

CULPABILIDAD, FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS Y ANTIJURIDICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y UNA REFERENCIA A LA DE LOS DEMÁS PODERES DEL ESTADO

EDORTA COBREROS MENDAZONA
Universidad del País Vasco

Cómo citar/Citation

Cobrerros Mendazona, E. (2020).
Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad
en la responsabilidad patrimonial de la Administración
y una referencia a la de los demás poderes del Estado.
Revista de Administración Pública, 213, 93-108.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.05>

Resumen

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a pesar de su larga experimentación, aún quedan cuestiones debatidas que merecen una reflexión en profundidad, como son el papel de la culpabilidad, los títulos de imputación o la antijuridicidad, extendiendo dicha reflexión también a la responsabilidad patrimonial de los otros poderes del Estado.

Palabras clave

Responsabilidad patrimonial de la Administración y de otros poderes públicos; culpabilidad; funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; antijuridicidad.

Abstract

In the field of patrimonial liability of the Administration, despite its long experimentation, there are still some issues discussed that deserve an in-depth reflection, such as the role of guilt, imputation titles or anti-law, extending that reflection also to the patrimonial liability of the other powers of the State.

Keywords

Patrimonial liability of the Administration and other public authorities; culpability; normal or abnormal functioning of public services; unlawfulness.

SUMARIO

I. PREVIO: UN DEBATE VIVO E INACABADO. II. LA RECURRENTE CULPABILIDAD Y EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL O NORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN. III. LAS DELICADAS CUESTIONES DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTO ANULADO Y DE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO. IV. ¿UN SISTEMA GLOBAL Y COHERENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS?

Agradezco la oportunidad de participar activamente en este Tercer Seminario conjunto entre la *Revista de Administración Pública* y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con una relación de síntesis que intentará aportar, también, algunas reflexiones personales sobre determinados aspectos abordados en las ponencias —las cuatro, magníficas— y en el posterior coloquio.

I. PREVIO: UN DEBATE VIVO E INACABADO

Tratar la responsabilidad patrimonial, en general, siempre suscita nuestra atención, no solo por los intereses materiales en juego, sino también porque afecta a elementos muy sensibles del derecho y sus funciones, porque entran directamente en juego valores de justicia (sobre todo, conmutativa; pero, en algunas ocasiones, también distributiva) y porque supone aplicar algunos conceptos muy arraigados, pero en continua evolución (como la culpabilidad, la causalidad, la reparación...).

Tratar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública impone, en estos momentos, un esfuerzo adicional de reflexión porque hay diversas cuestiones que no están suficientemente consensuadas doctrinal y jurisprudencialmente. A veces, además, se percibe una cierta sensación de desaliento ante la constatación de que llevamos años dando vueltas a conceptos (responsabilidad objetiva, antijuridicidad, funcionamiento normal o anormal...) a los que no acabamos de dar un significado preciso y unívoco. Algo de esto se podía percibir,

según creo, en el Seminario del que aquí se da cuenta. A continuación, trataremos desglosadamente algunas de las cuestiones puestas de manifiesto.

Finalmente, dada su primigenia y privilegiada posición, analizar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas también conduce con naturalidad a reflexionar sobre la responsabilidad patrimonial de los demás poderes del Estado, dada la decisiva influencia que aquella ha tenido en esta última.

II. LA RECURRENTE CULPABILIDAD Y EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL O NORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

A) En los últimos cinco lustros la «objetividad» del sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido puesta seriamente en cuestión, sobre todo ante el temor a las consecuencias que podría acarrear un determinado entendimiento y aplicación extensivos de tal carácter.

Sin embargo, bien puede suceder que, analizadas en profundidad, haya una mayor coincidencia entre las diversas posturas de la inicialmente advertible. En efecto, proclamar una responsabilidad patrimonial objetiva no puede significar ignorar la importancia de la culpa ya que, probablemente, resulte un intento vano y, además, inconveniente. Tanto porque en el Derecho de daños la culpa ha tenido tradicionalmente una importancia innegable y un lugar preferente como porque, aunque calificuemos de «objetivo» a nuestro sistema de responsabilidad, la culpa (sea personal, sea objetivada como culpa del servicio) sigue siendo un elemento clave en el título de imputación funcionamiento anormal —que es el más habitual, como hay unanimidad en reconocer—, ya que si hay imprudencia, incuria o mala práctica siempre surgirá ese título jurídico que faculte trasladar el peso del daño del patrimonio del particular al de la Administración.

Como señalara acertadamente Leguina, calificar el sistema de objetivo «no significa en modo alguno que la culpa —sea de los agentes o sea objetivada en el funcionamiento anormal de los servicios públicos— haya desaparecido del campo de la responsabilidad extracontractual de la Administración»¹.

La intervención del profesor T.-R. Fernández quiso dejar claro que la cláusula de la responsabilidad objetiva había sido mal entendida, ya que lo pretendido originariamente por el legislador no era desplazar la responsabilidad por culpa, sino poner el foco en otro lugar, como es el patrimonio del dañado y no en la actuación del causante del daño. Nuestro sistema de responsabilidad, a su juicio, no pretende suplantar la responsabilidad por culpa, sino que la completa.

Las posturas diferirán a partir de aquí, puesto que, para un sector doctrinal, el mecanismo de la responsabilidad debería basarse en el requisito de la existencia de culpa en el actuar administrativo, siendo el funcionamiento anormal el título

¹ J. Leguina Villa (2007), «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *REDA*, 136, pág. 678.

básico de imputación, si bien podría dejarse abierto el sistema a algunos supuestos tasados de funcionamiento normal o sin culpa.

A esta idea también se oponía el profesor T.-R. Fernández, para quien relevar el sistema actual por uno basado en la culpa, al que se añadirían algunos supuestos de funcionamiento normal cuando el legislador así lo establezca y en los casos concretos que lo haga, constituiría un gran salto atrás.

Pero si la relevancia de la culpa no se discute por nadie, sí resulta más controvertida su inclusión en el ámbito de la antijuridicidad, como veremos un poco más adelante.

B) Tratar la objetividad del régimen de indemnización lleva inexcusablemente a las previsiones legales sobre el funcionamiento normal o anormal del actuar administrativo.

Así, puede decirse que hay unanimidad en que el funcionamiento anómalo de la Administración —como actuar negligente, incorrecto o ilegal— es y ha de ser el *locus* en el que situar la casi totalidad de los supuestos generadores de la obligación de indemnizar: constatado un funcionamiento anormal, el particular no tiene el deber jurídico de cargar con los daños producidos por la Administración. A este respecto, la *lex artis* en el importante ámbito del funcionamiento de los servicios sanitarios y los estándares exigibles establecidos o las cartas de servicios adoptadas pueden ayudar mucho a dilucidar cuándo se ha producido un anormal funcionamiento. Pero también hay que reconocer que tales instrumentos, a veces, no dejan de tener también un notable grado de indeterminación y, además, en algunos ámbitos son inexistentes, con lo que solo contaremos con el lábil y difuso principio de proporcionalidad.

No son supuestos tasados legalmente, pero también hay un consenso básico en que la Administración puede producir ciertos daños sin impericia ni anormalidad algunas que, así y todo, venga obligada a indemnizar. Estos casos se han identificado, fundamentalmente, con aquellos en los que se hubiera producido un sacrificio especial (un particular determinado sufre individualizadamente las consecuencias perjudiciales de una actuación beneficiosa para la comunidad) o en los que la Administración haya creado un riesgo específico que se hubiera materializado en un daño focalizado en un concreto patrimonio (en la ponencia del profesor L. Medina se encuadran con rigor ambos supuestos). Estos serían supuestos en los que, descartada la existencia de un funcionamiento anormal, el particular no tendría el deber jurídico de soportar el daño. Todo ello en el bien entendido de que no tendría que haber habido una asunción voluntaria del riesgo por parte del perjudicado, como ocurre en las prestaciones sanitarias que se desarrollan conforme a la *lex artis* (en la que hay que incluir el pertinente consentimiento informado, como así aparece, entre otras muchas, en la STS de 4 de junio de 2013, rec. 2187/2010). Y teniendo en cuenta, asimismo, que no hubiera una causa legal de exoneración como es «la ignorancia invencible del riesgo creado por la Administración» (Leguina), recogida actualmente en el art. 34.1 LRJSP con la

referencia al estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica (y que se introdujo, precisamente, con el objetivo de evitar algunos excesos producidos en indemnizaciones otorgadas por actuaciones sanitarias públicas).

En estos casos—y solo en ellos—, la «objetividad» de la responsabilidad se nos manifiesta en el sentido de que el sistema atiende al menoscabo patrimonial del afectado y no a la actuación de la Administración, que resulta indiferente que se haya desarrollado de una forma completamente diligente y acertada.

Así, pues, a pesar de que la dicción legal «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (ahora en el art. 32.1 LRJSP) pudiera inducir a confusión—esto es, a la equivocada interpretación de que da lo mismo cómo haya sido la actuación administrativa porque, al final, siempre se le puede imputar la lesión a la Administración (aspecto muy gráficamente resaltado por la magistrada I. Huerta en su intervención en el coloquio)—, conviene insistir en que no es una fórmula que lo abarque todo y que nos aboque a un sistema de pura causalidad (esto es, que producido un daño causado por la Administración esta siempre acabará pagando), sino que los ámbitos de aplicación del funcionamiento anormal y del funcionamiento normal son muy diferentes y en absoluto se sitúan en el mismo plano. Cosa que nunca debe olvidarse para una correcta intelección de la objetividad de nuestra responsabilidad patrimonial.

III. LAS DELICADAS CUESTIONES DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTO ANULADO Y DE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO

A) Afrontamos ahora una de las cuestiones más debatidas y que, aunque su planteamiento ya tiene más de dos décadas de antigüedad, aún no goza de suficiente consenso ente la jurisprudencia y la doctrina, estando también esta última dividida². Se trata de la conocida como «teoría del margen de tolerancia», que considera que, aunque un acto administrativo (o, en su caso, un reglamento) haya sido formalmente anulado, si en su adopción la Administración ha seguido un criterio razonado y razonable, no se ha producido la necesaria antijuridicidad y, por tanto, aquella queda exonerada de la obligación de indemnizar los daños que el acto administrativo hubiera podido producir.

B) La sentencia de cabecera de esta línea jurisprudencial es la STS de 5 de febrero de 1996 (rec. 2034/1993). Curiosamente, esta sentencia comienza proclamando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial y reniega expresamente, por dos veces, de la tesis del margen de tolerancia. También procede

² E incluso suscitado serias dudas en el seno del propio Consejo de Estado, como este reconoce paladinamente en su reciente Memoria de 2018 [Consejo de Estado (2019), *Memoria del año 2018*. Madrid, pág. 354.

indicar que esta sentencia viene con un radical voto discrepante, lo que pone de manifiesto que, desde un comienzo, la cuestión ya era polémica.

Resumidamente, la interpretación que realiza la Sala Tercera es que, en el ejercicio de la potestad discrecional, siempre que el acto administrativo se mantenga en unos márgenes de apreciación «no solo razonados sino razonables», aunque luego se anule jurisdiccionalmente, no existe daño antijurídico y, por tanto, no surge la obligación de indemnizar. Interpretación que esta misma sentencia extiende a la aplicación administrativa de conceptos jurídicos indeterminados, si bien añadiendo a la exigencia vista de racionalidad y razonabilidad el requisito de actuar «conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia». Y, finalmente, alguna otra sentencia posterior también ha aplicado esta construcción en algún caso de actos reglados, fundamentando la inexistencia de antijuridicidad en que 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 ejecuta» (así, por ejemplo, en la STS de 16 de febrero de 2009, rec. 1887/2007, y posteriormente en la STS de 21 de diciembre de 2017, rec. 3840/2015, donde se acepta explícitamente la doctrina del margen de tolerancia).

C) Veamos las razones que militan en favor de esta posición jurisprudencial, hoy parece que muy mayoritaria.

1ª) Las condiciones que se establezcan para que la Administración tenga la obligación de indemnizar deben ser más rigurosas en el caso de las actuaciones jurídicamente formalizadas (destacadamente, los actos administrativos) que en el caso de la prestación de servicios públicos porque, según alguna jurisprudencia, en este último caso la Administración crea unos riesgos de los que tiene mayor obligación de indemnizar (así, por ejemplo, recientemente, en la STS de 19 de junio de 2018, rec. 2006/2016).

2ª) También se argumenta con la existencia de una previsión, como es la contenida en el segundo apartado del art. 32.1 LRJSP, que dispone que la anulación de un acto o un reglamento no presupone *por sí misma* derecho a la indemnización. Por un lado, la introducción de una previsión legal específicamente destinada a estos supuestos permite considerar que los presupuestos pueden y deben ser distintos en la hipótesis de actos anulados que en otros supuestos. Y, por otro lado, su propia dicción literal estaría presuponiendo que puede haber actos anulados que no generan la obligación indemnizatoria en la Administración: unos actos anulados sí deberán ser indemnizados, pero otros actos no.

3ª) Finalmente, el más poderoso argumento es el que tiene que ver directamente con la antijuridicidad necesaria para que el daño sea resarcible. A este respecto, la ponencia del magistrado R. Fernández Valverde destaca que el deber jurídico de soportar en la actualidad se recoge tanto en el art. 32.1 como en el 34.1, ambos de la LRJSP; reduplicación y ubicación sistemática

que, a su entender, elevan este requisito a la categoría de principio general de la responsabilidad administrativa (no siendo ya un mero requisito). Es por aquí, entonces, por donde parece introducirse el elemento de la culpabilidad. En efecto, si *desde el punto de vista del particular* se dice, incluso legalmente, que tiene que tratarse de daños que no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley, para esta interpretación *desde el punto de vista de la Administración* actuante viene a significar que no concurre ningún título o causa de justificación, de tal manera que un actuar razonado y razonable —sin asomo, por tanto, de culpa o negligencia alguna— elimina *per se* la antijuridicidad.

Esta construcción «protectora» de la Administración sirve, según destaca expresamente la propia jurisprudencia, para evitar retrasos o demoras en el actuar administrativo que serían lesivos del interés general.

Valorando esta construcción, el magistrado R. Fernández Valverde destaca en su ponencia que ha resultado un mecanismo adecuado desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, de la justicia material y del enriquecimiento injusto.

D) La crítica a esta interpretación se basa, fundamentalmente, en el siguiente argumentario³:

1º) Con esta construcción, de manera más o menos explícita, el resultado es que la culpa se introduce como un requisito inexcusable, en contra de lo que es nuestro sistema de responsabilidad objetiva.

2º) El ejercicio de las potestades discrecionales —que, como se ha señalado, es el ámbito primigenio (aunque no sea el único) de aplicación de la teoría del margen de tolerancia—, va de suyo que ha de hacerse de una forma razonada y razonable; si no, la actuación administrativa resulta arbitraria. Y si un acto administrativo se anula es porque no había buenas razones jurídicas para su adopción. Dicho de otra manera: un acto administrativo, por muy discrecional que sea, no puede ser razonable y no conforme a derecho a la vez. Además, es muy grande el riesgo de que la Administración considere razonada y razonable cualquier motivación del acto perjudicial a efectos de rechazar la solicitud indemnizatoria, como ha reconocido el Consejo de Estado que sucede habitualmente⁴.

3º) Si el acto no es conforme a derecho no puede pretenderse que el particular afectado tenga el deber jurídico de soportar los daños. La ilegalidad constatada en la anulación conlleva la antijuridicidad del daño y por tanto

³ A estos efectos puede verse la nítida posición de T.-R. Fernández Rodríguez (2018), «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», *RAP*, 205, págs. 221 y ss.

⁴ *Memoria del año 2018*, cit. pág. 356.

su resarcibilidad. A estos efectos, el (actual) art. 48, d) del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana constituye una previsión legal incontestable.

4º) Asumido lo anterior, cuando se rechaza la solicitud de indemnización de un acto previamente anulado —aunque sea basándose en su razonabilidad, se insiste— se están ignorando las consecuencias que conlleva la sentencia anulatoria, lo que implica la conculcación de la cosa juzgada.

5º) En fin, esta interpretación da la espalda al segundo de los pivotes sobre los que se asienta el entero Derecho Administrativo, según la clásica elaboración de Hauriou: que la Administración actúe, pero que respete la ley; *que haga, pero que pague el perjuicio*.

E) El magistrado R. Fernández Valverde termina su ponencia preguntándose, en relación a este problema, qué diferencia hay, si es que existe alguna, entre: a) la construcción de la Sala Tercera, consistente en que la razonabilidad en el actuar administrativo excluye el deber de indemnizar y b) la exigencia de una violación suficientemente caracterizada del derecho de la Unión Europea que requiere el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como *condictio sine qua non* para que surja el deber de indemnizar por parte de las instituciones de la Unión Europea (luego extendida al incumplimiento del derecho de la Unión por parte de los Estados). La cuestión planteada requiere cierto detenimiento⁵.

Hay que reconocer, de entrada, que la similitud no es escasa. Así, resulta evidente que la exigibilidad de la constatación de una violación del derecho de la Unión Europea que sea suficientemente caracterizada —concepto que se identifica con una ilegalidad manifiesta y grave, como es sabido— está destinada también a reducir los supuestos indemnizatorios solo a aquellos casos en los que la ilegalidad de la actuación causante del perjuicio supere un cierto umbral que la haga intolerable. Además, el incumplimiento o ilegalidad debe suponer la conculcación de una norma cuyo objeto sea conferir derechos a los particulares (lo que restringe aún más las posibilidades indemnizatorias). Esta construcción del Tribunal de Luxemburgo también atendía, fundamentalmente, a los supuestos en los que las instituciones gozaban de una amplia facultad de apreciación, como eran las políticas de la Unión y, en especial, los actos normativos que impliquen opciones de política económica (por tanto, ámbitos de amplia discrecionalidad; aunque esta inicial focalización luego se extendió a todos los casos de conculcaciones del derecho de la Unión).

⁵ Para mayores precisiones sobre este conocido requisito de la indemnizabilidad elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede verse E. Guichot Reina (2012), «Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», en la obra colectiva dirigida por Beneyto y coordinada por Maíllo y Becerril, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, tomo V, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 427 y ss.

Lo ha formulado reiteradas veces el Tribunal General con meridiana claridad: la declaración de ilegalidad de un acto jurídico, por lamentable que sea esa ilegalidad, no basta para considerar que concurra el requisito para generar la responsabilidad de las instituciones de la Unión Europea (así, entre otras, la STG de 3 de marzo de 2010, as. *Artogodan c. Comisión*, T-429/05).

Asimismo, la finalidad perseguida también tiene algunas concomitancias con la esgrimida por la Sala Tercera, pues el Tribunal General la ha cifrado en evitar el riesgo de que, si la Unión tiene que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las personas interesadas, puede menoscabarse la capacidad de la institución europea de que se trate para ejercer plenamente sus competencias en vista del interés general (así, por ejemplo, en la STG de 14 de diciembre de 2018, as. *East West c. Comisión*, T-298/16).

Como se ve, traer a colación la construcción del Tribunal de Luxemburgo para apoyar la del Tribunal Supremo no está exento de buen sentido. Pero nuestras reflexiones a este respecto no pueden detenerse aquí, sino que una mayor profundización nos lleva a relativizar mucho el peso argumental de esta inicial similitud.

Así, en primer lugar, hay que recordar que esta elaboración jurisprudencial de la violación suficientemente caracterizada parte del (actual) art. 340 TFUE que, en materia de responsabilidad extracontractual de la Unión, la funda «en los principios generales comunes a los Derechos de los Estados»; esto es, un suelo que pueda considerarse no desconocido para los ordenamientos de los Estados miembros, con lo cual es evidente que el sistema generado —aunque conlleve conceptos propios y autónomos del derecho de la Unión Europea— no podía ser tan exigente como para resultar ajeno a algunos Estados y, por lo tanto, tenía que tender a la baja. Origen y condicionamiento normativos, por tanto, que no son en absoluto similares a los de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Pero es que, además, dentro del propio Tribunal de Justicia se han alzado autorizadas voces que consideran el sistema de responsabilidad basado en el requisito de la violación suficientemente caracterizada como «insatisfactorio, demasiado riguroso e insuficientemente protector del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo», considerando que la jurisprudencia que lo consagra establece «criterios tan restrictivos, especialmente en relación con la ilegalidad del comportamiento imputable a las Instituciones, que dificulta extraordinariamente la condena de una Institución comunitaria a la indemnización del daño»⁶. Con lo que tampoco parece que esto deba animarnos a un seguidismo precipitado, a la vista de las consecuencias que nos puede deparar en el orden interno.

⁶ Citas literales extraídas, respectivamente, de las conclusiones presentadas por el abogado general Léger el 20 de junio de 1995, en el as. *Hedley Lomas*, C-5/94, y de las conclusiones presentadas por el abogado general Tesauo el 28 de noviembre de 1995, en el as. *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46/93 y 48/93.

En segundo lugar, es incontestable que el ámbito de la actuación «administrativa» de las instituciones de la Unión Europea es muchísimo menor cuantitativamente y muy diferente cualitativamente del de nuestras Administraciones públicas. Con lo que cualquier operación de mimesis en el ámbito del sistema de responsabilidad patrimonial de nuestras Administraciones públicas debe ser muy bien meditada.

En cualquier caso, conviene advertir que las exigencias del derecho de la Unión Europea no van precisamente por rebajar las condiciones existentes en cada Estado cuando se aplica el derecho de la Unión, sino que expresamente dice el Tribunal de Justicia que, si los Estados tienen un sistema de responsabilidad extracontractual con requisitos menos estrictos, son estos los que deben aplicarse y no los genéricamente establecidos por la jurisprudencia luxemburguesa para todos los Estados. Así, pues, si en su conjunto el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración es menos restrictivo que el sistema europeo basado en la violación suficientemente caracterizada, el propio derecho de la Unión Europea es el que exige la aplicación del primero con desplazamiento del segundo, obviamente en los casos de daños producidos en el ámbito de aplicación del derecho supranacional.

Y para los casos en los que no resulta de aplicación el derecho de la Unión Europea «importar» la exigencia restrictiva de la violación suficientemente caracterizada, además de su idoneidad, también puede presentar algún problema jurídico de entidad: 1º) Si se pretende incorporar por vía pretoriana, eso significará, probablemente, acentuar las dificultades de aceptación que ya presenta la teoría del margen de tolerancia con nuestro tradicional sistema de responsabilidad objetiva. 2º) Si se pretende incorporar por vía legal, podría topar con la eventual resistencia del Tribunal Constitucional, que en su STC 112/2018, de 17 de octubre —y a la que tanta atención le han dedicado las cuatro ponencias—, ha dicho lo que ha dicho sobre la responsabilidad objetiva de la Administración, con la restricción (¿excesiva?) que de ahí parece haber deducido para su configuración por el legislador.

F) Abordar si o cuándo procede indemnizar por un daño causado por una actuación administrativa formalmente declarada no conforme a Derecho y, en consecuencia, anulada definitivamente, nos enfrenta derechamente a la cuestión de la antijuridicidad. Este aspecto resulta decisivo porque hay coincidencia en que es aquí donde pone el foco nuestro sistema de responsabilidad patrimonial administrativa

Es claro y compartido legal, jurisprudencial y doctrinalmente, que el requisito de la antijuridicidad —para que el daño se convierta en lesión a resarcir por la Administración— se integra en la fórmula legal de la inexistencia en el particular del deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley. Pero a la hora de atribuir un significado preciso a esta fórmula surgen diferencias que, a la postre, parecen irreconciliables.

Así, según una interpretación, para advenir si existe un deber de soportar el daño debemos contar con un respaldo legal que así lo recoja. Si este respaldo resulta inencontrable, la antijuridicidad es indubitada y el mero daño se transforma en lesión resarcible, corriendo la obligación reparatoria a cargo de la Administración pública.

Según la otra interpretación, ese desplazamiento del daño solo se produce si no hay una causa legal que justifique esa concreta actuación administrativa. A estos efectos, si la actuación se ha desarrollado sin descuido o impericia algunos por parte de la Administración, existe una causa legal que elimina la antijuridicidad y, en consecuencia, justifica que la reparación no corra a cargo de esta.

Contrastando las dos interpretaciones, la primera supone que, atendiendo solo al particular dañado, la ilegalidad de la actuación administrativa impone la inexistencia del deber jurídico de cargar con el menoscabo patrimonial. La segunda supone que, atendiendo solo a la Administración causante del daño, si su actuar ha entrado dentro de los márgenes de lo razonablemente exigible —aunque luego no haya sido jurisdiccionalmente respaldada—, aquella no tiene la obligación de indemnizarlo, por sobrentenderse que quien se relaciona (voluntariamente o no) con la Administración tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias de una actuación suficientemente diligente y cuidadosa.

Dicho de otra manera, si ponemos la atención en el *resultado* de la actuación jurídica de la Administración, siempre que sea declarada no conforme a derecho implica la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño por parte del perjudicado. Si ponemos la atención en la *actividad* desarrollada por la Administración, cuando se ha desarrollado con el exigible cuidado —y aunque luego haya sido anulada, se insiste— la Administración sí tiene un título justificativo o exonerante y, en consecuencia, es el particular quien tiene el deber de soportar el daño.

Si este planteamiento es correcto, ello significa: o el actuar luego declarado ilegal implica *per se* la inexistencia del deber de soportar el daño o el actuar suficientemente razonable y diligente comporta el deber de soportarlo. *Tertium non datur*. Y este es el dilema que, sin ulteriores mistificaciones, debe afrontarse.

IV. ¿UN SISTEMA GLOBAL Y COHERENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS?

A) En diversas ponencias e intervenciones posteriores se ha planteado la deseable coherencia del sistema de responsabilidad patrimonial tanto de las Administraciones públicas como, más ampliamente, de *todos* los poderes del Estado.

Por lo que al primer aspecto se refiere, la intervención del profesor (y exmagistrado) J. Suay llamaba la atención sobre el dato de que, además de la constitucionalización de la reparación administrativa como derecho, en el art. 106.2 CE, el art. 149.1, 18º CE encomienda al Estado la elaboración de un *sistema* de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Dato relevante, sin duda,

aunque es muy posible que la deseable unicidad del sistema solo se pueda conseguir a partir de un elevado grado de abstracción, puesto que siempre hay que atender tanto a las circunstancias concretas en las que se desarrolla la actividad de la Administración como al daño producido. En este sentido, por ejemplo, no encaja de la misma manera el daño que origina una prestación material (prototípicamente, la sanitaria) que una actuación jurídicamente formalizada (como puede la aprobación de instrumentos de planificación urbanística). Es más, el cauce para la exigencia de la indemnización es también diferente: en el primer caso, un previo procedimiento administrativo (en la gran mayoría de los casos, iniciado a instancia de parte *ex art.* 67 LPAC; la excepción en el art. 65 LPAC); en el supuesto de una actuación jurídica, se requiere la previa anulación firme del acto o del reglamento y, tras ella —en el mismo proceso o en otro procedimiento subsiguiente— la actualización de la pretensión indemnizatoria [art. 119.1 LPAC; art. 32.1, segundo párrafo LRJSP; y arts. 31.2 y 71.1, *d*) LJCA].

Nadie puede negar la conveniencia de reglas y principios comunes que hagan que el marco legal funcione lo más consistente posible, pero todo ello sin perjuicio de la necesaria diversificación en el análisis de las circunstancias de las que parte cada acción indemnizatoria.

B) Por lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial de los otros poderes públicos que no son las Administraciones encuadradas en el Ejecutivo, sería muy deseable también la mayor coherencia posible, puesto que, en todos los casos, el mecanismo está al servicio de la misma causa. Es más, en cuanto al derecho de daños se refiere, hay un tronco común que viene, como es sabido, del derecho privado que, en su momento, tan bien vino para acabar con la exoneración de la responsabilidad de la Administración, como destacó el profesor E. García de Enterría (en argumentación y oportuna cita que recoge la ponencia del magistrado C. Romero). Y a estos mismos efectos también se podría recordar, en el ámbito supranacional, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la hora de dilucidar si también generaba la responsabilidad patrimonial del Estado el incumplimiento del derecho de la Unión Europea causado por su legislador, para responder afirmativamente asumió como «protoprincipio» o principio elemental común a todos los ordenamientos de los Estados, que «una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado»⁷.

Nuevamente advertimos la tensión entre un fondo común y las imprescindibles especialidades que nos presenta el derecho público, de las que tampoco podemos prescindir.

⁷ STJ de 5 de marzo de 1996, as. *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46/93 y 48/93. Sin perjuicio de que este principio luego no vaya a tener carácter absoluto, sino que solo se generará derecho a indemnización cuando tal incumplimiento dañoso —como hemos visto *supra*— consista, precisamente, en una violación suficientemente caracterizada de una norma del derecho de la Unión destinada a conferir derechos a los particulares.

En fin, esa impetrada coherencia en la responsabilidad patrimonial de todos los poderes públicos del Estado no puede prescindir, en ningún caso, de los referentes constitucionales existentes. Así:

- a) Para la responsabilidad del legislador, como es sabido, no existe un precepto constitucional que contemple, específicamente, este supuesto, sino que, para el caso de las leyes inconstitucionales (que es el más relevante), la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido quien ha construido sus líneas básicas —asumidas luego, en buena parte, en el art. 32.3 LRJSP—, considerando que su fundamento constitucional se encuentra en el art. 9.3 CE⁸.
- b) Para la responsabilidad en el ámbito de la Justicia, tenemos el art. 121 CE, desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece como títulos diferenciados el error judicial, la prisión provisional indebida y el *funcionamiento anormal* de la Administración de Justicia.
- c) En fin, para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tenemos el conocido art. 106.2 CE.

Por lo tanto, la coherencia es deseable, pero los referentes constitucionales diferenciados están ahí y no podemos prescindir de ellos aunque resulten preceptos poco precisos y sean amplios los márgenes que permiten su desarrollo por el legislador. Destacado esto, podemos avanzar alguna reflexión más.

Como ya se ha señalado, la responsabilidad patrimonial por ley inconstitucional es una creación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, además, ha rechazado conscientemente que pudiera exigirse cualquier otro requisito además de la pura inconstitucionalidad (material o formal). Sin embargo, para la responsabilidad por leyes incompatibles con el derecho de la Unión siempre ha requerido que la contradicción con este sea suficientemente caracterizada⁹. La asunción, con ciertos matices, de esta construcción jurisprudencial por parte del legislador de 2015, cuando regula por primera vez la responsabilidad del legislador (mejor, los legisladores) por los daños producidos por

⁸ Por ejemplo, en la STS de 2 de junio de 2010, rec. 588/2008. Según un esquema argumental que ha utilizado también para establecer la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional (STS de 26 de noviembre de 2009, rec. 585/2009) y del Defensor del Pueblo (STS de 27 de noviembre de 2009, rec. 603/2007).

⁹ «La responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales no exige, en principio, hacer ninguna valoración sobre la gravedad de la infracción de la Constitución», mientras que «la responsabilidad del Estado por violación del derecho de la Unión Europea tiene entre sus condiciones, como es bien sabido, que dicha violación sea suficientemente caracterizada» (STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 390/2012). Para una mayor profundización puede consultarse E. Cobrerros Mendazona (2015), «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *RAP*, 126, espec. págs. 46 y ss.

la aplicación de leyes inconstitucionales y de leyes incompatibles con el derecho de la Unión Europea, de la manera diferenciada como lo ha hecho, es más que posible que, en breve, nos cause un disgusto en Luxemburgo, porque el pasado 24 de junio la Comisión Europea, en la privilegiada legitimación que ostenta, ha demandado a España en un recurso por incumplimiento (asunto C-278/20), en relación con los arts. 32.3 a 6 y 34.1, segundo párrafo LRJSP y art. 67.1, párrafo tercero LPAC, por su posible conculcación de los principios de equivalencia y efectividad. Una eventual sentencia estimatoria, declarativa del incumplimiento, obligará a modificar las previsiones legales afectadas y, hasta tanto, a una no fácil inaplicación (al menos) judicial de la parte declarada contraria al derecho supranacional, por exigencias del principio de primacía. Aunque al Tribunal de Luxemburgo solo le interesa la regulación que afecta al incumplimiento del derecho de la Unión, lo va a enjuiciar en relación o contraste con la regulación «interna», por el principio de equivalencia. Y si se declara el incumplimiento, habrá que modificar la regulación de la responsabilidad por leyes inconstitucionales (para «endurecerla») o la de la responsabilidad por leyes incompatibles con el derecho de la Unión Europea (para rebajar algunos de sus requisitos)... o ambas a la vez. Como se advierte de inmediato, un panorama cargado de incertidumbre.

Respecto de la responsabilidad por error judicial —a los efectos que aquí interesan se puede prescindir de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia—, también es de sobra conocido que, ante la ausencia de concreción alguna en la Constitución e incluso en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la interpretación del propio concepto «error judicial» ha corrido íntegramente a cargo de las seis salas del Tribunal Supremo, que lo han connotado de manera muy restrictiva —puesto que solo lo es un yerro judicial palmario, patente, incontestable...— y predicable únicamente de la resolución judicial firme y definitiva, tras haber agotado toda la escala de recursos. Solo con estos requisitos de gravedad y solo para la última sentencia (que se indemniza, pero que queda incólume) está prevista la reparación. Si trasladásemos aquí el debate sobre la antijuridicidad necesaria para que el daño adquiera la condición de lesión resarcible, podríamos plantearnos, teóricamente, dos cuestiones: 1ª) ¿Debería ser necesario mantener tal grado de «insoportabilidad» del error (declarado por la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, que es la garantía para preservar la independencia judicial), para que la resolución judicial sea indemnizable? 2ª) ¿Debería prescindirse de considerar irrelevantes los daños producidos por sentencias que han resultado anuladas por un órgano jurisdiccional superior; daños que la nueva sentencia que deja sin efecto la recurrida puede ocurrir que no sirva para repararlos en muchos aspectos¹⁰?

¹⁰ Adviértase de la existencia, al respecto, de un precepto que nos resulta ya conocido, como es el art. 292.3 LOPJ («La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización»). Sin embargo, tal previsión ha resultado completamente «desactivada» por el requisito establecido en el artículo siguiente [(«No

Tratando, en fin, de la responsabilidad de todos los poderes públicos, con vendría plantearse la idoneidad de su actual regulación en el art. 32 LRJSP, que inaugura un capítulo, el IV, titulado «De la responsabilidad de las Administraciones Públicas». Es cierto que la petición indemnizatoria, sea cual sea el poder público que ha causado el perjuicio, se articulará, en último término, ante la Administración pública y será esta la que lo haga efectivo al particular; y también es, hasta cierto punto, lógico e inevitable que la responsabilidad de los otros poderes públicos del Estado se haya visto muy influenciada por la de la Administración, que estaba ya muy experimentada y proporcionaba cierta seguridad. Pero incrustar la responsabilidad del legislador o del propio Tribunal Constitucional entre artículos (e incluso apartados del propio art. 32 LRJSP) dedicados a la responsabilidad de las Administraciones públicas *stricto sensu*, no parece una solución muy acertada. Máxime cuando eso se hace tan recientemente. En el caso de la responsabilidad judicial, al menos se limita (art. 32.7 LRJSP) a una remisión a la regulación sustancial contenida desde 1985 en su propia Ley Orgánica. Pero, en el caso de la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional por funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad¹¹, resulta aún más llamativo puesto que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no aparece ni una sola mención a esta responsabilidad.

procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieran agotado previamente los recursos previsto en el ordenamiento», art. 293.1.f) LOPJ], al interpretarse que la única resolución judicial resarcible es la producida en la sentencia que resulte firme y definitiva —como se ha indicado en el texto— y no por ninguna anterior, en jurisprudencia que viene de muy antiguo (ya, por ejemplo en dos SSTS, Sala Cuarta de 10 de junio de 1987, ponente de ambas Tuero) y que considera el resarcimiento patrimonial como subsidiario de cualquier otro modo de reparación, como es el anulatorio que se puede obtener por vía del recurso procesal procedente. Y así, recientemente: «iniciar un procedimiento específicamente destinado a declarar el error judicial no tiene sentido cuando la equivocada apreciación de los hechos o aplicación del derecho puede aún ser remediada dentro del proceso» (STS, Sala Tercera, de 18 de junio de 2020, rec. núm. 39/2019, la cursiva está añadida). De tal manera que, en coincidente interpretación del Consejo de Estado, «si la decisión judicial es revocada o corregida a través de los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento, no genera la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial» (Dictamen de 16 de noviembre de 2017, ref. 737/2017).

¹¹ Que se introdujo de apresurada manera en la LRJPAC en 2009 (a raíz de la STS de 26 de noviembre de 2009 ya citada) por medio de una enmienda en el Senado al Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial que, como de inmediato se advierte, no tiene nada que ver con la cuestión. Para una mayor profundización puede consultarse E. Cobreros Mendazona (2010), «El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», *RVAP*, 87-88, págs. 295 y ss.