

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE
Magistrado del Tribunal Supremo

Cómo citar/Citation

Fernández Valverde, R. (2020).
La responsabilidad patrimonial derivada del acto administrativo.
Revista de Administración Pública, 213, 49-67.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.03>

Resumen

Partiendo la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación, en concreto, con la responsabilidad patrimonial en los supuestos de la declaración de nulidad de actos nulos, se propone una revisión integral de la institución, de conformidad con la actual regulación de la misma, que pudiera extenderse no solo a la tradicional de las Administraciones públicas, sino a las de los otros poderes públicos.

Palabras clave

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y de los poderes públicos; revisión integral para la superación de su configuración como responsabilidad objetiva; jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract

Based on the jurisprudence of the Third Chamber of the Supreme Court in relation, specifically, with the patrimonial responsibility in the cases of the declaration of nullity of null acts, a comprehensive review of the institution is proposed, in accordance with the current regulation of the same, which could be extended not only to the traditional Public Administrations, but to those of other public Powers.

Keywords

Patrimonial responsibility of the Public Administrations and the Public Powers; comprehensive review to overcome its configuration as strict liability; jurisprudence of the Court of Justice of the European Union.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN Y ALCANCE DE LA CUESTIÓN. II. LA REGULACIÓN ACTUAL.
III. LA SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL. IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

I. INTRODUCCIÓN Y ALCANCE DE LA CUESTIÓN

Los maestros Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández comienzan el capítulo dedicado a «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en su *Curso de Derecho Administrativo*¹, con la clásica cita de Hauriou²: «Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio».

Tras ello, añaden, que: «El principio de legalidad —y su garantía en el recurso contencioso-administrativo— y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen, por ello, los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende, justamente, de su correcto juego»; y, concretando más la cuestión, señalan que «la actividad de la Administración, que en nuestros días está presente en todas y cada una de las manifestaciones de la vida colectiva, “lleva consigo —como advierte lúcidamente la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa— una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos” que es preciso evitar que “reviertan al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias, amparadas por un injustificado privilegio de exoneración”».

Pues bien —continúan los expresados autores—, «a cubrir esos daños residuales de la acción administrativa, no deliberadamente procurados, pero inevitables, tiende la afirmación de un principio general de responsabilidad patrimonial

¹ E. García de Enterría y T. R. Fernández (2015), *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª edición, Cizur Menor (Navarra), tomo II, pág. 355.

² M. Hauriou (1993), *Précis de Droit Administratif*, 12ª edición, París, pág. 31.

de la Administración». Efectivamente, el considerable aumento de la actividad de los poderes públicos —y las materias a las que la misma se ha extendido— ha traído consigo indudables beneficios, pero también ciertos perjuicios que, en ocasiones, no tienen por qué ser soportados por los ciudadanos. Pues bien, para estos supuestos, deben establecerse los mecanismos de reparación necesarios que permitan imputar a los poderes públicos la responsabilidad patrimonial que, en su caso, puedan corresponderles.

Partiendo de este punto, realizada tal afirmación, y sin necesidad de recorrer el proceso histórico que ha conducido a la situación actual —esto es, a la configuración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como «soporte estructural del Derecho Administrativo»—, hemos recordado que nuestra intervención se va a centrar en un supuesto concreto, en el que los daños que van a incidir sobre los derechos o intereses de los particulares vienen determinados por actuaciones de los poderes públicos cuya nulidad ha sido previamente decretada, bien en vía administrativa, bien en vía jurisdiccional.

Obviamente, nuestra obligación —en un Seminario como el presente— es dar cuenta de la situación jurisprudencial alcanzada por el Tribunal Supremo, en este concreto ámbito de la responsabilidad patrimonial, siendo conscientes de las discrepancias doctrinales existentes en relación con las líneas jurisprudenciales alcanzadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y, lógicamente, con la finalidad de someter las mismas a un debate intelectual cuyas conclusiones pudieran tener alguna incidencia significativa sobre los reiterados pronunciamientos alcanzados, en esta materia de la responsabilidad patrimonial, y en los supuestos concretos de la previa nulidad de los actos administrativos.

Somos conscientes de que la situación actual no es la misma —en este país, y en el entorno europeo en el que nos situamos— que cuando fueron aprobadas la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF) o la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 27 de diciembre de 1956 (LRJAE); incluso tampoco es exactamente idéntica la actual realidad social, en este ámbito jurídico, que cuando fue aprobada la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA). Debe recordarse que fue, en aplicación de estas normas legales, cuando se produjo el nacimiento de las líneas jurisprudenciales que aquí nos reúne. Impensable era, en la denominada década prodigiosa de las normas administrativas de este país, hacer extensiva la institución que nos ocupa más allá del concreto ámbito de las actuaciones estrictamente administrativas, y, con elevación de rango, situar la institución de la responsabilidad patrimonial a nivel de Estado, pudiéndose, ahora, imponer la misma, por sus respectivas actuaciones, no solo a la Administración y al Poder ejecutivo, sino también al Parlamento (Estado legislador) y al Poder Judicial (Estado juez). Y, por otra parte, no es que fuera impensable, sino que resultaba absolutamente imposible imaginar —en la citada década de los cincuenta— la existencia en nuestro país de un Tribunal Constitucional, cuyas declaraciones pudieran dar lugar a una res-

ponsabilidad patrimonial, o bien, pensar en el ingreso de España en la, entonces, Comunidad Económica Europea y, más en concreto, en la aplicación de la responsabilidad patrimonial a los supuestos de incumplimiento de las normas producidas en dicho ámbito, primero económico, y luego jurídico, al transformarse en Unión Europea.

Esto es, la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ya no es, solo, de la Administración, ni siquiera de los distintos Poderes del Estado —y de otros órganos constitucionales—, sino que se ha convertido en un instrumento de compensación de perjuicios en el ámbito de actuación —cada vez más extenso— de la Unión Europea; obvio es que ello implica que los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sin duda, incidirán sobre los pronunciamientos de los tribunales de los distintos Estados miembros, y, lógicamente, sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como tendremos la oportunidad de comprobar al final de esta aportación.

Por otra parte, el fundamento de la exigencia de responsabilidad patrimonial a los distintos poderes del Estado, y a las diferentes Administraciones públicas es, hoy día, una consecuencia obligada e imprescindible del desarrollo del Estado de derecho que impone la sumisión de la Administración pública, como a cualquier otro sujeto de derecho, al ordenamiento jurídico, tal y como se deduce de los artículos 9.3, 103.1, 106.2 o 121 de la Constitución española de 1978 (CE). La responsabilidad patrimonial, pues, es, hoy, algo más que un mecanismo de compensación de los perjuicios inferidos a concretos ciudadanos por las más diversas actuaciones —no solo administrativas— de las diferentes Administraciones (que deben servir «con objetividad los intereses generales»), y de los distintos poderes públicos (que están obligados a «promover las condiciones para que la libertad y a igualdad del individuo [...] sean reales y efectivas»); insistimos, pues, en que, hoy día, la responsabilidad patrimonial es algo más, pues constituye uno de los pilares fundamentales, junto con el sistema del control jurisdiccional contencioso-administrativo, en la construcción del derecho administrativo como un derecho que permite la correcta actuación administrativa bajo el control de los tribunales de justicia. Evidentemente, junto con este fundamento constitucional, la responsabilidad patrimonial también se fundamenta en el principio de solidaridad —en cuanto no sería justo que un solo sujeto lesionado tuviera que hacer frente a las consecuencias lesivas de los actos de los poderes públicos—; e, igualmente, también encuentra su fundamento en la confianza legítima que los citados poderes han podido crear en los ciudadanos.

En definitiva, el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades, o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otra fundamentación, se considera que, si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad, a todos los ciudadanos, lo justo —lo razonable— es que si con ello se causa algún perjuicio, este se dis-

tribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo —de la producción de una lesión antijurídica a los ciudadanos— como consecuencia de actuación de la Administración —o de los poderes públicos— constituye —sigue constituyendo—, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el fundamento de la misma responsabilidad. La responsabilidad, por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que este se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los Poderes públicos, y de quién haya sido concretamente su causante.

En los ordenamientos jurídicos europeos la tendencia a la objetivación de la responsabilidad no ha cesado de progresar, sobre la base de la solidaridad colectiva y de la superación de planteamientos subjetivistas basados en la culpa individual del agente productor material del daño, poniendo el centro de atención en la persona de la víctima a la que la comunidad no puede dejar desamparada en aquellos supuestos en los que el perjuicio sufrido proviene del desarrollo de actividades y del funcionamiento de servicios públicos de los que la comunidad misma, en su conjunto, y no los individuos aisladamente considerados, es beneficiaria.

Dejando al margen los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, sería el art. 121 de la LEF el que señalaría que «[d]ará también lugar a indemnización [...] toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos [...]». Fórmula que, con algunos retoques —excluyendo los supuestos de fuerza mayor— pasaría al art. 40 de la LRJAE, la cual sería derogada por la LRJPA que, en sus arts. 139 y siguientes, contenía el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, hasta su derogación, a su vez, por las normas actualmente en vigor, cuales son la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas —LPAC— y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público —LSP—.

Obviamente, a esta situación se ha llegado tras la constitucionalización del principio general de responsabilidad de los poderes públicos en el artículo 9.3 de la CE de 1978, que se concreta, luego, en el art. 106.2 (responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos) y en el 121 (responsabilidad por error judicial y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia). En consecuencia, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, cabe señalar que la Constitución de 1978 no hace sino consagrar —y elevar a rango de máxima norma— los resultados ya alcanzados en el derecho positivo (art. 40 de la LRJAE de 1957), al disponer en su art. 106.2 que «los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «el tenor del artículo 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad

de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia»³.

Creemos —afirmamos— que el Tribunal Supremo, desde antes de la STS de 5 de febrero de 1996⁴ —al igual que el Tribunal Constitucional—, en relación con esta cuestión esencial del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ha seguido una línea paralela a la mayoritariamente mantenida —al menos en un principio— por la doctrina española. Es más, podría decirse que esta afirmación es tributaria de aquella doctrina. Esta conclusión tendrá una incidencia significativa en la doctrina jurisprudencial que examinaremos sobre la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de actos administrativos.

II. LA REGULACIÓN ACTUAL

Hasta el 2 de octubre de 2016, la responsabilidad de todas las Administraciones públicas de este país venía regulada en un texto único, cual era la citada LRJPA, cuyo título X (distribuido en dos capítulos, e integrado por los arts. 139 a 146) llevaba la rúbrica «De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio»; el mismo había sido modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la LRJPA (arts. 140, 141, 144, 145 y 146), así como por la posterior Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que había añadido un nuevo apartado, 5, en el art. 139, en relación con la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional.

Recapitulando, pues, el principio histórico de responsabilidad patrimonial (que viera la luz en nuestro país, con carácter general, en los artículos 121 de la LEF y 40 de la LRJAE); que fue constitucionalmente respaldado por la Constitución española de 1978 (arts. 9.3 y 106.2); y que se consolidó con posterioridad en el art. 139.1 de la mencionada LRJPA, continúa hoy, con pleno esplendor, en las vigentes LSP y LPAC, habiéndose roto, no obstante, el, hasta ahora, tratamiento unitario de la institución.

No es, obviamente, el momento de examinar esta técnica normativa —a la que el Consejo General del Poder Judicial en su preceptivo informe mostró su conformidad—, pero sí la de reconocer que esta doble regulación ha creado problemas y disfunciones en la aplicación y ha sido objeto de duras críticas doctrinales. En sendos dictámenes del Consejo de Estado en relación con ambas leyes (274 y 275/2015, de 29 de abril), así se puso de manifiesto:

³ STC 112/2018, de 17 de octubre (FJ 5).

⁴ RC 2034/1993, ECLI:ES:TS:1996:661.

[...] no responde al criterio tradicional del ordenamiento jurídico-administrativo español —pese a las afirmaciones que en tal sentido se contienen en el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, en las memorias del análisis de impacto normativo y en las exposiciones de motivos— y, en todo caso, no es la opción legislativa más acertada en el actual marco constitucional del Estado de las Autonomías, en el que, en razón de la distribución constitucional de competencias *ex* artículo 149.1.18ª de la Constitución, se hace necesaria una nítida distinción entre preceptos básicos y no básicos como la que existe en el ordenamiento actual.

Pero sí resulta de interés realizar una comparación —en relación con el aspecto concreto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que nos ocupa— entre el contenido de los derogados arts. 139 y 142.4 de la LRJPA y el vigente art. 32 de la LSP, la cual pone de manifiesto algunos aspectos que deben de ser destacados:

A) El antiguo art. 139, dedicado a los «Principios de la responsabilidad» —al igual que sus precedentes—, se limitaba a señalar, en su apdo. 1 —que solo contaba con un párrafo—, lo siguiente:

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 referencia, en concreto, a la responsabilidad por acto nulo que nos ocupa se contenía en el artículo 142.4, denominado «Procedimientos de responsabilidad patrimonial», que, por lo que aquí interesa, señalaba:

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

B) El vigente art. 32 de la LSP, en comparación con el anterior precepto, contiene las dos siguientes novedades:

1. En primer lugar, el precepto —dedicado a los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas— incluye, como excepción a la procedencia de la responsabilidad, junto con la fuerza mayor ya contenida en el anterior, la de aquellos «daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». Es cierto, pues, que tal excepción se contenía en el antiguo texto legal, pero solo, en el art. 141 de la LRJPA —dedicado a la «Indemnización»—, tal como ahora se sigue diciendo en el art. 34.1 de la LSP.

Da la sensación de que el legislador, al duplicar ahora esta excepción, ha querido elevar —llevar— al terreno de los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas lo que antes consideraba un mero componente del aspecto secundario de la indemnización. No parece que la modifi-

cación se trate de un mero desplazamiento normativo derivado de la disección de la materia en aspectos materiales y procedimentales, sino, más bien, de una elevación de rango —al superior ámbito de los principios— dentro del terreno material de la institución; sobre todo, como veremos enseguida, cuando no se trata de un desplazamiento normativo aislado.

Esto es, que el concepto «deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley» al que la ley pueda obligar a los particulares a cumplir, no es ya una mera limitación del montante de la indemnización, sino que se convierte, en la LSP, en un elemento esencial —en un principio— de la responsabilidad patrimonial, lo que implica que, legalmente, se reconozca, y puedan existir, lesiones para los particulares —al margen de su posible inconstitucionalidad— que no resulten indemnizables. El problema es cómo se mide —cómo se concreta— el citado «deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley», en cada supuesto, o en cada litigio concreto, sobre el que deba hacerse jurisprudencia —y también justicia—, desde la actual perspectiva casacional.

2. En segundo lugar, igualmente, el legislador de 2015 —ahora sin duplicar— también lleva al citado terreno de los principios (32.1 de la LSP) el contenido del antiguo 142.4 de la LRJPA, mediante la introducción de un nuevo párrafo segundo en el actual precepto y apartado. Como decíamos, esto ratifica que no se trata de un mero desplazamiento estructural de la materia, sino de algo más. A ello debemos añadir, por otra parte, que no se lleva a cabo, una exacta reproducción, en el actual párrafo segundo del art. 32.1 de la LSP, del antiguo 142.4 de la LRJPA, ya que el legislador ha añadido, a la antigua redacción de 1992, una enigmática expresión, manifestándose ahora el precepto en los siguientes y exactos términos:

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

No parece una expresión baladí, y da la sensación de que la anulación, por sí sola, y como tal, del acto administrativo, no da lugar al derecho a la indemnización en que se concreta la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Esto es, da la sensación de que el legislador está exigiendo «algo más».

No podemos valorar la incidencia de la doctrina —y la jurisprudencia— en estas actuaciones del legislador estatal de 2015, pero es posible que exista un tercero —por supuesto de buena fe— que no ha sido invitado a este Seminario.

¿Estaría, nos preguntamos, a la vista de lo anterior, el legislador de 2015, «sujetivizando» la tradicional responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración y de los poderes públicos?

III. LA SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL

A) La doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por acto nulo se inicia con la *STS de 5 de febrero de 1996*⁵, tomándose, entonces, en consideración el art. 40 de la LRJAE. En concreto, del mismo, se señalaba lo siguiente: «[...] solo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 40»; requisitos que la STS relaciona a continuación: daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo».

La sentencia realiza otras manifestaciones de las que debemos dejar constancia por cuanto constituyen el inicio y fundamento de la jurisprudencia de la sala:

- a) Que el principio de responsabilidad patrimonial proclamado en el art. 106 de la Constitución, conlleva un derecho de los llamados de *configuración legal*: «Es decir, que no se trata de un derecho que derive directamente de la Constitución sino que exige la interposición de una Ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figure en la Ley ordinaria que lo regule»; siendo ello así —señala la STS— porque el precepto constitucional expresamente dispone «en los términos establecidos por la Ley».
- b) La sentencia descarta las que denomina *tesis maximalistas*, rechazando tanto que de «la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad».
- c) De conformidad con una anterior jurisprudencia de la Sala se señala que la citada responsabilidad patrimonial «es una *responsabilidad objetiva* que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente», por ello, expresamente rechaza la tesis del *margen de tolerancia*, por cuanto la misma «pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos establecidos en la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».
- d) En consecuencia, se afirma que 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

⁵ RC 2034/1993, ECLI:ES:TS:1996:661.

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».

- e) Tras insistir en el citado «carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la anulación de resoluciones administrativas tanto en vía jurisdiccional como en vía administrativa», se añade que el precepto legal (entonces 40 LRJAE) «no establece un principio de exoneración de la responsabilidad de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino que *afirma la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto inicial u originador para que tal responsabilidad pueda nacer* siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración».
- f) Especial referencia realiza la sentencia a los supuestos en los que la Administración ejercita *potestades discrecionales*, señalando al respecto que en los mismos «parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados, sino razonables, debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que este se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos, pues, ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo». Consecuencia que la sentencia extiende a los *conceptos jurídicos indeterminados*, pues, en tales supuestos, «es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones».

Esta doctrina, entre otras muchas, sería seguida por la STS de 25 de mayo de 2004⁶.

B) A partir de tal sentencia de 1996, el Tribunal Supremo viene reiterando la anterior doctrina. Así, en la *STS de 16 de febrero de 2009*⁷, se insiste en que: «Hay que rechazar, pues, las *tesis maximalistas* de cualquier signo, 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 [véanse las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 2000, ya citada, FJ 2º; 5 de febrero de 1996 (casación 2034/93, FJ2º); y 14 de julio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 289/07, FJ 3º)].

En esta tesitura, como hemos subrayado en la citada sentencia de 14 de julio de 2008 (FJ 4º) y en la de 22 de septiembre del mismo año (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. Decíamos entonces que 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 proscribió el art. 9, apdo. 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, recordada 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)].

⁶ RC 2204/2000, ECLI:ES:TS:2004:3561.

⁷ RC 1887/2007, ECLI:ES:TS:2009:455.

[...] 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).

C) Igualmente deben citarse las dos *SSTS de 20 de febrero de 2012*⁸, según las cuales:

[...] 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.

D) Por último, debemos hacer referencia a la *STS 1650/2017, de 31 de octubre*⁹ en la que se respondía a la vulneración del principio de seguridad jurídica como fundamento de la responsabilidad patrimonial:

⁸ RC 462/2011, ECLI:ES:TS:2012:1221, y RC 6864/2010, ECLI:ES:TS:2012:1224.

⁹ RC 315/2016, ECLI:ES:TS:2017:3835.

En el supuesto de autos, de la situación descrita, que ha constituido la *ratio decidendi* de la sentencia de instancia, no podía —en un terreno de lógica y racionalidad— deducirse ni certeza alguna, ni razonable previsión exitosa empresarial, ni, en fin, en un ámbito más jurídico, expectativa razonable alguna. El valor de la «seguridad jurídica» no es oponible, sin más, a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta, por más que desde otras perspectivas (también desde la muy frecuentemente invocada, del favorecimiento de las inversiones) sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. Pues lo cierto es que la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho. La concepción de la seguridad jurídica (o del artículo 9.3 de la Constitución) como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el urbanístico y, más en concreto, en un ámbito reglado como el de los suelos dotados de valores ambientales. La seguridad jurídica protege relaciones de este orden bajo el principio *rebus sic stantibus* pero, insistimos, no puede contraponerse como argumento invalidatorio frente a situaciones urbanísticas regladas.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Quizá pudiéramos llegar a la conclusión de que el sistema actual —en gran medida, sin grandes innovaciones normativas— no deja de ser contradictorio, pues, como venimos expresando, su característica esencial sería que lo resarcible por la vía de la responsabilidad patrimonial es la lesión, pero esta solo puede ser apreciada si el daño que le sirve de presupuesto reúne los requisitos que declara la jurisprudencia en interpretación de estas normas (por todas, SSTS de 23 de mayo de 2014¹⁰ o 19 de febrero de 2016¹¹). Esto es, que, como también pone de manifiesto la jurisprudencia (por todas, STS de 1 de julio de 2009¹² y 18 de junio de 2012¹³, que contiene una abundante cita jurisprudencial), «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 resulta, pues, acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva la generalización de la responsabilidad patrimonial al margen del principio de causalidad —aun de forma mediata, indirecta o concurrente—, de manera que, para que exista aquella, resultaría imprescindible la existencia de un

¹⁰ RC 5998/2011, ECLI:ES:TS:2014:1997.

¹¹ RC 4056/2014, ECLI:ES:TS:2016:540.

¹² RC 1515/2005, ECLI:ES:TS:2009:5042.

¹³ RC 4113/2010, ECLI:ES:TS:2012:4538.

nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o daño producido. La denominada socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración, cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significaría que la prestación por la Administración de un determinado servicio público —y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación— no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, pues de lo contrario se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo de lo anterior, es evidente que el tratamiento jurisprudencial debe ser distinto en función del tipo de funcionamiento —normal o anormal— de los servicios públicos, siendo aquí donde el sistema se bifurca, pues, ni todo funcionamiento normal puede quedar excluido de una respuesta indemnizatoria, ni todo funcionamiento anormal debe llevar aparejada, necesariamente, la correspondiente indemnización.

En el caso de *funcionamiento normal* parece razonable que la utilización de conceptos manejados por la jurisprudencia como el de los *estándares de seguridad jurídica*, o los de confianza legítima, pudieran seguir utilizándose. Esto es, que la eficacia o eficiencia exigible de los servicios públicos —la *buena administración*, en la terminología actual— ha de ser el estándar de referencia en función de los valores aceptados al momento actual. Esto, mediante la utilización de los mismos, podría, jurisprudencialmente, llegar a perfilarse y decantarse —en el caso concreto—, lo que puede resultar racionalmente exigible en el funcionamiento de sus servicios públicos conforme a las exigencias de un Estado social y democrático de derecho. Dicho de otra forma, que resulta necesario el establecimiento —por el legislador o por los tribunales— de parámetros de racionalidad, en función del supuesto concreto, del que pudiera derivarse la responsabilidad patrimonial; consideramos que resulta una vía de recibo.

Pero la ponencia debe centrarse, para concluir, en los supuestos de *funcionamiento anormal* de los servicios públicos, y, en concreto, sobre la procedencia de la responsabilidad patrimonial cuando concurra tal anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos; más en concreto, la crítica que se realiza a la jurisprudencia de la Sala —de la que ya hemos dejado constancia— se centra en los supuestos de una previa declaración de nulidad del acto administrativo, llegando a afirmarse que, en tales situaciones, la responsabilidad patrimonial deviene prácticamente obligatoria.

Es difícil afirmar que tal declaración de nulidad es un título suficiente para la procedencia de la responsabilidad patrimonial, pudiendo ser discutibles las diferencias establecidas por la jurisprudencia en función del tipo de potestades

—discrecionales o regladas— que se articulen. Pero lo que es cierto es que tal planteamiento —que, sin duda, pudiera carecer de encaje desde la perspectiva general del sistema de responsabilidad patrimonial— ha resultado un mecanismo adecuado desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, de la justicia material y del enriquecimiento injusto.

Es cierto que desde una perspectiva doctrinal¹⁴ la superación del concepto de responsabilidad objetiva —en relación con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos— resultaría procedente; pero tal superación debería venir acompañada de una construcción global e integral de la institución que no quedara limitada a las Administraciones públicas, pues, como ya expresamos, en el actual art. 32 de la LSP, junto a la anterior y clásica responsabilidad patrimonial administrativa, se regula —en el marco de los mismos principios— la responsabilidad del Estado legislador (apdos. 3 y 4), la responsabilidad por aplicación del derecho de la Unión Europea (apdos. 3 y 5), la responsabilidad del Estado juez (apdo. 7), la responsabilidad por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional (apdo. 8), e, incluso, la responsabilidad derivada de la ejecución de contratos cuando sea consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios de los proyectos por la misma elaborados (apdo. 9).

Pues bien, lo cierto es que, en dichos ámbitos, se vienen produciendo pronunciamientos, legales y jurisprudenciales, que ponen de manifiesto las contradicciones del sistema, que sigue afirmando su carácter objetivo, pero que emite evidentes signos e introduce patentes mecanismos de subjetivización del mismo. Destacamos algunos ejemplos:

A) En el supuesto de responsabilidad del *Estado legislador*, la responsabilidad patrimonial se hace derivar (32.3 LSP) —al margen de los supuestos de inconstitucionalidad— de las lesiones que se sufran los ciudadanos, en sus bienes o derechos, «como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar», pero no siempre, sino solo «cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifique». Esto es, que es el propio legislador (*ex* 106.2 CE) el que comienza poniendo limitaciones al propio sistema objetivo de responsabilidad patrimonial.

B) En el supuesto de responsabilidad del *Estado juez* (32.7 LSP y 294 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), no dejan de ser significativos algunos de los pronunciamientos contenidos en las STC 85/2019 de 19 de

¹⁴ Luis Medina Alcoz (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra); (2009), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, 1ª edición, Madrid, tomo IV, pág. 31; (2018), *La responsabilidad patrimonial como solución a la incertidumbre causal*, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra). Oriol Mir Puigpelat (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, 1ª edición.

junio¹⁵, que declaró la inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 294.1 de la LOPJ, por vulneración de los artículos 14 y 24.2 de la Constitución, cuya doctrina ha sido de inmediato asumida por el Tribunal Supremo¹⁶:

Una interpretación literal del precepto así depurado de su tacha de inconstitucionalidad permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución (o de sobreseimiento libre), daría lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Ha de advertirse que tal conclusión no se deriva de esta sentencia ni puede deducirse del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 por la sola circunstancia de que lo hayamos depurado de los incisos que lo hacían contrario a los arts. 14 y 24.2 CE. Antes bien debe entenderse que los presupuestos y el alcance de la indemnización previstos en el art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales. De modo que la doctrina de esta sentencia no solo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al *quantum* indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser la *compensatio lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima).

Son claras las referencias del Tribunal Constitucional a las *interpretaciones congruentes*, a la *teoría general de la responsabilidad civil*, así como a los *criterios propios del Derecho general de daños* (con referencias concretas a la *compensatio lucri cum damno* o —incluso— a la *relevancia causal de la conducta de la propia víctima*).

C) Repárese, por otra parte, que, en caso de la responsabilidad patrimonial relacionada con el *funcionamiento del Tribunal Constitucional* (32.8 LSP), la misma se limita a los supuestos de la «existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad». Si bien se observa que la responsabilidad patrimonial se limita al supuesto de funcionamiento anormal y solo en los dos recursos mencionados.

D) Pero quizá lo que más llama la atención en el momento actual, y así lo viene detectando el Tribunal Supremo, es el tratamiento en el *derecho de Unión Europea* asumido por el propio legislador estatal (32.3.b y 5 LSP). No es el momento de exponer las diferencias entre los dos supuestos previstos en los apdos. 3, 4 y 5 del art. 32 de la LSP (en concreto, entre las regulaciones de la responsabilidad patrimonial derivada de la aplicación de una norma interna

¹⁵ BOE 177, de 25 de julio de 2019.

¹⁶ STS 1348/2019, de 10 de octubre (RC 339/2019, ECLI:ES:TS:2019:3121). STS 1883/2019, de 12 de diciembre (RC 3847/2018, ECLI:ES:TS:2019:4276).

declarada inconstitucional y la derivada de la aplicación de una norma declarada contraria al derecho de la Unión Europea), ni tampoco de recordar el previo reconocimiento de la primera por el Tribunal Supremo de conformidad con lo previamente establecido por el TJUE; y, por otra parte, no podemos detenernos en la exigencia para ambos supuestos (haber «obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»), la cual no se contiene en la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 26 de enero de 2010¹⁷), y que podría resultar contraria al principio de equivalencia reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por cuanto podría dar lugar a un trato diferente a unas situaciones consideradas equiparables, así como contradecir el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo —que aplica los elementos de la responsabilidad derivados del derecho de la Unión Europea (STS 4974/2000, de 17 de septiembre)—, e, incluso, separarse de la doctrina del propio Tribunal Constitucional español, que ha considerado que una interpretación judicial formalista que rechace una solicitud por la falta de agotamiento previo de los recursos es contraria a la tutela judicial efectiva (STC 194/1997, de 11 de noviembre¹⁸).

Lo que realmente queremos destacar, para concluir, es la exigencia del requisito que se contempla en el apdo. 5.b) del art. 32, conforme al cual el incumplimiento del derecho de la Unión Europea «ha de estar suficientemente caracterizado». Esta exigencia viene siendo requerida por el Tribunal Supremo¹⁹, de conformidad con la clásica jurisprudencia del TJUE²⁰. Pues bien, por la Sala del Tribunal Supremo se viene poniendo de manifiesto:

Reducido así nuestro ámbito de enjuiciamiento a resolver si en el caso enjuiciado la normativa vulnerada merece el calificativo de suficientemente caracterizada, o lo que es lo mismo, si debe reputarse la infracción como manifiesta y grave, para su resolución ha de tenerse en cuenta una reiterada jurisprudencia que si bien reconoce que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de ese requisito, ha venido estableciendo pautas orientativas, entre las que cabe citar las siguientes: a) el grado o nivel de claridad o precisión de la norma vulnerada, b) el mayor o menor margen de apreciación de que disponga el estado miembro respecto a la norma vulnerada, c) el carácter intencionado o involuntario de la infracción o del perjuicio, d) la naturaleza excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, e) la hipotética contribución de una institución comunitaria en la

¹⁷ Asunto C-118/98, Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.

¹⁸ BOE 297, de 12 de diciembre de 1997.

¹⁹ SSTS 351/2016, de 18 de enero (RC 194/2015, ECLI:ES:TS:2016:458), 1578/2018, 26 de abril (RC 4759/2016, ECLI:ES:TS:2018:1578), o 1361/2018, de 5 de septiembre (RC 839/2018, ECLI:ES:TS: 2018:3097).

²⁰ SSTJUE de 5 de marzo de 1996, caso *Brasserie Du Pêcheur S.A.*; de 26 de marzo de 1996, caso *Dillenkofer*; 8 de octubre de 1996, caso *British Telecommunications*.

comisión de la infracción, y f) el mantenimiento en el tiempo de medidas contrarias al derecho comunitario.

Concluyo, pues, con una pregunta: ¿qué diferencia existe —si es que la hay— entre, por un lado, el argumento de la *mayor o menor razonabilidad* exigida por el Tribunal Supremo para la declaración de responsabilidad patrimonial derivada de un acto declarado nulo y, por otro, la exigencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del legislador español de que el incumplimiento del derecho de la Unión Europea para la procedencia de la responsabilidad patrimonial sea *suficientemente caracterizada*?

Considero que la configuración de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, y no solo de las Administraciones públicas, requiere un nuevo planteamiento global y superador de las actuales discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, sobre el carácter objetivo —o no— de la misma. Si es que existen en la realidad.

