º de la última sentencia que *“la privación mediante acto legislativo de derechos de esta naturaleza urbanística debe acomodarse al grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva al propietario, mediante la escalonada incorporación de derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario, tales como el derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, o el derecho a edificar y a la edificación. De manera que solo cuando los deberes del propietario en el proceso urbanizador han sido cumplidos puede decirse que se han incorporado a su patrimonio los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial, toda vez que solo en tal caso ha contribuido a que dicho ejercicio sea posible.”*

El criterio expuesto se ha reiterado en posteriores pronunciamientos sobre responsabilidad patrimonial de la administración autonómica legisladora (SSTS 24 febrero 2010, Rec. casación de 1863/2008, 23 de julio 2010, Rec. casación 154/2008, 19 de enero de 2011, recurso de casación 874/2009, 18 de octubre de 2011, recurso de casación 2093/2009). Lo cual significa que para la determinación del grado del derecho consolidado deben ponerse en relación los derechos de planeamiento con los deberes que el mismo impone.

Y es el mismo que se aplica respecto de cambios en el planeamiento operados por instrumentos urbanísticos. (Sentencia de 19 de mayo de 2010, Rec. casación 3679/2006). Se insiste en la necesaria patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos para la entrada en juego del instituto de la responsabilidad patrimonial (Sentencias de 21 de febrero de 2011, recurso de casación 2166/2009, 9 de diciembre de 2011 (y las allí citadas), recurso de casación 6569/2009).

Pues como recuerda la Sentencia de 18 de julio de 2007, recurso de casación 8948/2003 el reconocimiento de la responsabilidad exige ciertos presupuestos, que, en síntesis, concreta en los dos siguientes: a) Cuando, de conformidad con el desarrollo del proceso urbanístico, se hayan llegado auténticamente a patrimonializar las facultades susceptibles de integrarse en cada estadio de ese derecho, y, b) Cuando, habiéndose cumplido en tiempo todos sus deberes, la Administración lleve a cabo alguna actuación contraria a Derecho que ocasione un daño antijurídico al propietario.” (FJ 4º) (...)

## 2) Vinculación de la antijuridicidad del daño con el principio de confianza legítima

*La consideración del principio de confianza legítima exige la necesaria patrimonialización de los derechos urbanísticos; dicho principio no opera cuando ha existido una dilación en la realización de actuaciones propias de la ejecución urbanística imputable al propietario del suelo.*

### **STS de 9 de julio de 2012, Rec. casación 6433/2010**

“La quiebra del principio de confianza legítima, asimismo invocado, se muestra como un eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente.

El anterior principio se encuentra plenamente incorporado a nuestro ordenamiento por lo que debe ser respetado por las administraciones públicas (art. 3.1 LRJAPAC) si bien es de amplia raigambre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y justamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea evidencia la responsabilidad patrimonial de un estado miembro de la Unión Europea por infracción del Derecho de la Unión basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional (Sentencia de 26 de enero de 2010, asunto 118/2008, Transportes Generales y Servicios Generales SAL).

Y en la Sentencia de esta Sala y Sección de 27 de abril de 2007, recurso de casación 6924/2007, se recordaban pronunciamientos anteriores vertidos en las Sentencias de 20 de mayo y 24 de noviembre de 2004 sobre que *"Es cierto que si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado. También lo es que ese quebrantamiento impondrá el deber de satisfacer las expectativas que han resultado defraudadas, o bien de compensar económicamente el perjuicio de todo tipo sufrido con motivo de la actividad desarrollada por el administrado en la creencia de que su pretensión habría de ser satisfecha; pero no sería correcto deducir de esta doctrina que pueda exigirse a la Administración la efectiva satisfacción de lo demandado cuando ésta haya de ajustarse a una conducta normativamente reglada y se aprecie la ausencia de uno de los requisitos que permitan el otorgamiento de lo solicitado. Es decir: la plena satisfacción de la pretensión desatendida no puede obtenerse en aquellos supuestos en los que está*

*excluido el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y sometida su decisión al cumplimiento de determinados requisitos legales, cuya carencia ha de impedir acceder a lo solicitado.”*

Engarzando la doctrina anterior con el supuesto de autos debe reiterarse que falta la necesaria patrimonialización de los derechos urbanísticos para la entrada en juego del principio.

Y por ello carece de apoyo para su prosperabilidad un "Avance de informe del Asesor Jurídico de la Comisión de Urbanismo de Menorca" ya que dada la naturaleza de tal documento no puede imputarse carácter de "pronunciamiento de la administración demandada" cual arguye la sociedad recurrente. No es un supuesto análogo al examinado en STS de 23 de julio de 2010, Rec. casación 154/2008 en que las previsiones específicas aprobadas por Ley el 3 de abril de 1999 fueron modificadas el 6 de octubre de 1999.

Ha de insistirse en que la regulación legal no se ve alterada por el principio de confianza legítima. Son los propios instrumentos urbanísticos en conjunción con la legislación urbanística los que fijan los plazos para el desarrollo urbanístico y la ulterior patrimonialización por haber llegado el plan a su fase final.

Se trata, por tanto, de estadios en los que el cumplimiento temporal de los deberes establecidos en la Ley 6/1998, es plenamente conocido por los afectados para que pueda alcanzar su materialización. Y, para el caso de una restricción, una vez consolidados los derechos, entra en juego el instituto de la responsabilidad patrimonial, mas el principio de confianza legítima no opera cuando ha existido una dilación en la realización de actuaciones propias de la ejecución urbanística imputable al propietario del suelo como aquí pone de relieve la Sala de instancia al reflejar los hechos relevantes.” (FJ 6º) (...)

“Nuestro sistema, pues, ha funcionado y funciona, bajo la exigencia de la patrimonialización o consolidación de los derechos urbanísticos para que pueda generarse alguna pretensión indemnizatoria derivada de responsabilidad patrimonial de la administración.

Y justamente tal ausencia de consolidación es la consignada en la sentencia que analiza, conforme a nuestra doctrina, que no se patrimonializó el aprovechamiento urbanístico pues lo desarrollado fue mínimo en un prolongado período de tiempo.

La jurisprudencia mencionada en el FJ 4º de esta Sentencia exige al propietario del suelo el cumplimiento de todos los deberes urbanísticos mediante su concreción

material (no solo la cesión de suelo, sino también el deber de urbanizar en el plazo establecido ) por lo que esa absoluta falta de patrimonialización conlleva la no infracción de los artículos 41 y 43 de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones, Ley. 6/1998, de 13 de abril.

No es suficiente la mera aprobación inicial del Proyecto de urbanización para generar el resarcimiento de los gastos habidos pues queda claro que no hubo aprobación definitiva del proyecto. Es contundente el punto octavo del FJ Segundo de la sentencia recurrida poniendo de relieve que aquella ausencia de aprobación definitiva fue incluso confirmada jurisdiccionalmente.

Es preciso la observancia de todos los deberes urbanísticos establecidos en el art. 18 de la Ley 6/1998 para declarar la consolidación del derecho al aprovechamiento urbanístico establecido en el planeamiento respecto del que se reclama indemnización, en la forma que, actualmente, de forma más prístina establece el art. 7. 2 del RDLegislativo 2/2008, de 20 de junio.” (FJ 7º) (...)

“De toda la doctrina queda claro que la modificación del planeamiento solo genera responsabilidad patrimonial de la administración cuando se produce minoración del aprovechamiento urbanístico patrimonializado en los términos previsto en el art. 41 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, esto es que tenga lugar la reducción antes de transcurrir los plazos para su ejecución o que no se hubiese llevado a cabo por causas imputables a la administración, supuestos aquí plenamente ausentes. Circunstancias aquí ausentes.

Por tanto, es incontestable que no basta la materialización de un instrumento idóneo que permita conocer cuál es el aprovechamiento del propietario cual pretenden los recurrentes sino que éste ha de cumplir los deberes impuestos por el propio planeamiento ejecutando en los plazos establecidos.

Resulta plenamente aplicable lo manifestado por la Sección Sexta de esta Sala en su Sentencia de 17 de junio de 2009, recurso de casación 944/2005 FJ Sexto afirma *“Y decimos que no estamos ante un supuesto de inexistencia de daño real y efectivo, y sí de una mera expectativa porque solo cabe estimar la responsabilidad patrimonial por acto legislativo cuando se produce un daño efectivo debido a actos de aplicación de las leyes, que origina un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera concreta por las actuaciones administrativas anteriores y conexas con la aprobación de la Ley balear 6/1999 a que nos revimos refiriendo. Ya señalamos que respecto de las actuaciones administrativas conexas con la aprobación de la Ley, como fue la tramitación del plan parcial cuya interrupción se produce al entrar en vigor la indicada Ley, no se apreció por la Sala de*

*instancia una conducta renuente u obstruccionista de la Administración con la intención de retrasar la aprobación de instrumento de planeamiento para dar lugar a la aprobación de la Ley Balear 6/1999."*

*Abundando más en la naturaleza del daño, aquí de índole urbanística, debemos señalar que la privación mediante acto legislativo de derechos de esta naturaleza urbanística debe acomodarse al grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva al propietario, mediante la escalonada incorporación de derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario, tales como el derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, o el derecho a edificar y a la edificación. De manera que solo cuando los deberes del propietario en el proceso urbanizador han sido cumplidos puede decirse que se han incorporado a su patrimonio los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial, toda vez que solo en tal caso ha contribuido a que dicho ejercicio sea posible.*

*En este sentido, esta Sala viene declarando que no puede considerarse incorporado al patrimonio del propietario el caso de un plan parcial aprobado que estaba escasamente ejecutado, pues <<en modo alguno puede considerarse incorporado a su patrimonio el derecho al valor urbanístico del terreno, como pretenden los recurridos, dado que, por una parte, los planes parciales no se encontraban en modo alguno en un grado avanzado de ejecución, como demuestra el hecho de que los peritos arquitectos a los que se encargó la valoración del terreno afirmaron que no se observaba obra significativa de urbanización>> (STS 17 de febrero de 1998 recaída en el recurso de casación nº 327/1993). "(FJ 8º).*

## **2. Otros supuestos.**

**Responsabilidad por aplicación de la ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco.**

**STS Pleno de 29 de Abril de 2010 (Rec. 591/2008)**

*"Nos encontramos ante una situación producida por la aplicación de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria, que "per se" ni impone ni exige un sacrificio patrimonial singular y especial de derechos o intereses económicos legítimos para unas personas, como la demandante, ya que pudieron prever la repercusión económica que directa o indirectamente pudiera incidir en su negocio, sujeto a determinadas prohibiciones o limitaciones según el título seudoconcesional por el que estaba autorizado por el Comisionado para el Mercado de Tabacos para realizar una actividad complementaria de otra principal.*

*En consecuencia, por no ser antijurídico el daño ocasionado por la aplicación de la Ley 28/2005, procede desestimar el presente recurso, lo que nos dispensa pronunciarnos sobre la indemnización solicitada por el cese de su actividad mercantil, reformas e inversiones realizadas en el negocio durante el período comprendido entre los años 1997-2002, impuestos municipales, despido de dos trabajadoras y lucro cesante”.*

### **3. Prescripción. Principio de la actio nata. Daños continuados y daños permanentes**

*La aprobación del deslinde produce el efecto lesivo. A partir de ese momento puede –conforme a la doctrina de la actio nata- ejercitarse la acción de responsabilidad patrimonial por el daño sufrido.*

#### **STS de 20 de marzo de 2012, Rec. ordinario 169/2010**

“Pero previamente a lo anterior y el verdadero punto de controversia en el presente caso y que va a determinar, sin duda, la resolución de este recurso es la naturaleza de los daños que el recurrente mantiene sufridos. El Acuerdo impugnado califica los daños como "permanentes", y el recurrente los considera "continuados".

Se trata de una cuestión ampliamente tratada por la Jurisprudencia de esta Sala que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos, y el más reciente y que ha de servirnos para ilustrar este caso es de la sentencia de esta Sala y Sección de veintidós de febrero de dos mil doce, recurso de casación 608/2010, que su vez recoge sintéticamente el estado de la cuestión:

*“De la doctrina precedente cita la Sentencia de 11 de mayo de 2004, en que se pone de relieve que: "a) por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. b) Daños continuados , en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos.”*

*En la mencionada Sentencia de 9 de diciembre de 2010 se incorpora una nueva situación a la retahíla de ejemplos de la sentencia anterior limitada al ámbito sanitario: Los daños esgrimidos por el recurrente (abono de emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que estuvo privado de la condición de Magistrado) han de calificarse como permanentes por lo que el plazo para ejercitar la pretensión nació desde el momento de notificación de la sentencia de 11 de diciembre de 1998, tal cual declara la Sala de instancia. Criterio asumido también por la Sala de lo Civil al interpretar los mencionados preceptos del Código Civil como se evidencia de la sentencia de 14 de julio de 2010, que tomo también en cuenta como referencia la fecha de notificación de una sentencia que era la base para ejercitar una acción de indemnización."*

La parte recurrente considera en su demanda -punto III- que deben considerarse como daños "continuados" por cuanto si bien es cierto que si bien es la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde de dominio público la que produce la incorporación en el dominio público marítimo-terrestre del inmueble de su propiedad, no es hasta la formulación de la reclamación cuando se puede determinar el alcance de los daños ocasionados e incluso los daños han seguido produciéndose tras la reclamación.

En el presente caso, no pueden considerarse los daños como continuados en el tiempo puesto que es evidente que desde el momento en el que el se aprueba el deslinde del inmueble de la titularidad del actor se produce el efecto lesivo para su patrimonio y persona. Y esa pérdida patrimonial, claro está que puede generar otros efectos derivados de la misma, como ha ocurrido en el presente caso, pero que no desvirtúan la naturaleza del daño para el patrimonio del actor. Junto a la demanda el actor aportó copia de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de once de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, recurso 2847/1994, que no constaba en el expediente administrativo, a pesar de manifestar su existencia. Tal sentencia analiza la corrección y procedencia del deslinde aprobado la Orden Ministerial, que fue recurrida por el hoy actor mediante recurso de reposición y concluye que el deslinde del dominio público marítimo-terrestre fue correcto según las previsiones de la Ley 22/1988, de 28 de julio de Costas. No consta que se recurriera ante el Tribunal Supremo, por lo que ha de entenderse que la misma es firme y que por tanto, confirmó la adecuación a derecho del deslinde realizado sobre la propiedad del recurrente. Por tanto, es a partir de este momento -"dies a quo"- en el que ciertamente debe considerarse, conforme a la doctrina de la "actio nata" que el hoy actor pudo ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial por el daño sufrido.

Siendo así la situación, es evidente que debe considerarse extemporánea la reclamación formulada el dieciocho de enero de dos mil seis ante el Ministerio de



Medio Ambiente, al amparo del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con el artículo 142.5 de la misma Ley.” (FJ 2º)

**Daños derivados de la pérdida de rentas como consecuencia de determinada previsión legal.**

**La distinción entre daños continuados y permanentes no se traza en razón del carácter definitivo o perdurable del daño. Los daños serán continuados si la cuantificación de los daños derivados de aquella previsión legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la ley. Si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, serán daños permanentes.**

**STS de 23 de octubre de 2012, RCA Unif. Doctrina 3964/2011**

“Una vez delimitado el objeto de debate en este recurso de casación para la unificación de doctrina es claro que el mismo se ciñe, exclusivamente, a determinar si los daños producidos como consecuencia de las limitaciones que la Ley 2/1.987 impone a los propietarios de los terrenos afectados por la declaración de espacios protegidos que aquella contiene -y que son indemnizables de acuerdo con el art. 6.2 de la misma Ley- pertenecen a la categoría de los "daños continuados", como entendieron las sentencias de contraste, o a la de los "daños permanentes", como entendió la sentencia recurrida.

Y la respuesta a esta cuestión ha de venir de la mano de la razón de ser de esa distinción efectuada por la jurisprudencia. Este Tribunal ha distinguido, efectivamente, entre daños permanentes y daños continuados "*entendiéndose por los primeros aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aún cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos, los daños continuados, son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad*" (sentencia de 7 de febrero de 1.997, ya citada, a la que se remiten casi todas las sentencias de la Sala de Sevilla aquí confrontadas).

Pero esta distinción no es tanto conceptual o teórica como práctica. Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo. Por eso, para clasificar un daño en una u otra categoría, se atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse esos perjuicios. Así se dice con toda claridad, por ejemplo, en la sentencia de 15 de febrero de 2.011, dictada en el recurso de casación 1.638/2.009, con cita de otras. Dice esta sentencia -

pronunciándose sobre las lesiones físicas a las que normalmente se aplica aquella distinción- que son "daños continuados" aquellos que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el "dies a quo" del plazo para recurrir será aquél en que ese conocimiento se alcance; y que son "daños permanentes" los que se refieren, por el contrario, a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, así, cuantificables, de suerte que los tratamientos paliativos posteriores, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

Aquí se puede comprobar que, como decimos, la distinción entre daños continuados y permanentes lo que pretende es dar una respuesta a aquellos casos en los que no es posible valorar todos los perjuicios causados en el momento en que se produce el hecho generador del daño y en los que, por tanto, no puede tomarse esa fecha como "dies a quo" del plazo para reclamar. Y que, desde luego, no es una distinción trazada en razón del carácter definitivo o perdurable del daño, pues tanto los daños "continuados" como los "permanentes" tienen esa naturaleza. Quiere ello decir que el hecho de que se prive al propietario de manera definitiva -o cuando menos, indefinidamente un derecho (el derecho a cazar, pescar y explotar la finca de otras formas), y el hecho de que, lógicamente, ese perjuicio se produzca todos los días y todos los años que dure esa situación (en los que no se podrá cazar, pescar, cultivar, etc), todo ello no conlleva, sin más, que el daño sea de carácter "continuado". Lo será si la cuantificación de los todos los daños derivados de esa privación legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la Ley. Pero si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, entonces son daños de los que hemos llamado "permanentes".

Y en el caso que examinamos resulta claro que los perjuicios derivados de esa privación legal podían haberse calculado ya desde un primer momento, de la misma manera que se cuantifica de una sola vez la privación definitiva del derecho de propiedad (o de cualquier otro) en los expedientes de expropiación forzosa, a pesar de que el propietario se ha visto privado de la finca de manera definitiva. La prueba de que este cálculo era posible es que desde aquella declaración legal no ha ocurrido nada que haya modificado un ápice la situación del propietario, o que haya condicionado de un modo u otro los parámetros o criterios que podrían haberse utilizado ya en aquel momento para calcular los perjuicios causados (salvo el transcurso del tiempo, claro, pero esto es inevitable y previsible y, además, consustancial a los daños "permanentes" y a los "continuados", según ha quedado ya suficientemente explicado).

Todo ello hace que deba reputarse correcta la interpretación que, cambiando el criterio anterior seguido por la propia Sala, ha mantenido la sentencia recurrida. Lo que nos lleva a declarar que no ha lugar al presente recurso de casación”. (FJ 4º)

### **3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR APLICACIÓN DE ACTO LEGISLATIVO FUNDADA EN LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA**

#### **1. Requisitos generales para la indemnizabilidad del daño**

##### **1) Requisitos generales. Doctrina de la Sala**

###### **STS de 14 de junio de 2011, Rec. ordinario 122/2010**

“Dicho esto, la Sala, en primer lugar, descarta que la condición o presupuesto que impone el inciso final del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, cuando señala que “ (...) cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”, resulte de aplicación a los supuestos de acciones de responsabilidad patrimonial sustentadas en el perjuicio irrogado por la aplicación de una ley inconstitucional al concluir que ello “ (...) supondría tanto como supeditar la reparación del hipotético perjuicio derivado de la inconstitucionalidad de la ley aplicada, a una previsión que en sí misma es absurda e incluso imposible: la del propio legislador de prever que la ley que aprueba puede ser contraria a la Constitución y de que por ello, por si lo fuera, ha de plantearse si incluye o no en ella una decisión como la reflejada en aquel inciso final” (FD 4º, párrafo cuarto) y considerar que tal conclusión es la que está presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando a continuación numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 19 de diciembre de 2000)”. (FJ 3º)

“En el mismo sentido STS Pleno de 2 de Junio de 2010 (Rec. 588/08): eficacia prospectiva ó ex nunc de los fallos de inconstitucionalidad

**Reclamación por los supuestos perjuicios derivados del pago de tarifas portuarias, liquidadas al amparo de normas que han sido declaradas inconstitucionales y nulas.**

**STS de 23 de Diciembre de 2010; Rec. 292/2007 (y otras muchas más como Rec. 5695/2010)**

“para que prospere la reclamación de responsabilidad patrimonial del estado legislador por los perjuicios derivados del pago de tarifas portuarias liquidadas al amparo de normas que han sido declaradas inconstitucionales y nulas, se hace preciso acreditar la existencia de un daño real y efectivo y, a estos efectos, no cabe identificar sin mas dicho daño real y efectivo con el importe de las tarifas satisfechas, porque lo cierto es que el reclamante ha incorporado el servicio a que corresponde dicha tarifa a su patrimonio por lo que no cabe considerar sin mas que ha sufrido un perjuicio patrimonial, real y efectivo, por su pago, a menos que acredite que con una norma legal hubiera existido una diferencia tarifaria a su favor. Por tanto, a efectos de la reclamación de responsabilidad patrimonial no basta con acreditar que la devolución del importe no supondría un enriquecimiento injusto, sino que es preciso acreditar un empobrecimiento injusto que no es lo mismo que un enriquecimiento justo. (...)”

considerando la Sala que del planteamiento del recurso no se desprende la existencia de un perjuicio real y efectivo en el patrimonio de la entidad recurrente, desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial invocada, en la medida en que también en este caso, se limita a identificar el perjuicio con el importe equivalente a las tarifas satisfechas, sin plantear la existencia del perjuicio en función de eventuales diferencias tarifarias, resulta inviable la pretensión formulada, sin necesidad de entrar a examinar las demás cuestiones planteadas por las partes.

**STS de 7 de marzo de 2012, Rec. ordinario 203/2008**

(Esta Sentencia hace referencia a un supuesto en que la entidad recurrente planteó una reclamación de responsabilidad patrimonial al Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario. No obstante, antes de abordar esta cuestión, resume la doctrina sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución Española, recogiendo los fundamentos jurídicos de la STS dictada con el número 153/2007, el 17 de septiembre de 2010):

*“(...) Planteados así los términos del debate se hace preciso recordar la doctrina de esta Sala sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y determinar su alcance sobre la cuestión litigiosa.*

*Dicha doctrina se asienta, prima facie en el principio de responsabilidad de los poderes públicos, principio positivizado al máximo nivel en el artículo 9.3º de la Constitución Española y que tiene un valor normativo directo, sirviendo para estructurar, junto con otros, todo el sistema jurídico-político de nuestro Estado.*

*Nuestra Sentencia de 27-11-2009 expresó que este principio, como todo principio general del derecho, cumplía la triple función de expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como operar en cuanto fuente supletoria*

*del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal, triple funcionalidad que autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, estando el Estado obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna.*

*Ahora bien, para el establecimiento de mecanismos de garantía de este principio de responsabilidad el legislador goza de un importante margen de maniobra pudiendo configurarlos de forma diferente según el poder público de que se trate, del mismo modo que la propia Constitución, y sirva en este punto de ejemplo, no establece el mismo diseño para las Administraciones Públicas -art. 106.2- que para el Poder Judicial -art.121-, pese a que ambos poderes públicos están claramente sujetos al principio de responsabilidad. Pero esta discrecionalidad o libertad de configuración del legislador no es ilimitada ya que no permite crear espacios inmunes fundados en la ausencia de regulación. Precisamente esta Sala recientemente ha proclamado el sometimiento al principio de responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional (STS 26-11-2009) y del Defensor del Pueblo (STS 27-11-2009), pese a que dichos órganos constitucionales carecían hasta ese momento de normativa específica que la estableciera.*

*En lo que atañe a la responsabilidad patrimonial derivada de actos del poder legislativo la jurisprudencia de esta Sala fue reticente a reconocerla hasta la STS de 29 de febrero de 2000 (Rec. 49/1998), que la estableció para los casos de leyes declaradas inconstitucionales, con los siguientes argumentos:*

*"CUARTO.- La Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común ha venido a consagrar expresamente la responsabilidad de la Administración por actos legislativos estableciendo el artículo 139.3 que "Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dicho actos". Responde sin duda esta normación a la consideración de la responsabilidad del Estado legislador como un supuesto excepcional vinculado al respeto a la soberanía inherente al poder legislativo.*

*Se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (ratio legis) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemnizar. No es necesario que lo hagamos, no*

*sólo porque la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común es posterior a los hechos que motivan la reclamación objeto de este proceso, sino también porque, por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido a priori en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.*

*Este mismo principio ha sido defendido desde tiempo relativamente temprano por nuestra jurisprudencia, separando el supuesto general de responsabilidad del Estado legislador por imposición de un sacrificio singular de aquél en que el título de imputación nace de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. La sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1991, además de remitir la responsabilidad por acto legislativo a los requisitos establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (que la lesión no obedezca a casos de fuerza mayor; que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado; que no exista el deber de soportarlo; y que la pretensión se deduzca dentro del año en que se produjo el hecho que motive la indemnización) y de afirmar que "en el campo del Derecho tributario, es obvio que la responsabilidad del Estado-legislador no puede fundarse en el principio de la indemnización expropiatoria", añade que "el primer hito señalado por el Tribunal Constitucional para la responsabilidad del Estado-legislador ha de buscarse en los efectos expropiatorios de la norma legal. Pero con ello queda no agotado el tema. Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos -leyes- quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley." La determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto de ley declarada inconstitucional.*

*QUINTO.- Ciertamente, se ha mantenido que la invalidación de una norma legal por adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad no comporta por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo, ni tampoco demanda necesariamente la reparación de las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia. Para ello se ha recordado que los fallos de inconstitucionalidad tienen normalmente eficacia prospectiva o "ex nunc" (los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional no vienen definidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional "que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso" -sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, fundamento jurídico 1-.*

*Ello nos da pie para resolver la excepción opuesta por el abogado del Estado, en el sentido de que el recurso es inadmisibile por existencia de cosa juzgada material, pues la entidad recurrente había impugnado en su día las liquidaciones tributarias y, previo agotamiento de la vía económico-administrativa, interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) el 30 de julio de 1994, sentencia que devino firme al inadmitirse la casación y desestimarse la queja contra dicha inadmisión.*

*El Tribunal Constitucional en Pleno, en sentencia de 2 de octubre de 1997, número 159/1997, considera, ciertamente, que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, que declaró inconstitucional y nulo el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, no permite, según el Tribunal, revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una ley luego declarada inconstitucional. No estando en juego la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (sentencias del Tribunal Constitucional 45/1989, 55/1990 y 128/1994).*

*SEXTO.- Esta Sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que*

*resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó.*

*La sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada, que en ningún momento fue consentida por la entidad interesada, la cual agotó todos los recursos de que dispuso. Con ello se impidió la devolución de lo indebidamente ingresado consiguiente a la anulación de la actuación viciada. Esta devolución se produjo, en cambio, en otros supuestos idénticos resueltos por otros órganos jurisdiccionales que creyeron oportuno plantear la cuestión. La firmeza de la sentencia, así ganada, no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, directamente ocasionado por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional. Es precisamente dicha sentencia, de sentido contrario a la pronunciada por los tribunales que plantearon la cuestión de inconstitucionalidad y la vieron estimada, la que pone de manifiesto que el perjuicio causado quedó consolidado, al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en la vía contencioso- administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional."*

*Poco después la STS de 13 de junio de 2000 insistió en que la acción de responsabilidad ejercitada era ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia y que incluso para su existencia no era preciso que el acto administrativo de aplicación de ley declarada inconstitucional hubiera sido judicialmente impugnado, razonándolo así:*

*"...no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto goza de una presunción de inconstitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una*



*actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear "de oficio o a instancia de parte" al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).*

*La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuere menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable".*

*Recientemente, el Pleno de esta Sala, S. 2-6-2010, Rec. 588/2008, ante la controversia doctrinal que generaron las anteriores sentencias y las numerosas que las siguieron, a la que precisamente se refiere el Acuerdo del Consejo de Ministros ahora impugnado, se ha pronunciado nuevamente sobre el obstáculo que puede suponer para el ejercicio de la acción de responsabilidad lo previsto en los artículos 161.1.a), inciso final, de la Constitución Española, y 40.1, inciso inicial, de la LOTC, normas que establecen determinados límites a la eficacia ex tunc de las declaraciones de inconstitucionalidad. Pues bien, dicha sentencia ha mantenido el criterio sostenido en sentencias anteriores sobre esta materia.*

*En definitiva, aunque los actos administrativos sean firmes -en este caso las liquidaciones tributarias relativas al IVA- ello no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador".(...) (FJ 2º)*

**Reclamación en relación gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos, establecido por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre. (STS de 5/12/2012; Rec. 396/2010)**

**STS de 23 de Noviembre de 2012 (Rec. 740/2011)**

“Cuando se solicitaba la revisión de oficio del acto declarando el pase a la segunda actividad el plazo de prescripción no comenzaba a correr hasta que esta vía quedaba definitivamente cerrada (por todas, sentencia de 31 de diciembre de 2007, recurso 96/2006). Y frente a los excesos que esta jurisprudencia podía generar, dando lugar a solicitudes fraudulentas presentadas con el fin de reabrir plazos ya fenecidos, también hemos matizado en fecha más reciente que la solicitud de revisión de oficio solamente interrumpirá el plazo de prescripción para reclamar la responsabilidad patrimonial cuando se formule dentro del plazo de un año a contar desde la fecha de publicación de la sentencia declarando la inconstitucionalidad de la Ley (sentencias de 11 de diciembre de 2009, recurso 572/2007, 29 de marzo de 2012, recursos 245/2008 y 431/2009, 13 de abril de 2012, recursos 126/2008, 170/2008 y 613/2008, y 24 de abril de 2012, recursos 178/2009, 550/2008 y 581/2009).

La aplicación de esta doctrina al caso de autos hace que deba otorgarse eficacia interruptiva a las solicitudes de revisión de oficio presentadas en su día, en la medida en que se presentaron antes de transcurrir un año desde la publicación de la STC 234/1999. Y como este plazo de un año tampoco transcurrió entre la fecha en que quedaron firmes las sentencias que desestimaron sus recursos contra la denegación de aquellas revisiones (27 de enero y 13 de marzo de 2009) y la fecha en que presentaron la reclamación de responsabilidad patrimonial que aquí resolvemos (18 de enero de 2010), es obligado también entender que la acción se presentó dentro de plazo. Por lo que la prescripción alegada por el Abogado del Estado debe ser rechazada.

Ello conduce directamente a la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado y al reconocimiento del derecho de los recurrentes a ser indemnizados por los perjuicios económicos causados por la aplicación de la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 37/1988, declarada inconstitucional y nula por la STC 234/1999.

**2) El valor de cosa juzgada no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial dirigida a lograr la indemnización de los perjuicios causados por la aplicación de la ley declarada inconstitucional**

**STS de 14 de junio de 2011, Rec. ordinario 122/2010**

“Para resolver dicha cuestión, la Sala tiene en cuenta el tenor literal de los artículos 161.1.a) de la Constitución española y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de ellos extrae una primera conclusión, la de que “ (...) *la declaración de inconstitucionalidad (con la única y sola excepción que prevé el inciso final de la segunda de esas normas, sólo referida a los procesos penales o contencioso-administrativos de revisión de resoluciones sancionadoras, en los que la inaplicación de la norma inconstitucional determine un efecto beneficioso para aquél o aquellos contra los que se siguieron esos procesos) deja incólume y no menoscaba el valor de cosa juzgada de la sentencia firme cuya razón de decidir y cuyo pronunciamiento se sustentó en la aplicación de la norma luego declarada contraria a la Constitución.*” (FD 7º, párrafo cuarto).

A continuación, la Sala califica estas normas limitadoras de los efectos propios del régimen general del instituto procesal de la cosa juzgada como restrictivas o limitativas de derechos y de carácter excepcional y, por ello, procede a interpretarlas de un modo estricto y no extensivo, entendiendo así que las mismas disponen que la cosa juzgada ha de alcanzar a las pretensiones invocadas en el proceso ya fenecido pero no a aquéllas que sean distintas de las antes deducidas “ (...) *bien porque los sean los sujetos frente a los que se piden; bien porque lo sea el “petitum”, esto es, el bien jurídico cuya protección se solicita.*” (FD 7º, párrafo noveno).

De dicha interpretación, concluye la Sala afirmando que lo ordenado en los artículos 161.1.a) de la Constitución y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional “(...) *no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución.*” (FD 7º, párrafo décimo), al no existir identidad entre los bienes jurídicos cuya protección se solicita ya que en el proceso fenecido lo era el derecho o derechos derivados, a juicio del recurrente, de una concreta situación o relación jurídica y en el nuevo proceso lo es el de ser indemnizado por los daños ocasionados en su patrimonio por un tercero que no tenía el deber de soportar. Con ello, la Sala mantiene así el criterio reiterado en la controvertida jurisprudencia que iniciaron las ya mencionadas sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000 y que, a juicio de la Sala, es el que mejor se ajusta al que rige en materia de ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial contra los Estados miembros de la Unión Europea.

Prosigue la Sala afirmando que dicha conclusión es la más adecuada al supuesto enjuiciado ya que la cosa juzgada y la seguridad jurídica no se ven menoscabadas al

reconocer la posibilidad de ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial puesto que, por un lado, no existe identidad de partes – la parte contra la que se dirige la pretensión de responsabilidad patrimonial no lo fue en el proceso laboral por despido – y, por otro, el contenido de los derechos y deberes entre el empresario y trabajador despedido, objeto de aquel proceso, no habrá de experimentar modificación alguna”. (FJ 3º)

## **2. Daño**

### **1) Antijuridicidad**

***1.1. La declaración de inconstitucionalidad de la ley conlleva como regla general el reconocimiento de la antijuridicidad de daño. Inexistencia del deber jurídico de soportar el daño***

#### **STS de 11 de octubre de 2011, Rec. ordinario 687/2009**

(En este caso, se analizó la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el menoscabo patrimonial derivado de la aplicación a un proceso laboral por despido del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, declarado inconstitucional por STC 68/2007, de 28 de marzo. Esta Sentencia se remite a una anterior dictada en fecha 2 de junio de 2010).

“Llegados a este punto, la Sala analiza si el menoscabo económico alegado por el recurrente reúne los requisitos que legalmente se precisan para que la indemnización sea procedente y de todos ellos -daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas y antijurídico, en el sentido, éste, de que aquél no tenga el deber jurídico de soportarlo – señala que sólo este último es el que se discute por la Administración demanda, al considerar que ninguna duda existe acerca de la concurrencia de los dos primeros, restándole consistencia, por las razones que expone, a las que pudiera suscitar el tercero de dichos requisitos.

Entrando de lleno en la antijuridicidad del menoscabo, la Sala aprecia que en estos supuestos en los que “(...) *el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por*

*dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño” (FD 10º, párrafo segundo), entendiendo que dicha regla general es la que se desprende de la jurisprudencia iniciada en las sentencias del año 2000 y que no resulta desvirtuada por las sentencias citadas por la Administración demandada en su escrito de contestación a la demanda, al abordar casos distintos.*

La conclusión a la que llega la Sala sobre la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño se fortalece con la regulación contenida en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, surgida tras la convalidación del Real Decreto-ley 5/2002, ya que la decisión del legislador de derogarlo de modo expreso, reintroduciendo nuevamente la obligación de pago de los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente en que el empresario optara por la extinción de la relación laboral, equivale a “(...) *la desautorización de la supresión que había introducido el RDL, por no apreciar el legislador, en suma, que ese interés general o esos criterios u objetivos demandaran en ese momento, ni en el tan inmediatamente anterior en que el RDL fue aprobado, aquella supresión de los salarios de tramitación” (FD 11, párrafo tercero).*

Por otro lado, descarta la Sala que la Disposición transitoria primera de dicha Ley 45/2002 genere el efecto de sanar la antijuridicidad del daño ya que “(...) *la posterior declaración de inconstitucionalidad y nulidad del RDL origina para éste, a falta o en ausencia de un pronunciamiento de signo contrario que se contuviera en la sentencia constitucional, una invalidez con efectos ex tunc, que la retrotraen al momento mismo en que entró en vigor. Y además, porque si aquella decisión del legislador es equiparable a nuestro juicio a una desautorización de la supresión introducida por el RDL, ello conduce o debe conducir a ceñir el significado y trascendencia de aquella Disposición transitoria al propio de las de su naturaleza, esto es, a fijar los efectos de la sucesión temporal de normas, pero no a atribuirle después de declarada la inconstitucionalidad y nulidad de la norma precedente un efecto equivalente a dotar de juridicidad un daño que como regla general o de principio es antijurídico” (FD 12, párrafo segundo).*

Por último, la Sala, antes de entrar a valorar la concreta cantidad que ha de reconocerse en concepto de indemnización, rechaza que el hecho de que la sentencia que puso fin al proceso laboral por despido no reconociera al trabajador la cantidad denominada salarios de tramitación tenga virtualidad para eliminar la relación causal existente entre la norma inconstitucional y la lesión cuya reparación se pretende, ya que

dicha falta de reconocimiento fue consecuencia de la aplicación del entonces vigente Real Decreto-ley.” (FJ 3º)

### **STS de 3 de mayo de 2012, Rec. ordinario 108/2010**

“En la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 588/2008, y después en las que aplicaron su doctrina, de fechas 13, 14 (4) y 15 (7) de septiembre, 14 de octubre, y 13 (3) y 21 (4) de diciembre de 2010, entre otras, dictadas, respectivamente, en los recursos contencioso-administrativos núms. 349/09, 350/09, 630/08, 645/08, 648/08, 647/08, 94/09, 229/09, 354/09, 428/09, 430/09, 653/09, 367/09, 167/09, 323/09, 686/09, 142/09, 248/08, 347/09 y 476/09, declaramos la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por el importe de los salarios de tramitación que el trabajador, despedido improcedentemente según sentencia judicial, había dejado de percibir por estar vigente en la fecha de su despido el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, que, al modificar el art. 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los había suprimido para el supuesto de despido improcedente en que el empresario optaba por la extinción del contrato con abono de una indemnización y no por la readmisión, y que luego fue declarado -el Real Decreto ley- inconstitucional y nulo por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 68/2007, de 28 de marzo (publicada en el BOE del 26 de abril de 2007), por vulnerar el art. 86.1 CE.” (FJ 1º)

“En aquella sentencia inicial, y en la medida de lo necesario en las sucesivas, rechazamos los motivos o razones que la Administración demandada opuso a la pretensión indemnizatoria, que fueron, dicho aquí en apretada síntesis, los siguientes: (1) El silencio de aquel Real Decreto-Ley sobre las previsiones del inciso final del art. 139.3 de la Ley 30/1992, ya que las mismas no son necesarias ni entran en juego cuando la hipotética lesión tiene su origen en la aplicación de leyes o normas con fuerza de ley declaradas inconstitucionales. (2) La afirmación de que los fallos de inconstitucionalidad, mientras otra cosa no establezcan, tienen eficacia prospectiva o ex nunc, por no ser una afirmación acertada en abstracto o en sí misma. (3) La necesidad de distinguir, desde el inicio o de entrada, cuál hubiera sido la causa o razón determinante del vicio de inconstitucionalidad, pues en principio, y sin perjuicio de su posible incidencia en el juicio sobre la antijuridicidad del daño, cualquiera que fuera aquélla es indiferente si el perjuicio cuya reparación se pretende deriva precisamente de la aplicación de la norma declarada inconstitucional. (4) La derogación de aquel Real

Decreto-Ley antes de que se dictara la sentencia que lo declaró inconstitucional, pues ello es irrelevante en tanto en cuanto la norma derogatoria no hubiera reparado el perjuicio irrogado por la aplicación de aquél mientras formalmente estuvo vigente; sin perjuicio, de nuevo, de que esa norma derogatoria incluya preceptos que deban ser considerados para decidir sobre aquel requisito de la antijuridicidad del daño. (5) El obstáculo que para el éxito de la acción indemnizatoria representa la dicción de los artículos 161.1.a) de la CE y 40.1, inciso inicial, de la LOTC, pues la pretensión indemnizatoria basada en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y en aquellos casos en la del Estado Legislador, no es la misma que antes fue juzgada y decidida por sentencia firme del orden jurisdiccional social. Y (6) que aquel menoscabo económico consistente en la no percepción de los salarios de tramitación no reunía los requisitos de constituir un daño individualizado con relación a una persona o grupo de personas y de ser antijurídico, pues sí son caracteres predicables de él”. (FJ 2º)

“El supuesto que ahora enjuiciamos es uno en que el despido, a diferencia de aquellos otros entonces enjuiciados, no fue declarado improcedente en sentencia, sino reconocido como tal por el empresario en el acto de conciliación celebrado en presencia del órgano judicial. (...) (FJ 3º).

“Frente a este razonamiento del Abogado del Estado hemos de comenzar recordando que en las cuatro sentencias de 1 de marzo de 2011 dictadas en los recursos nº 576/2008, 95/2009, 201/2009 y 320/2009 ya hemos declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por los salarios de tramitación dejados de percibir en aquellos supuestos en que los despidos no fueron declarados improcedentes en sentencia judicial, como ocurrió en los casos resueltos por las sentencias citadas al inicio, sino reconocidos como tales por el empresario, bien en el acto de conciliación administrativa, bien en el celebrado en presencia del órgano judicial. Aunque también es forzoso reconocer que esta solución fue consecuencia de la posición procesal adoptada por aquella misma representación ante el planteamiento de la tesis por el Tribunal, sometiendo a la consideración de las partes, precisamente, la incidencia de este acuerdo voluntario en la imputación del daño a la Administración, circunstancia que la parte demandada estimó irrelevante en aquellos casos.

De la misma manera, en otros muchos recursos el Abogado del Estado se ha allanado a las demandas formuladas por trabajadores que habían visto reconocida la improcedencia del despido en el acto de conciliación ante el servicio administrativo establecido al efecto y reclamaban los salarios de tramitación dejados de percibir (véanse, por ejemplo, las sentencias de 21 de diciembre de 2011 -recursos 372/2009 y 379/2009-; de 22 de diciembre de 2011 -recursos 338/2009, 368/2009, 373/2009,

374/2009, 381/2009, 387/2009 y 389/2009-; de 12 de enero de 2012 -recurso 420/2009-; 13 de enero de 2012 -recurso 397/2009-; 16 de enero de 2012 -recurso 438/2009-; 17 de enero de 2012 -recursos 414/2009 y 447/2009-; 18 de enero de 2012 -recurso 461/2009-; 19 de enero de 2012 -recursos 417/2009 y 424/2009- y 20 de enero de 2012 -recurso 418/2009-), con el consiguiente fallo estimatorio del recurso contencioso-administrativo.

A diferencia de todos estos casos, aquí se plantea de manera frontal por el Abogado del Estado la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por haberse declarado la improcedencia del despido por acuerdo entre las partes y no por sentencia. (...)

Sin embargo, no apreciamos en el razonamiento esgrimido ahora por la Administración demandada ningún motivo para apartarnos de la jurisprudencia sentada en las precedentes sentencias dictadas sobre este mismo asunto por la Sala, ya que los supuestos examinados en ellas y el que es objeto de estos autos son plenamente equiparables. El Estatuto de los Trabajadores reconocía el derecho del trabajador a percibir una cantidad equivalente a los salarios de tramitación en todos los casos de despido improcedente en los que el empresario optaba por la extinción de la relación laboral, tanto si se hacía la declaración de improcedencia en sentencia como si se producía en la conciliación previa al juicio. Y el Real Decreto-ley 5/2002 suprimió este derecho también en ambos casos. Por consiguiente, en uno y en otro el trabajador se vio privado por una norma inconstitucional y nula de un derecho que le reconocía la legislación vigente, y ello le impidió reclamarlo ante los Tribunales o ante el empresario en el acto de conciliación. Tampoco apreciamos ninguna diferencia en cuanto a la imputación del perjuicio por el hecho de haberse declarado la improcedencia del despido en un acto voluntario como es la conciliación, y no mediante la decisión imperativa del Juez en sentencia.

Ello es así, primero, porque la propia Ley de Procedimiento Laboral regula la conciliación como un acto necesario previo al juicio (hasta en dos ocasiones: ante la autoridad laboral -arts. 63 a 68 LPL- y ante el Juez -art. 84 LPL-); y segundo -y más importante- porque no se puede entender que al aceptar la indemnización que se le ofrecía en ese acto el trabajador estuviese renunciando a la indemnización correspondiente a los salarios de tramitación, como parece desprenderse del argumento de la "transacción" empleado por el Abogado del Estado. No podía estar renunciando a este derecho por la sencilla razón de que no lo tenía reconocido según la legislación aplicable (luego declarada inconstitucional). Con ese acuerdo el trabajador solamente podía transigir sobre los derechos que tenía reconocidos en aquel momento -que se ceñían a la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio- a



cambio de asegurarse una declaración de despido improcedente. Pero no sobre la indemnización por los salarios de tramitación, pues aquella norma inconstitucional le había privado de ese derecho.

En definitiva, en ambos casos se obtuvo por el trabajador una indemnización por el primer concepto (cuarenta y cinco días de salario por año trabajado), pero no por el segundo, suprimido por el Real Decreto-ley inconstitucional (la cuantía igual a la suma de los salarios de tramitación). Consecuentemente, el Estado, responsable de la promulgación de esa norma, debe responder igualmente de los perjuicios causados por los efectos generados por la aplicación de la norma inconstitucional”. (FJ 4º)

### **STS de 29 de marzo de 2012, Rec. ordinario 245/2008**

(Se dedujo en este caso, demanda de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños y perjuicios causados por el abono del gravamen complementario sobre la tasa fiscal que recae sobre los juegos de suerte, envite o azar, aplicable a las máquinas recreativas tipo B, previsto en el artículo 38.2 de la Ley 5/1990, de 20 de junio, declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre).

“A la hora de resolver el actual recurso, conviene hacer un excursus sobre los pronunciamientos de esta Sala, que, como se verá, han tomado en consideración todas las hipótesis expuestas.

(...) En sentencia de 29 de febrero de 2000, resolutoria del recurso contencioso-administrativo 49/1998, nuestra Sala reconoció por vez primera el derecho de los contribuyentes que habían ingresado en las arcas públicas las cuotas correspondientes al pago del gravamen complementario de máquinas tipo B, en cumplimiento del art. 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia, presupuestaria, financiera y tributaria, a ser indemnizados por la Administración del Estado.

Sin necesidad de mayor comentario en este momento debido a la ampliación difusión que tuvo nuestra doctrina y la reiteración de pronunciamientos sobre el particular, baste recordar que la estimación de aquel primer recurso deducido frente a un Acuerdo denegatorio del Consejo de Ministros, tuvo su base en la antijuridicidad del daño, ya que *“el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos –leyes- quedan bajo el imperio de tal Norma Suprema. En los casos donde la ley vulnere la Constitución, evidentemente el poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la*

*obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado legislador puede tener, asimismo, su segundo origen en la inconstitucionalidad de la Ley*". Con dicha premisa, y la desestimación de la oposición formulada por la Abogacía del Estado en relación con el principio de cosa juzgada, se dio inicio a una larga trayectoria jurisprudencial, en que tuvimos ocasión de poner de manifiesto el derecho de los interesados a ser resarcidos en función del perjuicio económico padecido por los ingresos realizados en la Hacienda Pública cuando la disposición legal que les servía de cobertura resultaba inconstitucional. Conviene recordar al respecto que en aquel caso se abordaba el examen de un supuesto donde por sentencia firme se había confirmado la liquidación tributaria sin plantearse cuestión de inconstitucionalidad, lo que no impidió con posterioridad considerar antijurídico el perjuicio causado por el ingreso de la deuda tributaria que era consecuencia directa de la aplicación de una norma inconstitucional.

A partir de aquella primera declaración, quedaba un largo camino por recorrer, a la hora de discernir si la diversidad de situaciones que en la práctica podían darse, que han sido resumidas en el fundamento de derecho segundo, debían ser o no objeto de tratamiento diferenciado, a efectos de la desestimación o desestimación de las reclamaciones indemnizatorias formuladas en cada caso.

El punto de partida de la respuesta que había de dar la Sala, se estableció con prontitud. En la sentencia de 13 de junio de 2000, Rec. 567/1998, hicimos una matización que, con el paso del tiempo, se demostró fundamental a la hora de la resolución de los diversos supuestos planteados: el hecho de que los contribuyentes no hubieran impugnado en su día las liquidaciones tributarias en que se reflejó el ingreso y, por tanto, hubieran devenido firmes, no privaba de antijuridicidad al daño producido. De modo que el resarcimiento de los perjuicios causados por la actividad legislativa inconstitucional podía obtenerse mediante la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada en el plazo de un año a computar desde la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional, que permite por primera vez al perjudicado tener conocimiento de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacer posible el ejercicio de la acción resarcitoria. Entre otras cosas, decíamos:

*“Esta Sala... estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la*

*ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa...*

*La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable.”*

Del mismo modo, en la sentencia de 13 de junio de 2000 se abordaba la posible prescripción de la acción para reclamar ante la Administración del Estado la indemnización derivada de la aplicación del gravamen tributario a la postre declarado inconstitucional. Y lo hacíamos afirmando la necesidad de tomar en consideración, como criterio determinante de la posible existencia de un plazo prescriptivo, la regulación propia y específica de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, dejando a nivel secundario los plazos establecidos en relación con institutos de distinta naturaleza, en particular de las acciones para obtener la devolución de ingresos indebidos y la nulidad de los actos y administrativos. Precizando, además, que el dies a quo del cómputo, siguiendo la teoría de la actio nata tan consolidada en nuestra doctrina, sería de la fecha de publicación de la sentencia 173/1996, de 31 de octubre, del Pleno del Tribunal Constitucional:

*“El deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la ley declarada inconstitucional no puede tampoco deducirse del hecho de que puedan o no haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos para el derecho a reclamar los ingresos indebidos o para el ejercicio de las acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto tributario de liquidación. En efecto, la reclamación presentada es ajena a dichos actos, en la medida en que no pretende la nulidad de la liquidación ni la devolución de ingresos indebidos por parte de la Administración que ha percibido la cantidad ingresada, sino la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa. En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuyo régimen es aplicable a la responsabilidad del Estado legislador, rige exclusivamente el plazo de*

*prescripción de un año establecido por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy por el artículo 139 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. Este plazo, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la actio nata o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las Administraciones públicas.*

(...) Claro es que, desde aquellas dos primeras sentencias, que marcaban un nuevo paso adelante en la denominada responsabilidad patrimonial del Estado legislador, la riqueza y diversidad de los supuestos que la práctica pudiera ofrecer, obligó a una mayor matización. Ésta vino precisamente de la mano de la clasificación que anticipábamos en el fundamento de derecho segundo. En él nos referíamos a la distinta situación de los titulares de máquinas recreativas del tipo B, que realizando el ingreso del gravamen tributario sobre la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, impugnaron ab initio los actos administrativos de aplicación del complemento tributario, de aquellos que sólo hicieron valer sus derechos a raíz de ser dictada la sentencia del Tribunal Constitucional. Y que, dentro de estos últimos, a su vez cabía distinguir entre quienes, al tener conocimiento de la misma, plantearon directamente una reclamación de responsabilidad patrimonial, de quienes la hicieron valer consecutivamente a la desestimación de una previa solicitud de devolución de ingresos indebidos, o bien acumulada o sucesivamente al ejercicio de una acción administrativa de revisión de oficio.

En concreto, a partir de la sentencia de 15 de julio de 2000, Rec. 736/1997, se planteó la Sala el posible tratamiento diferenciado entre quienes habían impugnado los actos de liquidación tributaria antes de la anulación del gravamen inconstitucional, obteniendo sentencia firme que los declaraba conformes a derecho, y aquellos otros particulares que solo reaccionaron con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad frente a las liquidaciones, bien por la vía de la revisión de oficio, bien por la consistente en la reclamación de responsabilidad patrimonial, bien por ambas a la vez, acumulada o sucesivamente. Los primeros quedaban abocados a

entablar una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial dentro del plazo fijado por la Ley, mientras que a los segundos se reconocía el derecho a solicitar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho por inconstitucional y exigir, simultánea, sucesiva o alternativamente responsabilidad patrimonial, si bien la acción de revisión podría ejercerse en cualquier momento, mientras que la acción resarcitoria debía entablarse dentro del plazo legalmente establecido. Decíamos al respecto en su fundamento de derecho cuarto:

*“En nuestro sistema legal, quienes han tenido que satisfacer el gravamen complementario, impuesto por el precepto declarado inconstitucional, después de haber impugnado en vía administrativa y sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo sentencia firme que lo declara conforme a derecho, no tienen otra alternativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, que ejercitar, como en este caso ha procedido la entidad demandante, una acción por responsabilidad patrimonial, derivada del acto del legislador, dentro del plazo fijado por la ley.*

*Si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes...*

*Sin embargo, en los supuestos en que no exista el valladar de la cosa juzgada, cabe instar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba, por el procedimiento establecido en la referida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que, como en el proceso terminado con nuestra Sentencia de 13 de junio de 2000 (recurso*

*567/98), el interesado promueva directamente la acción de responsabilidad patrimonial, derivada de actos del legislador, dentro del plazo legalmente establecido.”*

Tales afirmaciones partían del hecho de considerar nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados al amparo o en ejecución de una disposición legal inconstitucional.

Este criterio se vio corroborado por la sentencia de 19 de julio de 2003, Rec. 555/2001, que aplicó el plazo de prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial, computado a partir de la fecha de publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, confirmando el Acuerdo del Consejo de Ministros, ante un supuesto donde la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial se había ejercitado transcurrido ya dicho año.

(...) A partir de una sentencia de 3 de noviembre de 2006, resolutoria del Rec. 278/2005, tuvieron lugar algunos pronunciamientos donde que la Sala se fue apartando de la aplicación, severa y rigurosa, del plazo de un año previsto legalmente para el ejercicio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

Así reiterándose en términos generales la doctrina recogida en la sentencia de 15 de julio de 2000, Rec. 736/1997, se ha reconocido en diversas ocasiones el derecho a ser indemnizados a los particulares que, no habiendo impugnado en su día los actos de liquidación tributaria, ni habiendo ejercido tampoco las acciones administrativas tendentes, respectivamente, a la devolución de ingresos indebidos o a la revisión de oficio, formularon sus reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante la Administración del Estado en fecha posterior al transcurso de un año desde la publicación de la sentencia constitucional 173/1996, de 31 de octubre. Tales pronunciamientos descansaban sobre el argumento de que no cabía imponer a quien había sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, que realmente podría instar en cualquier momento a fin de dejarlos sin efecto, y solo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando correspondía a la Administración proceder a declarar de oficio su nulidad, y se hallaban los ciudadanos en la confianza legítima de que la actuación de los Poderes Públicos se ajusta a la Constitución y a las Leyes. Esto se ha producido, además de en la ya citada sentencia de 3 de noviembre de 2006, en las de 11 de septiembre de 2007, de 22 de abril de 2008 y de 11 de septiembre y 16 de octubre de 2007 que citan otros precedentes (recs. 99/2006, 76/2006, 390/2006 y 289/2005, respectivamente).

No obstante lo expuesto, la Sentencia de 11 de diciembre de 2009, Rec. 572/2007, proclama de nuevo la aplicación del plazo de prescripción de un año a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional, para esta clase de acciones, al aclarar que, incluso en los casos en que se hubiera formalizado por el interesado instancia de revisión de oficio de los actos de liquidación tributaria a raíz de la publicación de la sentencia 173/1996, del Tribunal Constitucional, el ejercicio de aquélla sólo serviría para interrumpir el plazo propio –e ineludible- de la reclamación de responsabilidad patrimonial, siempre que tal revisión se hubiera hecho valer dentro del plazo de un año que marca el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP). Así, señalábamos en su fundamento de derecho tercero:

*“...Y es 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.*

Conforme a la doctrina establecida por esta última sentencia y recapitulando las hipótesis que la experiencia ha deparado, en relación con las reclamaciones indemnizatorias surgidas de la aplicación y posterior anulación por el Tribunal Constitucional del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, establecido por el art. 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, se alcanzan las siguientes conclusiones: a) los particulares que recurrieron en su día los actos de liquidación tributaria, tenían un año para ejercitar la acción administrativa de responsabilidad patrimonial a partir de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, salvo que la firmeza de los actos tributarios se hubiera producido con posterioridad, computándose en este caso el plazo anual a partir de dicha firmeza; b) los administrados que ejercitaran directamente una reclamación de responsabilidad patrimonial tras la publicación de la STC 173/1996, contarán con el plazo de un año a partir de la publicación de ésta para entablar tal acción; c) los contribuyentes que formularan reclamación de devolución de ingresos indebidos dentro del plazo previsto en su normativa reguladora, tendrían el plazo de un año para reclamar una indemnización por responsabilidad patrimonial a contar desde la firmeza de la

desestimación de la solicitud de devolución (en dicho sentido, las sentencias de esta Sala de 3 de junio de 2004, de 27 de septiembre de 2005 y de 11 de diciembre de 2009), y d) finalmente, la formulación de una solicitud de revisión de oficio posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional, sólo interrumpiría el plazo de un año de prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial, en caso de haber sido formalizada dentro del mismo, a computar desde la fecha de publicación de la sentencia de inconstitucionalidad.” (FJ 2º a 5º).

*Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 17 de Noviembre de 2009 (Rec. de casación 448/2008 y STS de 24 de abril de 2012, Rec. ordinario 178/2009.*

## **2) Daño real y efectivo**

*Necesidad de acreditar un detrimento patrimonial que pueda calificarse como daño real y efectivo.*

### **STS de 1 de febrero de 2012, Rec. ordinario 280/2009**

“Entrando en la cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso, hay que señalar que ésta ha encontrado ya respuesta con mayor amplitud en una serie de pronunciamientos de esta Sala -entre otras muchas, Sentencias de siete (recurso 280/07)- y veintitrés de diciembre de dos mil diez (recurso 283/07)-, todos ellos desestimatorios de la acción de responsabilidad patrimonial por aplicación de acto legislativo fundada en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 70.1 y 2 de la Ley de Puertos.

Decimos en ellos que lo que se pretende en este recurso es la declaración de responsabilidad patrimonial por la aplicación de acto legislativo, según la terminología que utiliza el artículo 139.3 de la Ley 30/92, invocando al respecto la jurisprudencia de esta Sala en los términos que antes se han expuesto.

Conviene recordar que la responsabilidad patrimonial se concibe como institución que viene a tutelar la integridad patrimonial de los administrados frente a las intromisiones de los poderes públicos, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, al margen de la potestad expropiatoria, como consecuencia de la actividad desarrollada en el ejercicio del poder.



Se configura así como presupuesto básico del nacimiento de tal responsabilidad la existencia de una lesión o detrimento en el patrimonio del particular o, como dice la Sentencia de veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, "la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado".

En todo caso se ha de tratar de un daño real y efectivo, como señalan las Sentencias de 16 de octubre de 1995 y 16 de febrero de 1998, entre otras. Así lo exige con carácter general el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, disponiendo que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado. También resulta del número 3 del mismo precepto en relación con la responsabilidad patrimonial por la aplicación de actos legislativos, que aquí se invoca, pues, si bien no hace referencia expresamente al daño, resulta implícito en el término indemnización, que, según el diccionario de la Real Academia, no es otra cosa que el resarcimiento de un daño o perjuicio.

El Abogado del Estado cuestiona la concurrencia de este requisito básico de la responsabilidad patrimonial, al entender que, desde esta perspectiva, no puede hablarse de un daño real o efectivo para el obligado que satisfizo, en su momento, la tarifa por la prestación del correspondiente servicio portuario, pues se ha beneficiado de la prestación de dicho servicio portuario y no puede decirse que haya sufrido un daño real y efectivo.

Frente a ello, la recurrente mantiene que ha experimentado una lesión en su patrimonio por cuanto ha tenido que hacer frente a un tributo que no tenía obligación alguna de pagar, argumentando en conclusiones sobre el carácter legal de tal obligación y señalando que la declaración de inconstitucionalidad deja claro que las Autoridades Portuarias no tenían derecho a exigir las tarifas en cuestión. En este punto tampoco se ha practicado prueba en las presentes actuaciones sobre la entidad del daño o sobre el coste del servicio.

Entiende la Sala que el litigio ha de examinarse desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial y del presupuesto básico de existencia de un detrimento patrimonial real y efectivo. A tal efecto, hay que tener en cuenta lo que ya declaramos en la Sentencia del Pleno de esta Sala de cinco de marzo de dos mil ocho -recurso contencioso-administrativo nº 22/2007- en el sentido de que "la entidad recurrente, mediando el abono de la correspondiente tarifa, accedió a determinada prestación

portuaria (uso de dominio público o servicio portuario) obteniendo con ello el correspondiente beneficio que incorporó a su patrimonio. La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Puertos incide en la habilitación para la exigencia de la tarifa, pero no altera la situación patrimonial de la entidad recurrente que resulta del disfrute de aquella prestación, cuya incorporación a su patrimonio no se ve afectada y se mantiene tras la declaración de inconstitucionalidad. Esta declaración podrá propiciar, en su caso, que el interesado ejercite las acciones correspondientes en reclamación de las tarifas satisfechas en aplicación de aquella normativa, lo que evidentemente irá en beneficio de su patrimonio, pero desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial no acredita un detrimento patrimonial que pueda calificarse como daño real y efectivo. Tampoco puede sustentarse la existencia de tal perjuicio en un eventual derecho del usuario a recibir el servicio, se entiende que sin el abono de la correspondiente tarifa, que parece invocarse cuando se dice, en conclusiones, que no existe ninguna norma que afirme que el usuario no tuviera derecho a recibir el servicio, pues es claro que toda la normativa reguladora de los servicios portuarios sujeta su prestación al abono de las correspondientes tarifas, criterio que no se ha abandonado tras dicha declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la correspondiente potenciación de la competencia, como se refleja en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de Puertos de Interés General, que en su Título I, Capítulo IV, regula las tasas portuarias por la utilización del dominio público portuario y por la prestación de servicios no comerciales por las Autoridades Portuarias. Finalmente el recurrente no plantea la existencia de un perjuicio, en razón de eventuales diferencias tarifarias, que pudieran incidir en el distinto alcance del beneficio reportado por la prestación obtenida, limitándose a identificar el perjuicio con el importe equivalente a las tarifas satisfechas, sin tomar en consideración que ello determinó el disfrute de la prestación y la incorporación a su patrimonio, que no resultó afectado por la declaración de inconstitucionalidad".

A esta Sentencia del Pleno de esta Sala nos hemos venido remitiendo en asuntos análogos y resulta plenamente aplicable al caso. Reseñar que no se acoge en ella la tesis del Abogado del Estado acerca del enriquecimiento injusto que se produciría en caso de indemnizar a la reclamante con una cantidad equivalente al importe de las tarifas ilegales satisfechas a cambio de la utilización de los servicios portuarios, pues la desestimación no se produce porque la Sala considere que en tal caso tendría lugar un enriquecimiento injusto, sino porque la Sala no considera acreditada la existencia de un daño real y efectivo que pueda identificarse con dicho importe, pues realmente aquéllas se pagaron a cambio de servicios que las reclamantes han incorporado a sus patrimonios bien directamente o a través del precio cobrado por la prestación del servicio para su

gestión, sin que quepa identificar un pago indebido por la ilegalidad de las tarifas, con un daño o perjuicio patrimonial indemnizable.

Cabe añadir que el pronunciamiento mayoritario del Pleno de la Sala en la referida sentencia de cinco de marzo de dos mil ocho, se produjo teniendo en cuenta y valorando la consideración de la cuestionada exigencia patrimonial como una obligación legal y la jurisprudencia de la Sala en relación con la devolución de lo pagado en tales casos, como se refleja en el voto particular emitido al respecto, consideraciones que no prosperaron frente al parecer mayoritario reflejado en la sentencia.

Por todo ello, considerando la Sala que del planteamiento del recurso no se desprende la existencia de un perjuicio real y efectivo en el patrimonio de la entidad recurrente, desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial invocada, en la medida en que, también en este caso, se limita a identificar el perjuicio con el importe equivalente a las tarifas satisfechas, sin plantear la existencia del perjuicio en función de eventuales diferencias tarifarias entre lo abonado y el coste efectivo del servicio prestado o la ocupación producida, resulta inviable la pretensión formulada, sin necesidad de entrar a examinar las demás cuestiones planteadas por las partes. Y es que el recurrente ni formula pretensión respecto a esta eventual diferencia entre el coste del servicio y lo girado y abonado ni tampoco se ofrece prueba alguna dirigida a tal extremo, que es el que, según la doctrina citada pudiera haber sido considerado por la Sala, al evidenciarse no un enriquecimiento injusto de la Administración sino un empobrecimiento injusto del recurrente.” (FJ 3º).

### **3) Supuestos en que la declaración de inconstitucionalidad no implica el reconocimiento de responsabilidad patrimonial**

***Improcedencia de declarar la responsabilidad patrimonial en el caso de actos que aplican una norma posteriormente declarada inconstitucional si el Tribunal Constitucional excluye cualquier tipo de acción revisora.***

**STS de 25 de febrero de 2011, Rec. casación 4367/2006**

“En el presente caso, sin embargo, se da la circunstancia que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, que declaró la

inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento Balear 12/1991, de 20 de diciembre, vino a determinar el alcance de su decisión al señalar en el fundamento séptimo:

*"SEPTIMO.- Llegados al fin de nuestro enjuiciamiento, antes de pronunciar el fallo sólo nos resta precisar cuál es el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad que le integra. Pues bien, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y siguiendo los precedentes sentados en supuestos que presentan rasgos similares al caso aquí enjuiciado (por todas, STC 45/1989, FJ 11), únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquéllas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme."*

Pronunciamiento que debe completarse con el contenido en el fundamento jurídico undécimo de la STC 45/1989, a la que se remite a estos efectos la 289/2000, en cuyos incisos finales se precisaba el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 1978, concluyéndose, en relación con los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración, que no podría fundamentar pretensión alguna de restitución.

Nuestra jurisprudencia ha precisado -por todas la STS de 18 de septiembre de 2003 (Rec. 122/2002)- en relación con la doctrina anteriormente expuesta sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator que goza de especial relevancia para su determinación que exista o no declaración expresa del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia, como ocurre en este caso. Mientras que los casos de ausencia de declaración permite a este Tribunal pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad patrimonial y fijar una indemnización que permita compensar los daños causados por el acto de aplicación de la ley inconstitucional tal y como expresábamos en el anterior fundamento, no así cuando el Tribunal Constitucional excluye cualquier tipo de acción revisoria. En este sentido el término que utiliza la sentencia es suficientemente expresivo al considerar "*situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquéllas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme*", término que contiene expresa prohibición de cualquier otra acción, incluida la que deriva del art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, pues entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional". (FJ 3º).

*Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 27 de mayo de 2011, Rec. casación 1472/2007.*

#### **4) Quatum indemnizatorio**

***La indemnización debe limitarse únicamente a los perjuicios que traen causa de la aplicación de la norma declarada inconstitucional***

##### **STS de 24 de abril de 2012, Rec. ordinario 107/2010**

“En relación con ello debe admitirse el razonamiento opuesto por la Administración demandada, pues si lo que se denuncia es que los órganos del Estado aplicaron el art. 33.1 ET tal y como quedó redactado por el Real Decreto-ley 5/2002, luego declarado inconstitucional y nulo, y que esa aplicación de una norma inconstitucional fue la única causa de que el Fondo de Garantía Salarial no abonase cantidad alguna al recurrente en concepto de salarios de tramitación por haberlos suprimido la reforma; entonces debe aceptarse también que aunque no se hubiese dictado el citado Real Decreto-ley el importe total que el recurrente podría haber percibido del FOGASA nunca podría haber superado “la cantidad resultante de multiplicar el duplo del salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días”, límite que incluía el citado art. 33.1 ET antes, durante y después de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 5/2002. Dicho en otras palabras, la declaración de nulidad del Real Decreto-ley 5/2002 hecha en la STC 68/2007, de 28 de marzo, borra los efectos derivados de la aplicación de la reforma introducida por ese Real-Decreto-Ley en el art. 33.1 ET (eliminar los salarios de tramitación de la garantía asumida por el FOGASA), pero no puede borrar los efectos producidos por los incisos del precepto no afectados por la reforma, y en concreto, por el límite de esa garantía existente ya con anterioridad al Real Decreto-ley 5/002. Por consiguiente -y esto es lo importante- los perjuicios económicos causados por encima de ese límite máximo no son imputables al Estado, porque aunque éste no hubiese promulgado el Real Decreto-Ley de constante referencia, el trabajador nunca habría cobrado del FOGASA una cantidad superior. Ello determina que el recurso deba ser estimado solamente en parte, reduciendo la cuantía de la indemnización solicitada en la cantidad que sobrepase el límite máximo fijado por del art. 33.1 ET.

Pero antes de acometer las operaciones de cálculo necesarias para ajustar la cuantía de la indemnización a los parámetros expuestos, es menester hacer referencia a

una serie de pronunciamientos previos de esta Sala y Sección en los que se estimó íntegramente el recurso interpuesto, para poner de manifiesto que hay particularidades en este caso que justifican la estimación solamente en parte sin quiebra de los principios de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) y de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Se cita en la demanda la sentencia de 1 de febrero de 2011, recaída en el recurso 555/2009. Es cierto que en ella se estimó íntegramente un recurso similar al que es objeto de este proceso, reconociendo el derecho a percibir la cuantía íntegra de los salarios de tramitación no abonados por el FOGASA. Pero tal y como se explica en el fundamento quinto de esa sentencia, en ese recurso el Abogado del Estado no planteó el motivo de oposición que aquí ha dado lugar a la limitación de la indemnización, sino que se limitó a reproducir los ya desestimados en la sentencia del Pleno de esta Sala de 2 de junio de 2010 (y otras muchas posteriores), de manera que por exigencia del principio dispositivo la Sala no se pronunció sobre el mismo (cfr. art. 33.1 de la Ley de la Jurisdicción).

Tampoco las sentencias dictadas el 1 de marzo de 2011 en los recursos 95/2009, 576/2008 y 201/2009, igualmente citadas en la demanda, apoyan la íntegra estimación de las pretensiones del actor, pues se refieren a supuestos que no guardan ninguna relación con este. En esas sentencias se planteaba la trascendencia que podría tener el orden a la declaración de responsabilidad patrimonial el hecho de que se hubiese declarado el despido improcedente en el acto de conciliación previo al juicio y no en sentencia. Y además, la decisión de estimar esos recursos se fundamenta en el principio dispositivo, atendida la postura adoptada por la Administración del Estado sobre el particular. Nada que ver, por tanto, con el supuesto de autos.

Por último, hay también un elemento diferenciador que justifica el apartamiento de la decisión adoptada en la sentencia de 17 de abril de 2012 que estima íntegramente los recursos 612/2009 y 21/2010. Como se explica en estas sentencias, en los supuestos que dieron lugar a las mismas la sentencia del Juzgado de lo Social que declaró la improcedencia del despido declaró al mismo tiempo la imposibilidad de la readmisión de los trabajadores, por lo que su parte dispositiva no dio al empresario la opción prevista en el art. 56.1 ET, sino que directamente declaró la extinción de la relación laboral con una indemnización que no incluía los salarios de tramitación. Por eso, razonábamos, la responsabilidad patrimonial no podía limitarse a la cuantía prevista en el art. 33.1 ET, como en esos casos también argumentaba el Abogado del Estado, porque la decisión del Juzgado al aplicar la norma declarada inconstitucional había privado a los recurrentes de un derecho de crédito que podían haber reclamado de la

empresa aun en situación de insolvencia. Mientras que en este caso el trabajador sí tiene un crédito reconocido por la sentencia y auto del Juzgado de lo Social de Bilbao, que pudo reclamar de la empresa empleadora aunque hubiese cerrado su actividad (en el exceso no cubierto por el FOGASA). Y si no lo hizo fue por su propia pasividad, por lo que no puede imputarse el impago de esa parte a la decisión del Juzgado ni a la del Fondo de Garantía Salarial ni, en definitiva, al contenido del RDL 5/2002.

(...) De acuerdo con lo expuesto, la indemnización por el daño causado debe limitarse a los perjuicios que traen causa de la aplicación del Real Decreto-Ley 5/2002, y por consiguiente únicamente a la parte de la indemnización que el FOGASA pudo haber reconocido hasta el máximo previsto en el art. 33.1 ET, esto es, la diferencia entre la cantidad efectivamente reconocida por el FOGASA (1.370,08 euros) y el máximo que pudo -en realidad debió- haber reconocido” (FJ 5º y 6º).

*Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 16 de julio de 2012, Rec. ordinario 562/2009.*

### **3. Prescripción**

#### **1) Principio de la actio nata. Interrupción del plazo de la prescripción**

*La prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente.*

**STS de 25 de mayo de 2011, Rec. ordinario 201/2010**

“La primera cuestión que es preciso resolver es la relativa a la prescripción de la acción que plantea el Sr. Abogado del Estado al contestar la demanda y a la que se refieren de nuevo las partes cuando evacuan sus escritos de conclusiones.

Para ello parte del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando dispone que: "en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo". Y sobre ese punto de partida sostiene que el plazo de prescripción del ejercicio de la acción cuando la inicial reclamación se interpone ante un órgano incompetente no se inicia de nuevo sino que cuenta desde el momento en que quedó interrumpido por la acción inadecuada hasta que concluyó el plazo para interponerlo, y en consecuencia considera que publicada la sentencia del Tribunal Constitucional en el BOE del 25 de abril de 1997 y comenzando del cómputo del año desde el siguiente día 26, cuando se

inició la acción de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el 21 de abril de 1998, faltaban cinco días para que se cumpliera el plazo para la interposición del recurso, de modo que cuando se notificó la sentencia de esta Sala el cuatro de mayo de dos mil siete es cuando comenzó a correr de nuevo el plazo que quedaba del año, que venció el 9 de mayo siguiente, por lo que su planteamiento ante el Consejo de Ministros el 30 de abril de 2008 fue claramente extemporáneo. Y ello porque considera que la acción inicialmente planteada ante el Ayuntamiento era manifiestamente inadecuada.

Esa postura de la Administración debe rechazarse. Es cierto que la sentencia de la Sala de instancia de veintitrés de julio de dos mil dos, e, igualmente la de esta Sala, Sección Sexta de veinte de abril de dos mil siete, concluyeron que "no cabe imputar la responsabilidad por actos legislativos del Estado a la Administración municipal demandada, sin que le sea dable pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado legislador en el caso concreto, toda vez que dicha cuestión debe plantearse ante el Consejo de Ministros, para la revisión de cuyos acuerdos la Sala a quo carece de competencia", pero de ahí no puede deducirse que como consecuencia de ello la prescripción no hubiera estado interrumpida sino suspendida, y que el plazo para el ejercicio de la acción solo sería susceptible de completarse con los días que faltaban para el año desde que la acción se interpuso una vez publicada la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997.

Y ello porque no es posible olvidar la jurisprudencia de esta Sala, sentencia de 21 de marzo de 2000 y las posteriores en idéntico sentido, en la que expusimos que: "Esta Sala tiene, en efecto, declarado (sentencia de 4 de julio de 1990, entre otras muchas) que el principio de la "actio nata" impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo de prescripción mientras no se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción. La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el art. 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980).

De esta jurisprudencia se deduce 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".

Y desde luego en este caso no es posible sostener que la acción dirigida frente al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, que, sin duda pudo ser errónea, fuera manifiestamente inadecuada para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que la voluntad de su ejercicio era evidente por mas que pudiera dirigirse a un órgano incompetente. No en vano invoca el recurrente el artículo 20 de la Ley 30/1992 poniendo de manifiesto que si el Ayuntamiento no se consideraba competente para resolver la cuestión tenía la obligación de remitir la pretensión al Consejo de Ministros para que diese respuesta a la misma. En consecuencia la acción no estaba prescrita cuando se inició la reclamación ante el Consejo de Ministros puesto que el plazo de prescripción comenzó a correr de nuevo cuando se le notificó a la parte la Sentencia firme de esta Sala de veinte de abril de dos mil siete." (FJ 4°).

**Efectos de la presentación de una solicitud de revisión de oficio en relación a la interrupción del plazo de prescripción. La solicitud fue formulada dentro del plazo de un año desde la publicación de la sentencia que declaró inconstitucional la Ley.**

**STS de 23 de noviembre de 2012, Rec. ordinario 740/2011**

“Con estos antecedentes, el único debate que ocasiona este recurso es determinar los efectos de esa previa solicitud de revisión de oficio. Si se considera que sirvió para interrumpir el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial, entonces la reclamación presentada en 2010 se formuló dentro de plazo y el recurso debe ser estimado, de conformidad con la consolidada jurisprudencia de esta Sala antes reseñada. Y en caso contrario, la reclamación debe reputarse extemporánea y en consecuencia desestimarse el presente recurso contencioso-administrativo.

Ya varias sentencias recaídas en asuntos semejantes a éste aceptaban que cuando se solicitaba la revisión de oficio del acto declarando el pase a la segunda actividad el plazo de prescripción no comenzaba a correr hasta que esta vía quedaba definitivamente cerrada (por todas, sentencia de 31 de diciembre de 2007, recurso 96/2006). Y frente a los excesos que esta jurisprudencia podía generar, dando lugar a solicitudes fraudulentas presentadas con el fin de reabrir plazos ya fenecidos, también hemos matizado en fecha

más reciente que la solicitud de revisión de oficio solamente interrumpirá el plazo de prescripción para reclamar la responsabilidad patrimonial cuando se formule dentro del plazo de un año a contar desde la fecha de publicación de la sentencia declarando la inconstitucionalidad de la Ley (sentencias de 11 de diciembre de 2009, recurso 572/2007, 29 de marzo de 2012, recursos 245/2008 y 431/2009, 13 de abril de 2012, recursos 126/2008, 170/2008 y 613/2008, y 24 de abril de 2012, recursos 178/2009, 550/2008 y 581/2009).

La aplicación de esta doctrina al caso de autos hace que deba otorgarse eficacia interruptiva a las solicitudes de revisión de oficio presentadas en su día, en la medida en que se presentaron antes de transcurrir un año desde la publicación de la STC 234/1999. Y como este plazo de un año tampoco transcurrió entre la fecha en que quedaron firmes las sentencias que desestimaron sus recursos contra la denegación de aquellas revisiones (27 de enero y 13 de marzo de 2009) y la fecha en que presentaron la reclamación de responsabilidad patrimonial que aquí resolvemos (18 de enero de 2010), es obligado también entender que la acción se presentó dentro de plazo. Por lo que la prescripción alegada por el Abogado del Estado debe ser rechazada.

Ello conduce directamente a la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado y al reconocimiento del derecho de los recurrentes a ser indemnizados por los perjuicios económicos causados por la aplicación de la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 37/1988, declarada inconstitucional y nula por la STC 234/1999.” (FJ 3º).

## **2) Doctrina general sobre el día inicial del plazo para recurrir**

*La acción de nulidad interrumpe el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad cuando aquella se ejercita antes de que haya expirado el plazo de un año desde que ésta última puede ejercitarse. La fecha de notificación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley debe tomarse como día inicial para un nuevo cómputo del plazo legal para el ejercicio de la acción por responsabilidad patrimonial.*

### **STS de 24 de abril de 2012, Rec. ordinario 550/2008**

“No obstante lo expuesto, la Sentencia de 11 de diciembre de 2009, Rec. 572/2007, proclama de nuevo la aplicación del plazo de prescripción de un año a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional, para esta clase de acciones, al aclarar que, incluso en los casos en que se hubiera formalizado por el interesado

instancia de revisión de oficio de los actos de liquidación tributaria a raíz de la publicación de la sentencia 173/1996, del Tribunal Constitucional, el ejercicio de aquélla sólo serviría para interrumpir el plazo propio -e ineludible- de la reclamación de responsabilidad patrimonial, siempre que tal revisión se hubiera hecho valer dentro del plazo de un año que marca el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP). Así, señalábamos en su fundamento de derecho tercero:

“...Y es 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”.

Conforme a la doctrina establecida por esta última sentencia y recapitulando las hipótesis que la experiencia ha deparado, en relación con las reclamaciones indemnizatorias surgidas de la aplicación y posterior anulación por el Tribunal Constitucional del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, establecido por el art. 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, se alcanzan las siguientes conclusiones: a) los particulares que recurrieron en su día los actos de liquidación tributaria, tenían un año para ejercitar la acción administrativa de responsabilidad patrimonial a partir de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, salvo que la firmeza de los actos tributarios se hubiera producido con posterioridad, computándose en este caso el plazo anual a partir de dicha firmeza; b) los administrados que ejercitaran directamente una reclamación de responsabilidad patrimonial tras la publicación de la STC 173/1996, contarán con el plazo de un año a partir de la publicación de ésta para entablar tal acción; c) los contribuyentes que formularan reclamación de devolución de ingresos indebidos dentro del plazo previsto en su normativa reguladora, tendrían el plazo de un año para reclamar una indemnización por responsabilidad patrimonial a contar desde la firmeza de la desestimación de la solicitud de devolución (en dicho sentido, las sentencias de esta Sala de 3 de junio de 2004, de 27 de septiembre de 2005 y de 11 de diciembre de 2009), y d) finalmente, la formulación de una solicitud de revisión de oficio posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional, sólo interrumpiría el plazo de un año de

prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial, en caso de haber sido formalizada dentro del mismo, a computar desde la fecha de publicación de la sentencia de inconstitucionalidad.

(...) Aclarada de esta forma nuestra doctrina, ha de resolverse el recurso contencioso-administrativo entablado en nombre de “Recreativos Acal, S.L.” contra la resolución del Consejo de Ministros de 24 de julio de 2008, por la que se deniega la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador reclamada por las cantidades en su día abonadas en concepto de gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, establecido por el art. 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre.

Con carácter previo al examen del fondo del asunto, debe determinarse si la reclamación por responsabilidad patrimonial ha sido interpuesta dentro del plazo legal, pues aunque el acto impugnado parte de considerar que sí lo fue -de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado que corrigió en este punto la propuesta de resolución que le fue remitida- la contestación a la demanda opone como primer escollo para la estimación del recurso el de la extemporaneidad de la acción, ya que ésta se presentó en vía administrativa el 31 de enero de 2008, y por tanto más de doce años después de publicada la sentencia del Tribunal Constitucional 173/96 (BOE núm. 291, de 3 de diciembre de 1996).

Pero tal alegato no puede prosperar. Tal y como ha quedado expuesto en el fundamento de derecho primero, la sociedad recurrente presentó por primera vez la reclamación de responsabilidad patrimonial el 2 de diciembre de 1997, esto es, justo antes de expirar el plazo de un año previsto por el artículo 142.5 de la Ley 30/92. Con ello debe considerarse interrumpido el plazo de prescripción, de acuerdo con lo razonado en los fundamentos precedentes y a las conclusiones alcanzadas más arriba. Y una vez interrumpido ese plazo, mientras se tramitaba su petición principal de devolución de ingresos indebidos ante la Administración y luego ante los Tribunales, no se reanudó su cómputo hasta la definitiva desestimación del recurso contencioso-administrativo presentado contra la denegación de la devolución de ingresos indebidos, pues no fue hasta ese momento cuando se pusieron de manifiesto nuevamente los perjuicios causados y pudo ejercitarse (o reproducirse) la acción por responsabilidad patrimonial.

Si tomamos entonces la fecha de notificación de aquella sentencia (27 de febrero de 2007) como día inicial para un nuevo cómputo del plazo legal para el ejercicio de la

acción por responsabilidad patrimonial, su presentación el día 31 de enero de 2008 se hizo claramente dentro del citado plazo.

Pero hay otra consideración más que refuerza la imposibilidad de apreciar la prescripción alegada por el Abogado del Estado, y es que en todo este tiempo aquella reclamación tempranamente interpuesta nunca fue resuelta por la Administración mediante un acto expreso, lo que hubiese dejado expedita la vía contencioso-administrativa o, en caso de no acudir a ella, dado lugar un acto firme no susceptible de impugnación. La reclamación económico-administrativa que en su momento se interpuso lo fue contra la desestimación presunta de la solicitud presentada, y el TEAR no entró en el fondo de la responsabilidad patrimonial, limitándose a indicar que ese no era el cauce adecuado para su planteamiento. Y lo mismo hizo la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Por cierto, en ambos casos con la Administración autonómica como única comparecida, y no la del Estado. En consecuencia durante todo este tiempo ha permanecido en silencio la Administración del Estado, a quien se dirigió uno de los escritos de 2 de diciembre de 1997 que nunca contestó y a la que se dirige ahora la reclamación que ha dado lugar a este procedimiento, y que comparece aquí como demandada, por lo que no puede oponer ahora al administrado las consecuencias de su propia inactividad.

Superado así este primer obstáculo planteado por el Abogado del Estado, los demás motivos de oposición deducidos por el mismo (firmeza de las liquidaciones y obligación de soportar el daño causado) deben ser igualmente desestimados, como ya lo fueron en todas las sentencias en las que hemos venido declarando la responsabilidad patrimonial del Estado por las cantidades en su día abonadas en concepto de gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, cuyos hitos más importantes hemos ido desgranando a lo largo de esta resolución y son además plenamente conocidos por las partes, por lo que no es necesario reiterarlos en este punto.” (FJ 5º y 6º).

*Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 29 de marzo de 2012, Rec. ordinario 245/2008; SSTS de 13 de abril de 2012, Rec. ordinario 126/2008, 170/2008 y 613/2008; STS de 29 de marzo de 2012, Rec. ordinario 431/2009 (en este último caso, se apreció prescripción)*

#### **4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL FUNDADA EN VULNERACIÓN DE DERECHO COMUNITARIO**

##### **1. Requisitos exigidos para dar lugar a indemnización. Doctrina general. Violación de la norma “suficientemente caracterizada”**

*Se impone el derecho a indemnizar –según doctrina del Tribunal de Justicia- cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) atribución de derechos a particulares por la norma comunitaria violada; b) violación de la norma comunitaria suficientemente caracterizada; c) relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido.*

##### **STS de 24 de enero de 2011, recurso ordinario 422/2007**

“En el ámbito de la Unión Europea ha sido el propio Tribunal de Justicia, a partir de su sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifachi, el que ha establecido el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho Comunitario, al indicar *"que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputable"*, principio que se fundamenta en el hecho de que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un Estado miembro.

Añade esta sentencia que la obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho Comunitario.

Tal planteamiento es válido ya se trate de normas invocables o no directamente por los ciudadanos ante los tribunales, como se precisó por el Tribunal en sentencia de 5 de marzo de 1996, Basserie du Pêcheur y Factortame, señalando que *"así sucede también en el caso de lesión de un derecho directamente conferido por una norma comunitaria que los justiciables tienen precisamente derecho a invocar ante los*

*órganos jurisdiccionales nacionales" y añadiendo como fundamento, que "en este supuesto, el derecho a reparación constituye el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado".*

Por lo demás el propio Tribunal justifica la elaboración de este régimen de responsabilidad, señalando en dicha sentencia, que a falta de disposiciones en el Tratado que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho Comunitario por parte de los Estados miembros, corresponde al Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la misión que le confiere el artículo 164 del Tratado, consistente en garantizar la observancia del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado, pronunciarse sobre tal cuestión según los métodos de interpretación generalmente admitidos, recurriendo, en particular, a los principios fundamentales del sistema jurídico comunitario y, en su caso, a principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

El principio, así establecido expresamente en el artículo 215 del Tratado, de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, no es sino una expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado. Esta disposición pone de manifiesto también la obligación de los poderes públicos de indemnizar los daños causados en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, debe señalarse que, en gran número de sistemas jurídicos nacionales, el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado ha sido elaborado de modo determinante por vía jurisprudencial.

En la sentencia de 4 de julio de 2000, Haim II, el Tribunal de Justicia proclama con carácter general que la responsabilidad por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho Comunitario imputables a una autoridad pública nacional constituye un principio, inherente al sistema del Tratado, que genera obligaciones a cargo de los Estados miembros (véanse las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 31; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications, C-392/93, Rec. p. I-1631, apartado 38; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Rec. p. I-2553, apartado 24; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845, apartado 20, y de 2 de abril de 1998, Norbrook Laboratories, C-127/95, Rec. p. I- 1531, apartado 106).

La responsabilidad del Estado miembro se produce y es exigible por la vulneración del Derecho Comunitario, con independencia del órgano del mismo autor de la acción u omisión causante del incumplimiento, incluso en los casos en los que lo haya sido un legislador nacional, como ha establecido el Tribunal de Justicia en la citada sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, al señalar que "*el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional*".

En tal sentido, señala el Tribunal de Justicia en la citada sentencia de 4 de julio de 2000, *Haim II*, que incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho Comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que, con arreglo al Derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación (sentencia de 1 de junio de 1999, *Konle*, C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 62).

Por tanto, los Estados miembros no pueden liberarse de la mencionada responsabilidad ni invocando el reparto interno de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno ni alegando que la autoridad pública autora de la violación del Derecho Comunitario no disponía de las competencias, conocimientos o medios necesarios.

En cuanto a los requisitos exigidos para dar lugar a indemnización en virtud de dicha responsabilidad del Estado miembro, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una doctrina desde esa inicial sentencia (*Francovich y Bonifachi*), señalando que dependen de la naturaleza de la violación del Derecho Comunitario que origine el perjuicio causado, precisando que cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos: que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva; y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Este planteamiento inicial se desarrolla en la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*.



De los tres requisitos es el segundo el que plantea mayores dificultades para su concreción en cada caso, de manera que el propio Tribunal viene a indicar los elementos que pueden valorarse al efecto, señalando que el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, y la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho Comunitario.

En cualquier caso, una violación del Derecho Comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido.

La infracción del deber de transposición de una Directiva en el plazo establecido se viene considerando, "per se", una infracción manifiesta y grave, por lo que dará lugar a indemnización.

La obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. En efecto, imponer un requisito suplementario de tal naturaleza equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario.

La sentencia de 4 de julio de 2000, Haim II, refleja de una forma casi completa la doctrina del Tribunal de Justicia respecto de este segundo requisito.

La garantía del derecho de indemnización de los particulares y el conocimiento de las oportunas reclamaciones corresponde a los jueces y tribunales nacionales, como ya se indicaba en la inicial sentencia de 19 de noviembre de 1991.

En el mismo sentido se expresa la sentencia de 4 de julio de 2000.

En lo que atañe al procedimiento y marco normativo en que han de desarrollarse las correspondientes reclamaciones de responsabilidad por incumplimiento del Derecho Comunitario, señala el Tribunal de Justicia (S.19-11-1991) que:

*"El Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario (véanse las sentencias de 22 de enero de 1976, Russo, 60/75, Rec. p. 45; de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, y de 7 de julio de 1981, Rewe, 158/80, Rec. p. 1805).*

*43.- Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (véase, en lo que respecta a la materia análoga del reembolso de gravámenes percibidos en contra de lo dispuesto por el Derecho comunitario, especialmente la sentencia de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82, Rec. p. 3595)".*

Precisa el Tribunal de Justicia (S.5-3-2006) que:

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

Igualmente y por lo que atañe la determinación de la reparación del daño, establece el Tribunal de Justicia (S. 5-3-1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame), que:

*"la reparación, a cargo de los Estados miembros, de los daños que han causado a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio por éstos sufrido. A falta de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización, que no pueden ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones o acciones semejantes basadas en el Derecho interno y que, en ningún caso, pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación. No es conforme al Derecho comunitario una normativa nacional que limite, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares. Por otra parte, en el marco de reclamaciones o acciones basadas en el Derecho comunitario, debe poder concederse una indemnización de daños y perjuicios particulares, como son los daños y perjuicios "disuasorios" previstos por el Derecho inglés, si el derecho a dicha indemnización puede ser reconocido en el marco de reclamaciones o acciones similares basadas en el Derecho interno".*

En cuanto al ámbito temporal de la responsabilidad del Estado miembro, el Tribunal de Justicia señala en la sentencia de 5 de marzo de 1996, que:

*"la obligación, a cargo de los Estados miembros, de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones de Derecho comunitario que les son imputables no puede limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento reprochado", pero en la misma sentencia, ante la solicitud de limitación de la indemnización a los daños producidos después de que se dicte la sentencia, en la medida en que los perjudicados no hubieren iniciado previamente un procedimiento judicial o una reclamación equivalente, el Tribunal de Justicia señala que "procede recordar que, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado, en el marco del Derecho nacional sobre responsabilidad. Los requisitos de fondo y de forma, fijados por las distintas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños, pueden tener en cuenta las exigencias del principio de seguridad jurídica".*

En particular y por lo que se refiere a la labor que desempeñan los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en este ámbito, en dos sentencias fundamentales para la construcción y efectividad del Derecho comunitario (Sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, y Sentencia Factortame III, de 5 de marzo de

1996), el TJCE recordó expresamente que los Jueces nacionales deben garantizar la eficacia del Derecho Comunitario y la protección de los derechos que confiere a los particulares, garantía que expresamente se extiende a la posibilidad de obtener una reparación en aquellos casos en que sus derechos son vulnerados como consecuencia de una violación del Derecho Comunitario". (FJ 7º)

Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos:

*STS de 14 de enero de 2011, (Rec. 410/2007).*

**STS de 20 de Julio de 2010 (Rec. 118/2009)** en donde se planteaba vulneración del Derecho comunitario, por la no transposición correcta a nuestro ordenamiento interno la Directiva 77/388/CEE, de 17 de mayo, que está integrada en la Sexta Directiva del Consejo en materia de armonización de las legislaciones de los estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios, que declaraba exentas de tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido ciertas operaciones de carácter financiero y entre otras, en su artículo 13.B.d) 1: "la concesión y negociación de créditos, así como la gestión de créditos efectuada por quienes los concedieron."

**STS de 20 de Diciembre de 2012 (Rec. 511/2011)** Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión, formulada por el aquí demandante (residente fiscal en el Suecia cuando transmitió la finca de su propiedad sita en Mijas, provincia de Málaga) dentro del año siguiente (y por tanto en plazo hábil para ello) a la publicación el 21 de noviembre de 2009 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009, dictada en el asunto C-562/07, cuyo fallo decidió "Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 56 CE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, al tratar de forma diferente, hasta el 31 de diciembre de 2006, las ganancias patrimoniales obtenidas en España según que los sujetos pasivos fuesen residentes o no residentes".

Las recientes sentencias de esta Sala de 18 de enero y 28 de febrero de 2012, dictadas respectivamente en los recursos contencioso-administrativos núms. 588/2010 y 373/2011, han analizado con detalle las dos cuestiones jurídicas más importantes que, de nuevo, plantea este recurso, alcanzando la doble conclusión de que la responsabilidad patrimonial demandada sí requiere para ser apreciada que la violación del Derecho Comunitario fuera "suficientemente caracterizada"; y, segunda,

que aquella diferencia de trato no constituyó una de esa entidad, faltando, así, uno de los varios requisitos precisos para el éxito de la pretensión aquí deducida. Por tanto, dado que ello determina, por sí solo, sin necesidad de abordar nada más, el sentido del fallo, basta con remitirnos ahora a lo allí razonado, transcribiendo, sólo, el resumen que hicimos en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la segunda de aquellas sentencias.

**STS de 7 de marzo de 2012, Rec. ordinario 203/2008** (En este caso, la Sala reproduce los fundamentos jurídicos de la STS de 17 de septiembre de 2010, recurso 153/2007):

*“Pues bien, se dan en el presente caso todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial.*

*De un lado, la norma jurídica vulnerada -Sexta Directiva- confería derechos a los particulares, concretamente el derecho a la deducción de IVA soportado sin más excepciones o limitaciones que las establecidas en ella, limitando tal derecho la normativa española tantas veces reseñada al establecer una limitación adicional a las previstas en la norma comunitaria*

*De otro, se ha producido una infracción suficientemente caracterizada del Derecho Comunitario, habiéndonos ya referido extensamente a esta cuestión en el fundamento anterior.*

*Finalmente, puede afirmarse que existe una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por el particular, sin que tal relación de causalidad pueda entenderse rota por el hecho del que el reclamante no agotara los recursos administrativos o judiciales frente a la liquidación tributaria practicada, según lo expuesto en el fundamento noveno de esta Sentencia. En este sentido, no ofrece duda de que concurre el nexo de causalidad directa entre la aplicación de la norma interna declarada por la STJCE de 6 de octubre de 2005 contraria a la Sexta Directiva y el daño ocasionado a la sociedad Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L., que tuvo que abonar a la Hacienda Pública unas cantidades superiores a las que le hubieran correspondido de haberse respetado por la legislación española los mandatos contenidos en la norma comunitaria.*

*Concurren, pues, los requisitos para que declaremos, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, la responsabilidad patrimonial del*

*Estado y declaremos la obligación de su Administración a indemnizar los perjuicios ocasionados por la aplicación de la Ley 37/1992, en los términos expresados en los anteriores fundamentos, por vulneración del Derecho Comunitario.>>. (FJ 2º)*

**Identico criterio se recoge en otras muchas sentencias como las de los recursos 361/2007; 331/2007; 503/2007 .... que estima la reclamación de responsabilidad como consecuencia de la limitación del derecho a la deducción del IVA soportado correspondiente a las subvenciones percibidas.**

**2. Circunstancias que permiten apreciar si la violación del Derecho Comunitario reviste la entidad necesaria para que sea calificada de “suficientemente caracterizada”**

**STS de 12 de junio de 2012, Rec. ordinario 32/2011**

(Se analiza en esta Sentencia si el diferente tratamiento tributario establecido por el Derecho español de las ganancias patrimoniales obtenidas en España según que los sujetos pasivos fuesen residentes o no, puede dar lugar a la declaración de responsabilidad patrimonial al constituir violación suficientemente caracterizada o no, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los arts. 56 CE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992).

“Las recientes sentencias de esta Sala de 18 de enero y 28 de febrero de 2012, dictadas respectivamente en los recursos contencioso-administrativos núms. 588/2010 y 373/2011, han analizado con detalle las dos cuestiones jurídicas más importantes que, de nuevo, plantea este recurso, alcanzando la doble conclusión de que la responsabilidad patrimonial demandada sí requiere para ser apreciada que la violación del Derecho Comunitario fuera "suficientemente caracterizada"; y, segunda, que aquella diferencia de trato no constituyó una de esa entidad, faltando, así, uno de los varios requisitos precisos para el éxito de la pretensión aquí deducida. Por tanto, dado que ello determina, por sí solo, sin necesidad de abordar nada más, el sentido del fallo, basta con remitirnos ahora a lo allí razonado, transcribiendo, sólo, el resumen que hicimos en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la segunda de aquellas sentencias.

En el tercero, que explica por qué sí es necesario ese requisito, dijimos:

<<La jurisprudencia comunitaria que se invoca para defender que tal requisito no es necesario, incluida la que refleja la sentencia de 26 de enero de 2010, dictada en el asunto C-118/08 en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo, debe ser entendida en el sentido que resulta de las siguientes precisiones: A) Los presupuestos de procedibilidad aplicables a los recursos en los que el objeto y elementos esenciales son similares, no deben diferir por la circunstancia de que unos se basen en la violación del Derecho de la Unión y otros en la del Derecho interno. B) Puede éste, sin que a ello se oponga aquél, establecer un régimen jurídico interno en el que la responsabilidad patrimonial del Estado nazca cuando se cumplan o concurran requisitos menos restrictivos que los que aquella jurisprudencia fija como necesarios para que opere ese instituto de la responsabilidad patrimonial. Y C) Pero si la obligación de indemnizar se basa en que los daños o perjuicios han sido causados por la vulneración del Derecho de la Unión, sí son requisitos sustantivos o materiales necesarios y a la vez suficientes los que ella señala de modo reiterado, a saber: que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que su violación esté o sea suficientemente caracterizada; y, además, que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por estos.

El rigor con que la actora interpreta esa jurisprudencia, deduciendo de ella que no es necesario para que surja el deber de indemnizar que la violación de la norma comunitaria sea una de tal grado o entidad que la haga merecedora del calificativo de suficientemente caracterizada, por no ser una exigencia similar la que cabe ver cuando hemos enjuiciado supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños o perjuicios causados por la aplicación de una norma con rango de ley luego declarada inconstitucional, no puede ser compartido. A diferencia de la precisión que hemos reflejado en la letra A) del párrafo anterior, que sólo constituye un límite a la autonomía procesal de que gozan los Estados miembros impuesto por el igual trato que en estos debe recibir el Derecho de la Unión en comparación con el suyo propio. Y a diferencia de la reflejada en la letra B), admisible porque permite disfrutar de un régimen jurídico interno de responsabilidad patrimonial más favorable. A diferencia de ambas, repetimos, aquel rigor se opone, en sí mismo, al principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, y olvida, además, que la constatación del requisito de la antijuridicidad del daño depende, cuando es causado por la aplicación de un acto o norma ilegal, del margen de apreciación razonado y razonable reconocible a su autor al interpretar la norma violada, mayor o menor, claro es, en función de la naturaleza y características de ésta. De ahí, en buena lógica, que desde esa perspectiva del margen de apreciación en que debe descansar la imputación de la antijuridicidad del daño, no sean necesariamente y en todo caso términos iguales, en los que el margen deba ser el

*mismo, la Constitución de cada Estado miembro y el Derecho de la Unión común a todos ellos>>.*

Y en el cuarto razonamos que no era una violación de esa entidad la que aprecia la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009, pues:

*<<A) De ella no se desprende ya semejante calificación. En esencia, porque lo que constató fue sólo que la normativa controvertida no respondía, en el sentido o acepción de dar respuesta, a una diferencia de situación derivada del lugar de residencia de los contribuyentes, ni estaba justificada por la necesidad de preservar la coherencia del sistema tributario. Y porque más allá de ello, no hay en esa sentencia una valoración expresa ni implícita de las circunstancias que han de tenerse en cuenta para decidir qué grado o entidad deba predicarse del incumplimiento, ni, tampoco, de que éste hubiera llegado a obstaculizar la libre circulación de capitales hasta el punto de hacer menos atractiva la transferencia de estos para los no residentes, al disuadirlos de efectuar inversiones inmobiliarias en España y, por lo tanto, otras operaciones relativas a estas inversiones, como la venta de inmuebles.*

*B) De la actitud observada por nuestro Estado tampoco se desprende, ya que en el largo espacio temporal en que perduró el trato diferente, desde enero de 1988, no hay constancia de procesos jurisdiccionales internos en los que se hubiera puesto en tela de juicio y, cuando se puso, a través del requerimiento de la Comisión de 18 de octubre de 2004 y de su posterior dictamen motivado de 13 de junio de 2005, aquél indicó el 7 de febrero siguiente que se estaban tramitando las modificaciones necesarias para poner término al incumplimiento, adoptándolas en efecto el 28 de noviembre de 2006, con entrada en vigor el 1 de enero de 2007.*

*C) El tipo impositivo único del 35% para los incrementos de patrimonio onerosos obtenidos por personas físicas no residentes sin establecimiento permanente se introdujo y mantuvo inalterable desde el 1 de enero de 1988. O lo que es igual: dieciséis años antes de la fecha, 18 de octubre de 2004, en que la Comisión de las Comunidades Europeas dirigió su escrito de requerimiento al Reino de España. Dato, éste, que no favorece la calificación que defiende la parte actora, pues el silencio de la Comisión durante un tiempo tan prolongado difícilmente se explicaría si la infracción hubiera sido fruto de una inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a la facultad de apreciación de que gozaba nuestro legislador.*

*D) No la favorece tampoco el grado de claridad y precisión de la norma del Derecho de la Unión vulnerada (art. 56 del Tratado CE), pues aunque establece de modo claro una de las denominadas "libertades comunitarias": la "libre circulación de*



capitales", lo hace también de un modo genérico, sin precisar qué ha de entenderse por "movimientos de capitales" ni cómo debe interpretarse el término "restricciones". Abre así, para una regulación interna como la aquí concernida, competencia de los Estados miembros, un inevitable y amplio margen de apreciación, en el que el autor de la norma habrá de valorar atendiendo a circunstancias no prefijadas, múltiples e incluso variables en el tiempo por la realidad cambiante de la situación económica, si la misma produce realmente un efecto contrario a aquella libertad, por disuadir o restar atractivo a una transferencia o movimiento de aquellos.

Es así, además, porque el distinto lugar de residencia del sujeto pasivo no es en sí misma o por sí sola una circunstancia que elimine o minore ese amplio margen de apreciación, pues el art. 58 de aquél dispone en su núm. 1, letra a), que lo dispuesto en el art. 56 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital. Y, también, porque el límite que el núm. 3 de ese art. 58 impone a esa aplicación permitida, consistente en que ésta no deberá constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales, sigue empleando conceptos necesitados de aquella valoración.

En línea con lo que acabamos de expresar en el párrafo anterior, o como una muestra más de que el distinto lugar de residencia no elimina o aminora aquel margen de apreciación o la difícil valoración que ha de hacer el autor de la norma, está una repetida afirmación del TJUE, recordada también en los apartados 46 y 47 de la tantas veces citada sentencia de 6 de octubre de 2009, según la cual: "[...] en materia de impuestos directos, la situación de los residentes y la de los no residentes en un Estado no son comparables, por lo general [...]" (sentencias, también, de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, apartados 31, 32 y 34, y Gerritse, apartados 43 y 44). A lo que añadimos que el estudio de los apartados 20 y siguientes de la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2009 (Danske Slagterier; asunto C-445/06), no muestra que cuando lo infringido son normas del Tratado CE, como aquí ocurre, o del Derecho originario, deba entenderse producida, sólo por ello y de forma casi automática, una violación que merezca la calificación de suficientemente caracterizada.

E) Ni la favorece, en fin, el sentido o significado que cabía percibir en la jurisprudencia comunitaria con anterioridad a aquella fecha de 18 de octubre de 2004: (1) Porque la sentencia de 14 de febrero de 1995 (Schumacker) se dictó respondiendo a cuestiones prejudiciales relacionadas con la interpretación del antiguo art. 48, luego 39 del Tratado CE, es decir, con la libre circulación de trabajadores, para la que ese

*mismo precepto prevé que ésta supone la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto, no sólo al empleo y las condiciones de trabajo, sino, también, a la retribución, con lógica incidencia, desde esta misma previsión, en el tratamiento fiscal de tales retribuciones. (2) Porque la de 27 de junio de 1996 (Asscher), cuyo razonamiento, a juicio de la Comisión, podía extrapolarse al caso que había de resolver la de 6 de octubre de 2009, trató sobre la libertad de establecimiento, antiguo art. 52 del Tratado, cuya redacción impone de modo expreso el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, "en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales". (3) Porque la de 29 de abril de 1999 (Royal Bank of Scotland plc), se dictó respondiendo a una cuestión prejudicial que tenía por objeto la interpretación de ese mismo art. 52, refiriéndose por tanto y también a la libertad de establecimiento. Y (4) porque la de 12 de junio de 2003 (Gerritse), versó sobre la interpretación de los antiguos artículos 59 y 60 del Tratado y, por tanto, sobre la libre prestación de servicios>>. (FJ 2º).*

“No podemos terminar ahí nuestro razonamiento, pues hay en el caso de autos una circunstancia singular a la que debemos referirnos, aunque no cambie las conclusiones ya alcanzadas.

El actor transmitió las fincas de su propiedad el día 12 de febrero de 2005, después por tanto de aquel requerimiento de la Comisión de 18 de octubre de 2004, y presentó la "declaración de rentas derivadas de transmisiones de bienes inmuebles" el 10 de junio de aquel año, antes del dictamen motivado de la Comisión del día 13 de este mismo mes y año. Sin embargo, ello no es relevante, o no son datos de entidad tal que quepa ligar a ellos la afirmación, contraria a la sostenida, de que aquella violación sí era en aquellas fechas una suficientemente caracterizada. Es así, porque aún entonces seguía en pie, dado lo antes razonado sobre el grado de claridad y precisión de la norma del Derecho de la Unión vulnerada y sobre sentido o significado que cabía percibir en la jurisprudencia comunitaria con anterioridad a aquella fecha de 18 de octubre de 2004, una duda fundada acerca de que nuestro ordenamiento interno vulnerara efectivamente el de la Unión.” (FJ 3º).

### **3. No es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales contra los actos dictados en aplicación de la norma que vulnera el Derecho Comunitario para el ejercicio de la acción de responsabilidad. Evolución jurisprudencial**

*La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración de Derecho Comunitario.*

#### **STS de 14 de enero de 2011, Rec. ordinario 410/2007**

“Pues bien, esta Sala ha venido aplicando la anterior doctrina cuando se le han planteado demandas de responsabilidad patrimonial por vulneraciones del Derecho Comunitario, como se pone de manifiesto en la STS de 12 de junio de 2003.

Sin embargo, en relación con sentencias del Tribunal de Justicia que se refieren a normas de contenido tributario que no son compatibles con el Derecho Comunitario, esta Sala ha modulado y precisado la anterior doctrina en relación con la establecida para el ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración de la Constitución Española, en los términos desarrollados en el fundamento sexto de esta Sentencia. Nos referimos concretamente a la sentencia de 29 de enero de 2004, reproducida en la de 24 de mayo de 2005, dictada en un supuesto semejante al presente, de responsabilidad del Estado al haberse declarado contrario a la normativa comunitaria el art. 111 de la Ley 37/1992 en cuya virtud se había levantado acta de inspección por deducción indebida del IVA.

Estas sentencias, invocadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado en este recurso para justificar el rechazo de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se apartaron de la doctrina expresada sobre la no necesidad de agotar la vía de recursos para poder ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución.

Según estas sentencias, el aquietamiento del particular con los actos aplicativos de una norma declarada posteriormente contraria al Derecho Comunitario le impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por rotura del nexo causal, ya que pudo, a través del ejercicio de las oportunas acciones, invocar directamente la aplicación del Derecho Comunitario frente a la norma nacional.

(...) Durante la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo, se solicitó en el recurso 153/07 el planteamiento de cuestión prejudicial a los efectos de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronunciara sobre si el principio de equivalencia enunciado por éste, es compatible con la doctrina jurisprudencial en que se apoya el Consejo de Ministros y que se acaba de expresar en el fundamento anterior -STS de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005-, doctrina basada en una diferencia de trato para los supuestos de infracción del Derecho Comunitario y para los de inconstitucionalidad de una norma, a los solos efectos de negar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del Derecho Comunitario. La Sala mediante Auto de uno de febrero de 2008 planteó al Tribunal de Justicia en dicho recurso 153/07 la siguiente cuestión:

*¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina 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?*

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 26 de enero de 2010 (Asunto C-118/08) responde a la cuestión planteada en el sentido de 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."*

Así las cosas, hemos de detenernos en el examen de la vinculación de esta sentencia del Tribunal de Justicia, dictada en respuesta a nuestro reenvío prejudicial, y en qué medida nos obliga a rectificar nuestra jurisprudencia tal como se manifestó en las citadas sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 pues, como es sabido no existe propiamente entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales una relación de subordinación institucional ni jerárquica sino de cooperación y colaboración. Al efecto conviene recordar que la Comunidad Europea, como comunidad de derecho

que es, necesita que sus normas se apliquen de forma uniforme en todos los Estados miembros y es, precisamente, la cuestión prejudicial, y la sentencia que la responde, el instrumento procesal idóneo para conseguir una interpretación y una aplicación uniforme de las normas comunitarias por parte de los tribunales nacionales, a los que corresponde, como jueces comunitarios, la aplicación en los correspondientes procesos del ordenamiento jurídico comunitario, y esa interpretación y aplicación uniforme sólo podrá conseguirse proporcionando a las sentencias del Tribunal de Justicia el carácter de vinculantes pues de otro modo esa finalidad esencial del mecanismo prejudicial quedaría frustrada. Abunda en los criterios anteriores evidentes razones de seguridad jurídica pues la aplicación dispar de una misma norma comunitaria en diferentes Estados miembros pondría en cuestión la propia construcción y funcionamiento de la Unión Europea.

Este Tribunal, sensible a esa necesidad uniformadora, ha reconocido lo que denomina "autoridad de cosa interpretada" respecto de las Sentencias del TJCE, en paralelo con la autoridad de cosa juzgada que corresponde a todo pronunciamiento judicial (STS, Sala Tercera, de 3 de diciembre de 1993, Rec. 152/1989), llegando incluso a afirmar que el principio de prevalencia o primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmado por el TJCE y reconocido con claridad en nuestro ordenamiento (art. 93 de la Constitución y jurisprudencia del Tribunal Supremo también reiterada), lo es también de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos o disposiciones del Derecho comunitario (STS, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 1997, Rec. Unificación de Doctrina 4130/1996).

Como se ha visto en anteriores fundamentos la cuestión prejudicial planteada en este proceso no versó sobre la interpretación de una norma concreta sino sobre el alcance de determinados principios estructurales del sistema jurídico comunitario como son los principios de equivalencia y efectividad en la medida en que la Sala apreciaba distinto trato en su propia jurisprudencia a las pretensiones de responsabilidad patrimonial de Estado legislador cuando la reclamación se fundaba en los perjuicios derivados de un acto firme dictado en aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional respecto de aquellos otros actos firmes que se dictaron en aplicación de normas de rango legal respecto de las que el TJCE declaró posteriormente que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho Comunitario. Dudas interpretativas que derivaban de la propia jurisprudencia comunitaria relativa a la extensión y límites de la responsabilidad patrimonial de los Estados por vulneración del Derecho Comunitario.

La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo, resumida en el fundamento sexto, sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expuso, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Sentado lo anterior puede afirmarse que no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por la parte recurrente el hecho de que no impugnara las liquidaciones tributarias relativas al IVA en las que se había aplicado la regla de prorrata posteriormente declarada contraria al Derecho Comunitario por la STJCE de 6 de octubre de 2005.

Consecuentemente deben rechazarse las razones que, con fundamento en las SSTs de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, condujeron al Consejo de Ministros a desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la entidad recurrente.” (FJ 8 y 9)

*Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 24 de enero de 2011, Rec. ordinario 422/2007; STS de 7 de marzo de 2012, Rec. ordinario 203/2008.*

#### **4. Principio de reparación integral del daño**

*El principio general en materia de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado es el de la “restitutio in integrum” lo que obliga al abono de la cantidad indebidamente satisfecha a la Administración y también al abono de los intereses legales.*

**STS de 24 de enero de 2011, Rec. ordinario 422/2007**

“La indemnización debe comprender el importe de lo indebidamente ingresado a favor de la Hacienda Pública, ciento treinta y nueve mil trescientos dieciséis euros con

sesenta y tres céntimos de euro (139.316,63 €), cuya procedencia resulta justificada pues, como obra en las actuaciones, la parte hoy recurrente presentó reclamación de responsabilidad patrimonial el día 21 de noviembre de 2006, y en ella se hacía constar que como consecuencia de la prorrata practicada por razón de subvenciones recibidas había dejado de deducir por IVA soportado la cantidad de 139.316,63 €. Dicha reclamación venía acompañada de diversos documentos, entre ellos Acta de conformidad levantada el 24 de junio de 2003 por la Agencia Tributaria en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido, ejercicios 1998, 1999 y 2000. Además, en fase de prueba del presente recurso, la recurrente presentó copias de las Declaraciones-Resumen Anual -Modelos 390- del Impuesto sobre el Valor Añadido de los ejercicios 1998, 1999, 2000 y 2001, copias de las Declaraciones Trimestrales -Modelos 300- del impuesto y ejercicios citados, y copias de los Libros-Registros de facturas.

Por otra parte, en el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado no se niega en ningún momento que, como consecuencia de la aplicación de la regla de prorrata, la parte recurrente dejó de deducirse la cantidad de 139.316,63 € y el Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, no cuestiona fundadamente dicha cantidad. Precisamente en esta falta de deducción, que podría haber practicado si se hubiera aplicado correctamente la normativa comunitaria, es donde el actor concreta el daño sufrido.

Además, el principio general en materia de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado es el de la "restitutio in integrum" o reparación integral del daño, lo que obliga no solo al abono de la cantidad indebidamente satisfecha a las arcas públicas sino también, en aras de ese principio de plena indemnidad, reconocido en la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 5 de febrero y 15 de julio de 2000, entre otras muchas) y en la propia Ley 30/1992 (art. 141.3) al abono de los intereses legales de la cantidad a devolver desde el día en que se presentó la reclamación administrativa hasta la fecha de notificación de esta Sentencia, a partir de la cual se cuantificarán los intereses de acuerdo con lo establecido en el art. 106, apartados 2 y 3 de la Ley Jurisdiccional, todo ello teniendo en cuenta que la cantidad se reconoce en concepto de responsabilidad patrimonial y no de devolución de ingresos indebidos". (FJ 11º).

*Otras Sentencias con fundamentos jurídicos análogos: STS de 14 de enero de 2011, Rec. ordinario 410/2007.*

## 5. Prescripción

### 1) Principio de la actio nata

**El plazo para reclamar arranca de la fecha de publicación de la sentencia del TJUE que declaró el incumplimiento del Derecho Comunitario por el Reino de España. A estos efectos no debe tenerse en cuenta la STJUE de 26 de enero de 2010 pues ésta lo que estableció es que debe darse el mismo trato a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos en que el TJUE ha considerado que la ley vulnera el Derecho de la Unión, que a la reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos en que ha sido el Tribunal Constitucional quien ha declarado inconstitucional la ley.**

#### **STS de 9 de octubre de 2012, Rec. ordinario 520/2011**

“Como establece esta Sala en la Sentencia de 18 de enero de 2011 (recurso contencioso-administrativo núm. 541/2007) en un supuesto semejante, el plazo para reclamar, de acuerdo con la teoría de la actio nata, arrancó en la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que declaró el incumplimiento del Derecho Comunitario por parte del Reino de España, "momento en el que se completaron los elementos fácticos y jurídicos que permitían el ejercicio de la acción (sentencias de 31 de mayo de 2005 (recurso contencioso-administrativo 294/03, FJ 4º); 21 de diciembre de 2006 (recurso contencioso-administrativo 73/06, FJ 3º); y 12 de septiembre de 2007 (recurso contencioso-administrativo 206/06, FJ 2º)". Tal declaración es la que por vez primera permite tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. Como dice el propio recurrente, "en el caso presente es claro que el derecho a reclamar (...) surge con el pronunciamiento jurisprudencial contenido en la STJCE de 6 de octubre de 2009, en el que se declara taxativamente la vulneración por el Estado español del Derecho Comunitario".

Las afirmaciones y argumentos que son de ver en el escrito de demanda para defender la tesis de que el plazo de un año de prescripción ha de contarse desde la publicación de la repetida STJUE de 26 de enero de 2010, descansan en realidad en una incorrecta interpretación de ésta, pues su significado no es conferir una acción de la que antes no se dispusiera, o excluir requisitos o presupuestos de procedibilidad que antes se exigieran o crear o abrir un cauce procedimental antes inexistente.

Lo es, más bien, negar que quepa establecer en el ordenamiento jurídico interno una distinción entre dos reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado-



Legislador basada, sólo, en que la infracción jurídica cometida por su producto normativo (una ley) haya sido declarada por el TJUE o por el Tribunal Constitucional, con la consecuencia, impuesta por el principio de equivalencia, de que el Estado miembro deba dar a la primera (a la fundada en la infracción del Derecho de la Unión) el mismo trato que dispensa a la segunda (a la fundada en la infracción de la Constitución).

Así, pues fue eso en concreto lo que se resolvió, si para esta segunda no exige el agotamiento previo de todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado en aplicación de dicho producto normativo, tampoco puede exigirlo para la primera.

Ahora bien, ese agotamiento previo (y aquí dejamos ya el análisis de aquella STJUE de 26 de enero de 2010, para entrar en el de nuestro derecho interno) no se exigió en nuestra jurisprudencia anterior a esa sentencia como un requisito o presupuesto de procedibilidad, sin el cual, por tanto, no hubiera llegado a nacer o no pudiera ejercitarse la acción indemnizatoria.

Se exigió para no entender roto por el aquietamiento del perjudicado el nexo causal que necesariamente ha de existir (como requisito de carácter sustantivo al que se subordina, en unión de otros, el éxito de la pretensión) entre el acto lesivo (de aplicación de la ley luego declarada contraria al Derecho de la Unión) y el daño o perjuicio cuya indemnización se pretende.

Por todo ello, la consecuencia jurídica derivada de aquella STJUE de 26 de enero de 2010 ha sido la ya expresada en tres sentencias de este Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2010, dictadas en los recursos contencioso-administrativos números 149/2007, 153/2007 y 373/2006, a saber: "rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial", pues esa ruptura, en cambio, no se entendía, ni se entiende, producida por el aquietamiento del perjudicado que lo haya sido por actos de aplicación de leyes inconstitucionales.

Para concluir, la tan citada STJUE de 6 de octubre de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 21 de noviembre de 2009, por lo que cuando presentó su reclamación D. DAVID PHILIP WILKINSON, el 25 de enero de 2011, su derecho estaba prescrito por haber transcurrido con exceso el plazo de un año dispuesto en el artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, resultando dicha reclamación

extemporánea, y, por tanto, inadmisibile, tal como declaró el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado”. (FJ 2º)

#### **IV. EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

##### **1.- LIMITES EN CUANTO A LA MATERIA**

###### **Limites del recurso de casación en materia de responsabilidad patrimonial.**

###### **STS de 9 de Octubre de 2012 (Rec. de casacion 1895/2011)**

Ello se cohonesta con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia. La prueba, como ha señalado este Tribunal, sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación.

Tales casos son: “a) La vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocable a través del artículo 88.1.d) de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa. b) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso. c) Infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones. d) Infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo. e) Infracción cometida cuando, al "socaire" de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables. f) Errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y, por último. g) Cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada”.

## **Cuestiones relacionadas con la prueba que pueden ser objeto del recurso de casación.**

### **STS de 23 de Febrero de 2010 (Rec. Casación 1760/2008)**

“Constituye jurisprudencia reiterada (STS de 26 de septiembre de 2007, recurso de casación 9742/2003, con mención de otras muchas anteriores) identificar como "*temas probatorios que pueden ser tratados en casación*", esto es, como temas directa o indirectamente relacionados con la prueba que, sin embargo, sí son susceptibles de ser abordados o revisados en casación, sólo unos pocos. Así: "(1) la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba; (2) la indebida denegación, bien del recibimiento del pleito a prueba, bien de alguno o algunos de los medios de prueba propuestos; (3) la infracción de las normas relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; (4) la infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles; (5) la infracción cometida cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico; (6) los errores de este tipo cometidos en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y (7) por último, la integración en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia de aquellos otros que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada"

## **Requisitos para que la Sala de Casación pueda integrar los hechos considerados probados por la Sala de instancia.**

### **STS de 11 de Diciembre de 2012 (Rec. casación 5471/2010)**

la Jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo (sentencia de 3 de julio de 2008, recurso de casación 5943/2005) los siguientes requisitos para que proceda la integración de hechos: a) Que el recurso se funde en el motivo previsto en la letra b) del artículo 88.1 de la LJCA. b) Que los hechos que se pretenden integrar no resulten contradictorios con los declarados probados en la sentencia. c) Que los hechos que hayan sido omitidos por el Tribunal de instancia, estén suficientemente justificados según las actuaciones. d) Que su toma en consideración ha de ser necesaria para apreciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico.

La misma doctrina se recoge en la STS de 16 de septiembre de 2009 (Rec. casación 9329/2004)

## **El recurso de casación no es una nueva revisión del razonamiento del Tribunal de Instancia**

### **STS de 13 de Noviembre de 2012, Rec. Casación 3015/2010**

como hemos declarado en Sentencias de 21 de febrero de 2.008, recurso 5.271/2.003, de 13 de julio de 2.010, recurso 4.906/2.008 y de 9 de marzo de 2.011, recurso 1.773/2.009, la interpretación del conocimiento manifestado en dictámenes, informes, documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo es

labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hace el Tribunal "*a quo*", no tiene cabida objetiva en esta sede de casación, pues, como igualmente declaramos, entre otras, en nuestras sentencias de 7 y 20 de mayo de 1.994, han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles las casaciones cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues el Tribunal de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la Sala de instancia.

Y aunque la apreciación del nexo causal entre la actuación administrativa y el resultado producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión revisable en casación, tal ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido debidamente combatidos por haberse infringido normas o jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las

También recoge este criterio la **STS de 5 de Noviembre de 2012 (Rec. 3383/2011)** que insiste en que “la valoración de daños es una cuestión de hecho excluida del control por la vía de este recurso extraordinario y excepcional, fuera de la invocación de preceptos sobre prueba tasada, o estemos ante una valoración totalmente absurda, ilógica o se haya omitido algún concepto indemnizatorio que tuviera sustantividad propia dentro de la reclamación”.

Igual criterio se mantiene en la Sentencia correspondiente al **recurso de casación 55/2010** afirmando que “Si la Sala de instancia en base a la inexistente prueba del daño considera que no se ha acreditado la concurrencia de uno de los requisitos realiza valoración de la prueba -artículo 217 de la Ley Procesal civil- en atención a su libre ponderación de todos los elementos de que dispone. En el presente caso, por mucho que le pese a la parte recurrente, la sentencia de instancia es de una claridad evidente, incluso cuestionándose la actitud de la recurrente en el presente asunto y recordando cual ha sido el criterio de la Sala en otras sentencias relativas a los acontecimientos como el presente. No cabe duda que ha existido un proceso reflexivo previo para llegar a la convicción jurídica manifestada en el Fallo”.

## **2.- LIMITES EN CUANTO A LA CUANTÍA**

**Debe tomarse en consideración el importe reclamado por cada uno de los recurrentes y no el importe total.**

### **STS de 8 de Julio de 2010 (Rec. casación 5065/2006)**

“como razona –entre otras- la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2007 (recurso de casación nº 2204/2003), es doctrina reiterada de esta Sala la que declara que en aplicación de la regla del artículo 41.2 de la Ley de la Jurisdicción, cuando existen varios demandantes ha de atenderse al valor deducido por cada uno de ellos y no a la suma de todos.

Y en modo alguno pueden admitirse las alegaciones formuladas por la parte recurrente en el trámite conferido al efecto, y en las que viene a postular que no ha existido acumulación subjetiva de acciones, y que la recurrente actúa en su propio y único nombre, porque consta con claridad y reiteración, tanto en las actuaciones de instancia como en el presente recurso de casación, que se actúa en nombre propio y en

representación de sus dos hijos menores de edad, solicitándose la indemnización en concepto de viuda e hijos, respectivamente, del fallecido.

En consecuencia, procede declarar la inadmisibilidad del recurso de casación de conformidad con el art. 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el art. 93.2 y el art. 86.2.b) de la misma, lo que impide entrar al examen de los motivos invocados en el citado recurso”.

**El importe de la indemnización no es revisable en casación mas que en casos muy determinados.**

**STS 27 de Noviembre de 2012 (Rec. casación 4981/2011)**

“Para la adecuada resolución de este motivo conviene comenzar recordando la reiterada jurisprudencia de esta Sala según la cual la determinación del "quantum" indemnizatorio procedente en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en tanto no se demuestre el error, su irracionalidad o la infracción de las normas que regulen la valoración de los medios probatorios (por todas, sentencias de 11 de junio de 2.012 y 3 de mayo de 2.011, dictadas en los recursos de casación 1.211/2.010 y 505/2.007, respectivamente). O, dicho en los términos de la sentencia de 5 de junio de 2.012 (recurso de casación 4.279/2.011), que a su vez cita la de 28 de marzo de 2.012 (recurso de casación 5.267/2.010), la cuantía de la indemnización fijada por el Tribunal de instancia no es revisable en casación salvo que se aprecie una valoración de los daños causados que se revele como contraria a las reglas de la sana crítica o falta de lógica.

En la sentencia de esta Sala y Sección de 20 de febrero de 2.012 (recurso de casación 527/2.010), con cita de otras anteriores (también de la Sección 6ª), insistíamos en que la cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional, pues constituye una cuestión de hecho. Hasta el punto de que, como dicen las sentencias de 12 de noviembre de 2.007 (recurso de casación 7.418/2.004) y 22 de octubre de 2.001 (recurso de casación 5.096/1.997), aunque el Tribunal de Casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de instancia. Ello es consecuencia de la ya apuntada naturaleza extraordinaria de este recurso de casación, que tiene como finalidad someter al conocimiento del Tribunal competente el examen de la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia realizadas por el Tribunal de instancia, tanto en relación con el proceso cuanto con la cuestión debatida en el mismo por motivos tasados, y no la resolución del caso concreto”.

**Cuantía a los efectos de la admisión el recurso de casación.**

**STS de 21 de Enero de 2009 (Rec. de casación 3919/2005)**

El Auto de esta Sala de 16 de noviembre de 2006, dictado en el Recurso de casación 5000/2005, y la sentencia también de esta Sala, de 1 de febrero de 2006, dictada en el Recurso de casación 497/2004, determinan que a efectos de fijación de la suma gravaminis para el acceso a la casación en asuntos relativos a la reclamación de

las cuotas, el reiterado criterio de este Tribunal (entre otras resoluciones, ATS de 21/09/2001 Rec. num. 7661/1999) es el de que las cifras que deben tomarse en consideración son las cuotas mensuales, en atención a que se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos.

### **3.- LIMITES DEL TRIBUNAL COMO TRIBUNAL DE CASACIÓN**

#### **Función del Tribunal Supremo como Tribunal de Casación**

##### **STS de 17 de Septiembre de 2012. (Rec. de casación 6693/2010)**

En primer lugar, nos encontramos, como hemos dicho en múltiples ocasiones, ante un recurso extraordinario y eminentemente formal, es decir, es necesario la concurrencia de una serie de vicios "in indicando" o "in procedendo", por lo que serán éstos y su relevancia los que determinarán que este Tribunal una decisión de casar la sentencia y entrar a situarse como Tribunal de instancia, superando la regla fundamental de soberanía del juez de la instancia en cuanto a la inmediación, contradicción y valoración de las pruebas que ante él se celebran.

En segundo lugar, el recurso de casación no es una segunda instancia en la que nuevamente reabrir el debate, volver a reproducir las pruebas y sus conclusiones para hacer una lectura interesada, parcial, crítica y dirigida a sostener la tesis que no prosperó. Eso no integra la finalidad de este recurso excepcional. No cabe que en esta instancia, salvo motivos tasados y acreditados, se pueda sustituir la valoración efectuada, conforme a las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta la formación de la convicción judicial, por el tribunal de instancia.

En tercer lugar, y como hemos dicho también en la reciente sentencia de diecinueve de junio de este año, Rec. cas 3198/2011: "... no es posible la cita aislada de una serie de preceptos que más o menos guardan relación con el objeto del pleito para justificar la presencia de un motivo de casación. Es necesario el desarrollo de la argumentación que evidencie la pretendida vulneración en la sentencia, y, que aquí no se ha producido, puesto que no se vuelven a citar en el motivo. Tampoco cabe, para articular el motivo, la cita de sentencia de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales, o de la Sala Primera del Tribunal Supremo".

Igual criterio resulta de la sentencia de la Sección Sexta de 5 de Noviembre de 2012 (Rec. 1942/2010)

#### **Modo en que se debe citar la jurisprudencia supuestamente contradictoria.**

##### **ST de 4 de Diciembre de 2012. (Rec. casación S5890/2011)**

“no basta con lanzar al Tribunal un conjunto corto o amplio de sentencias sin proceder a analizar cómo ha sido quebrantada la doctrina en ellas sentada respecto al concreto supuesto impugnado, es preciso poner en relación la doctrina de las sentencias invocadas como jurisprudencia con la sentencia que se combate, para lo que resulta imprescindible comparar la razón de decidir de unas y otra, pues en caso contrario sería improporcionable. Es insuficiente, por tanto, su simple cita o la mera reproducción de sus fundamentos, como hace aquí la recurrente”.

