



doctrina

El lucro cesante en la responsabilidad patrimonial de los poderes publicos: una perspectiva jurisprudencial (la indemnizacion en las decisiones judiciales, algo mas que el azar¹)

Arturo González Quinzá

Abogado y Doctor en Derecho
Profesor Derecho Administrativo U. San Pablo CEU

SUMARIO

I.- INTRODUCCION (OBJETO Y MÉTODO)

- 1.- “El color del dinero”.
- 2.- Funcionamiento anormal, normal...y estado de alarma.
3. Nueva retorica (aproximación jurisprudencial).

II.- IMPRESIONES DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA.

- 1.- Presentacion.
- 2.- Consideraciones desde un punto de vista puramente cuantitativo.
- 3.- No siempre se gana.
- 4.- Reflexiones procesales y sustantivas.
 - A.-prueba y ejecucion de sentencia.
 - B.- qué hace ganar, para saber como calcularlo.
- 5.-Posicion (bifronte) de las aseguradoras.

III.- CATALOGO DE SENTENCIAS ANALIZADAS.

A.- Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: de robos de vehículos estacionados, inundaciones, incendios, árboles, caídas en vía pública, y un largo etcétera.

INUNDACION.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6238)

INCENDIO.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5917)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 abril de 2018 (JUR 2018\166046)

ROBO DE VEHICULO ESTACIONADO EN PARKING PUBLICO.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015/258290)

CAIDA VIA PUBLICA.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de septiembre de 2019 (JUR 2020/6063)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26 enero de 2017 (JUR 2017\209427)

CAIDA DE ARBOL.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2016 (JUR 2017/26982)

AGRESION DE UN PRESO DE PERMISO

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 enero de 2016 (JUR 2016\33338)

EFFECTO DE UNAS OBRAS PUBLICAS SOBRE OTRAS INSTALACIONES.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2019 (RJCA 2020/172)

B.- Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: de anulación de resoluciones, dilación en su adopción, cambios de criterio, normas o actos que inciden en la situación de terceros.

DETENCION ILEGAL.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 enero de 2016 (JUR 2016\36358)

PRISION PREVENTIVA.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018/5697)

EXPULSION DE EXTRANJERO.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2019 (RJCA 2019/59)

RETIRADA DE PRODUCTO.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015 (RJ 2015/3133)

ERROR JUDICIAL.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (RJ 2020/2480)

ANULACION DE ACTOS.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2016 (JUR 2016/226333)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019/207579)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de enero de 2018 (RJCA 2018/1)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de octubre de 2015 (JUR 2015/268588)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 23 de mayo de 2018 (JUR 2018/302089)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2015 (RJ 2017/2991)

ANULACION NORMAS SUBSIDIARIAS.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2015 (RJ/2016/42)

ANULACION/INFRACCION DERECHO COMUNITARIO (responsabilidad Estado legislador)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de octubre de 2019 (JUR 2020/56975)

DENEGACION DE CONCESION

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 8 de abril de 2015 (JUR 2016/1964) Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2013 (RJ 2014/124)

CANCELACION ERRONEA ASIEN TO REGISTRAL.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de enero de 2015 (JUR 2015/40221)

DILACIONES (de la Administración)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 (RJ 2016/1221)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6403)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 13 de diciembre de 2018 (RJCA 2019/535)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 14 de noviembre de 2019 (JUR 2020/59638)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 7 de octubre de 2016 (JUR 2016/239311)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de junio de 2015 (JUR 2015/202115)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de abril de 2015 (JUR 2015/149382)

DILACIONES INDEBIDAS (JUDICIAL)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6032)

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2017 (JUR 2017/310153)

IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION/CAMBIO PLAN.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2015 (RJ 2015/934)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 13 de mayo de 2016 (JUR 2016/267471)

LIMITACION SINGULAR DERIVADA DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2018 (RJ/2018/5127)

PROHIBICION LEGAL Y CONSECUENCIAS DAÑOSAS.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 diciembre de 2019 (RJ 2019\4868)

NULIDAD CONTRATO.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2018 (RJCA 2018/1227)

I.- INTRODUCCION (OBJETO Y MÉTODO).

1.- “EL COLOR DEL DINERO”.

- Con sincrética ironía, GARRIDO FALLA²,

¹ Son muchos los estudios que, desde la Teoría General del Derecho, intentan aproximarse al núcleo de la decisión judicial como elemento clave de la interpretación de las normas, la construcción de un genuino Estado de Derecho, pero también desde el punto de vista de la “predictibilidad” de tales decisiones. La aparición y vertiginoso desarrollo de la aplicación de la “Inteligencia Artificial” (AI) a este ámbito no hará sino incrementar el interés por estos estudios. Permítase simplemente dejar reseñados, entre otros muchos, ASIS ROIG, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento. Ed. Marcial Pons, Madrid. 1995; GARRIDO GOMEZ, María Isabel “La predictibilidad de las decisiones judiciales” Revista Ius et Praxis, 15/2009, e incluso la aproximación que dice emplear aspectos propios de la psicología, de NOVO, M, ARCE, R y Jölluskin, GS “La disparidad en las decisiones judiciales” -pgs. 171 y siguientes- dentro de la obra, Jueces: Formación de juicios y sentencias. Editorial Universitaria, Granada 2003; también de NOVO, M y ARCE, R. ahora con FARIÑA, F “Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales” Psychothema, Vol. 14, núm. 1/2002 (donde explican el método empleado para seleccionar un tipo de sentencias concreto -fechas, jurisdicción y ámbito territorial- para elaborar un estudio sobre algún concreto aspecto de las decisiones adoptadas en las mismas), y concluir, con la misma perspectiva, con la mención de “Razonamiento jurídico y toma de decisión. Breves notas acerca de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial” (Lionetti de Zorzi, Juan Pablo) http://universitas.idhbc.es/n03/03-02_lionetti.pdf, incluso para recordar con él al autor y la cita con la que comienza su trabajo en el que trae a colación unas palabras de Miguel de Unamuno, extraídas de su obra, “Del sentimiento trágico de la vida”, “Hegel -dice Unamuno- hizo célebre su aforismo de que todo lo racional es real y todo lo real racional; pero somos muchos los que, no convencidos por Hegel, seguimos creyendo que lo real, lo realmente real, es irracional, que la razón construye sobre irracionalidades”.

² GARRIDO FALLA, Fernando, “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma

gustaba de afirmar que la fórmula legal según la cual “serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar” es la mas rotunda tautología de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Cabrá dejar al lector el sustituir la referencia a la figura retórica (tautología) por la forma más llanamente española que imagine, pero ello no evitará que, una y otra vez, haya que acudir a la acuñada expresión legal, arraigada y en modo alguno carente de significado, por mas que -como buena “petición de principio”- al intentar definir algo, no haga sino tender a dibujar un círculo, un eterno retorno al origen de la cuestión: ¿qué es indemnizable?, cuestión especialmente compleja teniendo en cuenta que la Administración estará obligada a indemnizar cuando el daño sea consecuencia tanto del “funcionamiento normal como anormal”.

Las próximas páginas no pretenderán responder a dicha cuestión nuclear, sino que -mas humildemente- se dedicarán a describir una derivada de ella, haciéndolo desde una perspectiva concreta, la respuesta de los Tribunales.

Mas que hablar de ¿qué es indemnizable?, se hará de “¿a cuánto puede ascender la indemnización?”³ Es decir, se trata de conocer

legislativa” Revista española de Derecho Administrativo num. 94/1997.

³ Téngase en cuenta la parquedad con que se refiere a ello la Ley 40/2015, artículo 34, “2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas

la posición de la reciente jurisprudencia sobre las posibilidades de obtener una indemnización que abarque -en clásica expresión dual- el lucro cesante, y no solo, el daño emergente, como manera para intentar comprender en qué casos cabe esperar obtener una indemnización de la Administración, así como y cuanto puede representar, en el monto total de la indemnización, la partida de lucro cesante.

Siendo el punto de vista adoptado el de la solución a los problemas por los tribunales, y tratándose sobre responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, la consecuencia es un inevitable casuismo, que -como la vida misma- siempre se resiste no ya a la clasificación sino incluso a la mera enumeración con cierto ánimo de exhaustividad.

2.- FUNCIONAMIENTO ANORMAL, NORMAL ... Y ESTADO DE ALARMA.

Si cualquier estudio jurisprudencial de la responsabilidad civil es indefectiblemente⁴, tanto o más cuando lo que resulta más marcado cuando de lo que se trata es de la responsabilidad patrimonial de las administraciones (poderes) públicas, pues a muchos de los elementos a los que tiene que atender, se añade la peculiar circunstancia de que estas Administraciones/Poderes

aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social. 3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas. 4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

4 El pretorianismo de la construcción de la responsabilidad civil se puede comprender tanto a partir del estudio de sus orígenes en el Derecho Romano (VIDAL RAMIREZ, F. "La responsabilidad civil" Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Pontificia del Perú, número 54/2001), como en el giro a su moderna construcción hacia posiciones más objetivas (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis.- "Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual" AFDUAM núm. 4/2000, que trae a colación el giro provocado por la ley y la jurisprudencia francesa consecuencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1896).

públicos responden (ofrecen una garantía patrimonial de carácter indemnizatorio), tanto en casos de funcionamiento anormal como en (determinados) supuestos de funcionamiento normal⁵

Resultando "mas natural", mas fácilmente comprensible, el que la compensación provenga de un funcionamiento anormal, aunque al formular la ecuación se intente buscar distancia con la vieja responsabilidad aquiliana, fijando el vínculo en un elemento objetivo, la relación causal, en casos de anormalidad, el otorgar o no la indemnización, es fácil que lleve a esa impresión que puede ser calificada como de "reverdecimiento de la culpa"⁶.

5 En paradigmática expresión, "la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa ... a partir del principio objetivo de garantía patrimonial de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate. Estas causas de justificación han de ser expresas para que puedan ser estimadas y deben consistir siempre en un título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado... fuera de estas hipótesis, todo perjuicio o minoración patrimonial imputable a un ente público (sea o no lícita la acción que lo causa...) será una lesión, un perjuicio objetivamente injusto, esto es, no expresamente justificado, que por razón de su misma antijuridicidad objetiva tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento" E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, vol. II. Ed. Civitas, 1993, pgs.373-374.

Véase también, desde la perspectiva de la imputación, GAMERO CASADO, E y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico de Derecho Administrativo. Ed. Tecnos, 2016* pgs. 711 y siguientes, en las que incluye un cuadro que diferencia tres criterios, el objetivo en sentido estricto, el denominado objetivo circunstancial y el culposo.

6 Véase el tan agudo como crítico trabajo de Marcelo J LOPEZ MESA "El reverdecer de la culpa como elemento de la responsabilidad civil" (en "Realidades y tendencias del Derecho civil del siglo XXI" <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=1020>), que comienza con su referencia a Mariano ALONSO PEREZ sobre los tiempos de postcodificación que nos tocan vivir, con lo que ello supone de dispersión normativa, de "ruptura del orden" -se dice- en el que, según el autor, "una de las manifestaciones de este caos jurídico es, en materia de responsabilidad civil, el reinado de la ideología de la reparación y otros peligros, a impulsos de dicha ideología, la pretensa supresión de varios de los presupuestos de la responsabilidad civil, el imperialismo del daño como única pauta por considerar y el ocaso de la culpa, como fundamento del deber de indemnizar". A partir de esa afirmación, el autor desgana las razones para la supervivencia (y aún, mayor relevancia) de la culpa como razón de ser de un sistema de responsabilidad civil, afirmando que "ello implica un reverdecer de la responsabilidad civil y de la culpa, como punta de lanza de ella, que lejos de sucumbir se muestra todavía idónea para cumplir su papel" y añade "la responsabilidad civil es lo que es y no puede sustituirse en algo incompatible con lo que siempre ha sido. Evolución no es ruptura con los orígenes...".

Es de estos casos de los que se ocupa mas habitualmente la jurisprudencia, siendo quizá estadísticamente menos habitual el que se susciten ante los Tribunales supuestos de funcionamiento normal indemnizable⁷, aunque

7 SANTAMARIA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo* Vol. II, Ed. Ceura, 1999) se refiere a la responsabilidad patrimonial como consecuencia del “funcionamiento normal” apuntando certeramente que “produce mayor desasosiego aún”, para acto seguido explicar en qué no y en que sí consiste: “pero está claro que no significa que la Administración deba indemnizar en cualquier caso, incluso cuando su actividad hubiera respetado estrictamente los antes citados estándares de calidad y rendimiento. Antes bien, significa dos cosas: de una parte hace alusión a los supuestos de responsabilidad por riesgo... y de otra, hace referencia a los supuestos de responsabilidad por enriquecimiento sin título de la Administración, en los que esta obtiene un beneficio cualquiera, tanto positivo como negativo... como consecuencia de un daño o disminución patrimonial producidos a un tercero... a quien realiza sin contrato una actividad para la Administración” (pg. 482-483)

Al respecto de la responsabilidad por “funcionamiento normal”, cítese también GARRIDO MAYOL, Vicente. “El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial y el funcionamiento normal de los servicios públicos” Revista Española de la Función Consultiva. Núm. 1/2004, que menciona supuestos de ello, aludiendo a los casos del llamado “daño desproporcionado”, el ejercicio del *ius variandi*, lo que describe como “el riesgo creado”, los casos derivados de la acción de la policía y otros servicios de emergencia, así como los derivados de la realización de obras públicas, apartado éste en el que, con la cita de diversos Dictámenes y Sentencias intenta avanzar en la comprensión de que en supuestos es o no procedente la indemnización. Sería fácil la cita de aquellos casos en que la reclamación deriva de la pérdida de valor de una finca, o de las dificultades, e incluso imposibilidad, de desarrollo de una actividad empresarial (sea un restaurante, una gasolinera o un concesionario de vehículos), pero, el artículo mencionado lo firma un valenciano, y estas líneas las escribe otro valenciano, de modo que resulta irresistible traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de abril de 2003, que acoge la indemnización solicitada por el propietario de un huerto de naranjos que no pudo llevar a cabo las tareas de cultivo y recolección de la cosecha como consecuencia de la construcción de una vía, debiendo además el Ayuntamiento construir una rampa.

Igualmente se refiere a la responsabilidad derivada del funcionamiento normal, LOPEZ CANDELA, Javier. “El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal con especial mención al sector sanitario” núm. 15/2008, que termina su trabajo con una reflexión de clara voluntad restrictiva, y que no sobraría transcribir. El autor, Magistrado de la Audiencia Nacional, dice: “por último, no debemos olvidar los efectos nocivos que la aplicación de la responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario puede conllevar en cuanto al coste de los servicios, el progreso de la medicina, así como de la aplicación de una “medicina defensiva”, bienes jurídicos que no pueden considerarse en modo alguno irrelevantes” (véase también, ATIENZA NAVARRO, María Luisa.- “Acerca de la conveniencia de que la administración responda objetivamente de los daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos” Revista de Derecho Privado núm. 85/2001

quizá son estos aquellos que aparentemente remiten mas claramente al principio según el cual, “serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar”. Buena parte de su comprensión resulta de vincularlo con otro de los muy específicos requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la individualización del daño, lo que lo aleja de las cargas comunes de la vida social, en la medida en que se concreta, si individualiza, incluso aunque fuera por cuanto supone de exceso en la carga impuesta, singularizándola.

Atravesando este singular año 2020, la indemnización derivada de funcionamiento normal, o -incluso- de mero mandato legal, obliga a la cita de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio⁸, cuyo artículo 3,2 establece que “quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”, supuesto al que se refiere Eva María NIETO GARRIDO⁹ explicando que su justificación no es otra que la de compensar el sacrificio especial sufrido en aras del interés general, no siendo el único supuesto indemnización de configuración legal (en el sentido de la STC 85/2019)¹⁰.

8 Sobre el estado de alarma, véanse las SsTC83/2016 y 40/2020.

9 <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2928-La-indemnizacion-de-danos-o-perjuicios-causados-por-las-medidas-adoptadas-durante-el-estado-de-alarma.aspx>. El mencionado trabajo cita otro, cuya consulta también resulta de interés, DOMENECH PASCUAL, G. “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del Covid-19” El Cronista del Estado Social y Democrático núm. 86-87, abril 2020.

10 En el mencionado trabajo, la autora cita también lo previsto en el artículo 3,2 del Decreto Legislativo 1/2006, de la Comunidad de Madrid (daños causados para evitar la propagación de incendios), o artículo 7,2 de la Ley Orgánica 40/2015 (daños causados por la policía a personas distintas del delincuente, con motivo de las labores para evitar o corregir el delito, o detener al delincuente).

Conviene en todo caso, dejar sentado que no deben confundirse estos supuestos indemnizatorios de configuración legal, casos en que la ley contempla derecho a percibir indemnizaciones, no ya para compensar las consecuencias de una medida adoptada en defensa del interés general, y que provoca especial daño en algunos miembros de la misma, con aquellos en que la indemnización se prevé legalmente por razones de solidaridad, casos en los que no existe en modo alguno causa que permitiera imputar el daño a la Administración, pero que sin embargo, en atención a esa razón de solidaridad (propia de un Estado



Excede del objeto de este trabajo el examen, siquiera tangencial, de la cuestión, cuyo debate aún se encuentra en ciernes, y que requiere estudio diferenciado según se trate de las distintas declaraciones de estado de alarma, de las distintas decisiones adicionales de las diversas administraciones autonómicas, y de lo que respecto de cada una de ellas vayan decidiendo los tribunales, comenzando por el Tribunal Constitucional. Valga respecto dejar anotada la obligada la cita del -casi literalmente-monumental trabajo de BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000) así como los diversos *post* que ha dedicado a la cuestión el profesor y abogado, JOSE LUIS VILLAR EZCURRA¹¹

Obviamente, en estos casos, como se apuntaba líneas atrás, dado el carácter normal de la conducta que genera la imputación¹², el

social y democrático) se contempla el pago de cantidades, por ejemplo, víctimas de terrorismo.

¹¹ Fuerza mayor y responsabilidad por el COVID-19, de 2 de mayo de 2020 (<https://hayderecho.expansion.com/2020/05/02/fuerza-mayor-y-responsabilidad-por-el-covid-19/>) y COVID-19, cisnes negros y responsabilidad de los poderes públicos” de 6 de agosto de 2020 (<https://hayderecho.expansion.com/2020/08/06/covid-19-cisnes-negros-y-responsabilidad-de-los-poderes-publicos>)

¹² No se olvide que lo dispuesto en el artículo 3,2 de la Ley Orgánica de 4/1981, vincula la indemnización con el estado de alarma, al escribir estas líneas se encuentra aún pendiente de resolver la impugnación de dicha declaración del estado de alarma, y -aunque distinto- por extensión también pueden introducir significativas variables, los pronunciamientos de los Tribunales sobre algunas concretas medidas adoptadas

foco del problema se desplazara sobre otros aspectos (fuerza mayor, generalidad...) del que -a los presentes fines- destaca la realidad misma del daño y su entidad, aspecto este en el que habrá que tomar en consideración no solo la pérdida de ingresos o el daño directo que hubieran causado y causen las medidas, sino también aquellas otras decisiones adoptadas por las Administraciones tendentes a compensar aquellos daños (subvenciones, ayudas, deducciones, etc), lo que augura una compleja labor de cuantificación, máxime cuando estas medidas son tanto carácter positivo como negativo, afectan a los mas diversos elementos de la empresa (personal, financiero, real...) o han venido teniendo una pretensión de temporalidad, mayor o menor¹³.

Si bien desde el punto de vista de este trabajo, el principal problema de estas reclamaciones será de determinación del quantum, ello no significa que acaben ahí los problemas, pues también los suscitará de orden subjetivo, ya que aunque las restricciones especialmente (aunque no solo) al funcionamiento de negocios y establecimientos encuentran su encaje último en las sucesivas declaraciones del Estado de Alarma, sin embargo son concretadas también a través de una pléyade de decisiones especialmente autonómicas, lo que permitirá interpretaciones diversas respecto de a quien reclamar o cual fuera el cauce adecuado para hacerlo, incluida la referencia a lo previsto para la “Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas” en el artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁴.

Mientras se redactan estas páginas, se empieza a tener noticias de la avalancha de litigiosidad que seguirá a la pandemia, pues

por las distintas Administraciones públicas, pues en esos casos la acción podría tener encaje bien en la declaración del estado de alarma, bien en la ilegalidad misma de la decisión adoptada, aspecto al que se hará referencia mas adelante.

¹³ Recuérdese que el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, contempla la posibilidad de requisas e intervención y ocupación transitoria de “industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados”, con el consiguiente reflejo en la regulación de valoraciones expropiatorias.

¹⁴ Cítese, por todos, MUÑOZ MACHADO, S. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1992 así como MAESTRE DELGADO, J.F. “La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas” *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 36. Septiembre-Diciembre 1992

la excepcionalidad de los tiempos que nos toca vivir, lejos de ofrecer consecuencias humanas inauditas, lo que hace es extremar las ya habituales, aunque sea dando lugar a una sensación de vértigo sobre los límites de los poderes públicos, de las propias libertades de las que gozamos e incluso de cuánto puede soportar la estructura de juzgados y tribunales ¿qué pueden o no decidir? ¿cuántos asuntos pueden gestionar?) o las magnitudes económicas que podrían acompañar a las pretensiones indemnizatorias¹⁵.

Correlativamente, aunque lo previsto en la Ley Orgánica permite plantear la acción de resarcimiento frente a las Administraciones públicas, como es comprensible, los particulares han comenzado a litigar frente a sus aseguradoras, reclamando indemnizaciones derivadas de la cobertura de lucro cesante que contemplan sus pólizas.

Cítese, por ejemplo, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de

¹⁵ Al tratar de crisis sanitarias precedentes, cítese, SsTSJ Madrid de 10 de enero de 2019 (JUR 2019/117346) que denegó la pretensión indemnizatoria de la propiedad de una peluquería, al considerar que la Administración actuó conforme a Derecho, aludiendo para ello al "precitado principio de precaución" (que permite que, en caso de duda sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud pública, la Administración pueda adoptar las medidas necesarias para protegerla sin necesidad de esperar a que se demuestren previamente la realidad y la gravedad de tales riesgos...), así como -entre otras- la SAN Sentencia de 7 marzo 2014 (RJCA 2014\442) que igualmente desestimaba la pretensión indemnizatoria atendiendo a lo acertado (mejor, casi a o inevitable) de la decisión administrativa, al afirmar que "ninguna duda cabe de que el cierre del espacio aéreo resultó inevitable, en garantía de la seguridad aérea, una vez constatado el "plante" de la mayoría de los controladores aéreos que tenían que prestar servicio en cada turno y centro de control. Pues a AENA compete, en virtud del Real Decreto 1161/1999 (RCL 1999, 1886 y 2524) , el deber de garantizar el tránsito aéreo con seguridad, fluidez y eficacia, y dirigir, coordinar, explotar y gestionar los servicios de seguridad en los aeropuertos. Y a tal deber de garantizar la seguridad responde el cierre del espacio aéreo, que supuso la cancelación de numerosos vuelos, con los consiguientes perjuicios para usuarios y empresas del sector, sin que tal actuación, dirigida, como decimos, a garantizar la seguridad del tráfico aéreo, pueda constituir un título de imputación del que derive responsabilidad para AENA. En tal sentido se pronunció este tribunal en sentencia de fecha 18/12/09 (RJCA 2010, 155), en un supuesto de cierre de un aeropuerto debido a la invasión de sus pistas por trabajadores de una compañía aérea. Decíamos entonces, y se reitera ahora, que ante una situación de emergencia, y la que estamos examinando lo fue, el cese de la actividad aeroportuaria se revela como una decisión correcta porque atiende a un contexto de seguridad exigido por la norma, de modo que desde esta perspectiva existiría un título jurídico que legitima la conducta de la Administración.

febrero de 2021¹⁶La naturaleza jurídica de la acción es del todo distinta en un caso y en otro, y los problemas que se plantean, también son diferentes, pero al final encontrarán un punto de convergencia, pues no es descartable que aquellas aseguradoras que tengan contratada una garantía que ampare estos hechos o que se vean obligadas a indemnizar en virtud de Sentencia judicial, ulteriormente se planteen reclamar lo abonado a la Administración.

A este respecto solo dejar anotado que lo que la aseguradora podrá reclamar (en virtud de la subrogación operada al amparo del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro) no es automáticamente lo pagado a su asegurado (calculado conforme a las obligaciones convenidas en la póliza), sino solo aquello que sea encuadrable en las consecuencias del artículo 3,2 de la Ley Orgánica 4/1981 y que en aquellos casos en que, cuando lo pagado no sea consecuencia del cumplimiento de una Sentencia judicial, si la decisión de atender el siniestro va acompañada de dudas sobre la vinculación entre pago y póliza, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 1158 del Código Civil, y por lo tanto que pudiera ser prudente advertir a la Administración pública del pago que se va a efectuar, dado que el mismo va ser seguido de su reclamación.

3.- NUEVA RETORICA (APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL).

Para los teóricos de la "nueva retórica jurídica", quizá singularmente Chaim PERELMAN¹⁷,

¹⁶ Dada la voracidad con que se consumen noticias sobre la cuestión, en relación con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, tráiganse a colación su reseña en distintas website que pasan de simplemente dar la noticia a incluso evaluar posibles consecuencias económicas (<https://www.rocajunyent.com/es/eventos-y-publicaciones/alertas/alerta-informativa-perdida-de-beneficios-por-la-paralizacion-de-la/> <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/una-aseguradora-pagara-6-000-euros-a-un-propietario-por-tener-su-negocio-paralizado-a-causa-del-covid/> <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2021/02/16/602c0e02e5fdea010c8b45b7.html> <https://www.informacion.es/alicante/2021/02/19/60-negocios-reclamar-seguro-indemnizacion-35082362.html>)

¹⁷ PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1979, y permítase traer aquí a colación un concreto pasaje de dicha obra que permitirá comprender el enfoque con que se abordan de estas páginas: «La lógica jurídica, especialmente la judicial, que hemos tratado de obtener a través del análisis del razonamiento de los juristas y especialmente de las Cortes de Casación, se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento

el razonamiento jurídico práctico tiene un carácter discursivo, abordando la solución de los problemas mediante la construcción de un discurso orientado a persuadir, que alcanza a constituir el conocimiento jurídico. Ese discurso es dialéctico, lo que adaptado al ámbito forense, remite a los argumentos de las partes y la decisión de los Jueces y Tribunales¹⁸

Partiendo de este enfoque se expondrán a continuación una serie de supuestos extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero también de las Salas de lo Contencioso de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, habida de 2015 a la actualidad.

De su exposición cabrá obtener las consideraciones o “impresiones” (casi en el sentido pictórico del término¹⁹), que se ha optado por presentar como una suerte de prólogo, guía para que complemente el catálogo posterior, de modo que el lector pueda elegir consultar aquellos supuestos que sean de su interés bajo la orientación de las reflexiones generales que anteceden.

Si habrán de hacerse dos advertencias previas más.

En primer término, pese a ser evidente, no deja de pasar desapercibido. La jurisprudencia

en la sociedad” (pg. 233) (al respecto de la permanente actualidad de la llamada “nueva retórica” y las tesis de Perelman, véase, GARCIA OBANDO, Pedro Antonio, “El concepto de auditorio en la decisión judicial. La perspectiva de Perelman (el debate continúa)” Revista Dixit, número 14/2011, en el que -entre otras cosas- recuerda que “una decisión judicial no solo crea situaciones nuevas...sino que dispone una cierta manera de actuar en casos concretos de la vida” -pg.30-

18 Resulta especialmente sugerente el trabajo “El relativo valor de la justicia (administrativa). Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La zona “de lo interpretable” y el azar en el Derecho”. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. Revista Aranzadi Doctrinal 7/2015.

19 Se ha dicho “impresiones” en un sentido casi pictórico, pero bien podría remitirnos a un planteamiento propio de la filosofía del Derecho. No se olvide que para D. Hume la experiencia está compuesta de ideas e impresiones, y es bien sabido el interés del pensamiento del autor escocés en la construcción de la “*New Natural Law Theory*” (ARANCIBIA. F. “Relaciones entre la filosofía de Hume y la ética de la ley natural” Pensamiento, número 280, Año 2018. WIDOW LIRA, F. “La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i” Anales del Seminario de Historia de la Filosofía. UCM Vol12 Núm. 2/2015) Quien escribe estas líneas no quiere negar el “subjetivismo” de la cita, pues uno de los efectos de la pandemia fue la suspensión -casi coincidente con su inauguración- de un seminario interdepartamental en la Facultad de Derecho de la Universidad San Pablo CEU sobre la obra de John Finnis.

no es en modo alguno fiel reflejo de la realidad, ni de la puramente social, ni aún de la judicializada. Del conjunto de cuantos pudieran ser objeto de controversia, no pocos asuntos terminan en vía administrativa, o en Sentencia de Juzgado o Juzgado Central. Solo algunos alcanzan el nivel de los mencionados Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional o la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, sea en primera instancia o en virtud de recurso frente a previa Sentencia, supuesto este en que aún habría que recordar las singularidades del recurso de casación.

En segundo lugar, a fuerza de redundante, la jurisprudencia analizada en este trabajo deriva de Tribunales del orden contencioso administrativo, es decir, se ha dejado al margen el copioso corpus jurisprudencial que con abrumadora cotidianidad, simultáneamente al orden contencioso, se produce en los órdenes civiles, penales y sociales. Resulta extraordinariamente sugestiva la labor comparativa, pero desborda la finalidad de este trabajo, y como haría cualquier avezado viajero, un buen viaje deja siempre algún destino sin visitar para justificar el retorno.

II.- IMPRESIONES DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

1.- PRESENTACION.- La lectura de las sentencias a las que se ha acotado este estudio permiten descartar la tentadora sensación de que la regla es la falta de reglas, de que -como se apuntaba en el título del trabajo- fuera el azar, y no la aplicación de criterios jurídicos, la fuerza que moviera la adopción de decisiones judiciales. Como recuerdan las frecuentes apelaciones a la llamada “inteligencia artificial” (IA)²⁰, es la acumulación de información y los mecanismos con que se racionalizan los que permiten alcanzar una comprensión del conjunto, y esa comprensión permite operar sobre el mismo con un cierto grado de certidumbre.

Avanzar en la observación del constantemente en crecimiento “bosque jurisprudencial”, intentar comprenderlo mas allá que como un ingente acopio de Sentencias, requiere sistematizarlo, para que así cobre una forma inteligible. Cualquier clasificación, por definición, tiene un cierto componente convencional, pero es el único modo de reducir

20 En la página de la UNESCO se puede encontrar un ilustrativo estudio bajo el título “Inteligencia artificial: entre el mito y la realidad” (<https://es.unesco.org/courier/2018-3/inteligencia-artificial-mito-y-realidad>)

lo estudiado a un cierto orden²¹.

En este trabajo se optará por una clasificación asentada principalmente en criterios puramente fácticos (un informático los llamaría “intuitivos”), es decir, la primera nota que sirve para clasificar no será -como es frecuente a otros fines- a que Administración o Poder Público se imputa la responsabilidad, sino en qué consisten los hechos de base (diríase, cual es su dinámica) a los que debe dar respuesta la decisión, pues para realmente comprender el Fallo de una Sentencia es preciso explicar cuales sean tales hechos, de modo que -correlativamente- para conocer si hay pautas jurisprudenciales que puedan generalizarse respecto de la partida de lucro cesante debe conocerse qué hechos eran la base de la solicitud misma de tal partida.

De este modo, el mosaico jurisprudencial permite obtener unas primeras consecuencias que cabría calificar de meramente cuantitativas, que luego serán acompañadas de otras mas esencialmente jurídicas, en sus vertientes adjetiva y sustantiva.

B.- CONSIDERACIONES DESDE UN PUNTO DE VISTA PURAMENTE CUANTITATIVO.

En el apartado que se ha denominado de **cuantitativo, y apelando a los hechos enjuiciados**, podríamos establecer dos grandes categorías. Por un lado, aquellos asuntos de los que podríamos identificar asuntos relativamente análogos a los que tantas veces se presentan ante la jurisdicción ordinaria. Por otra parte, aquellos mucho mas caracterizados por la propia dinámica del actuar administrativo.

Formarían parte de la primera categoría asuntos en que la reclamación deriva de la caída de un árbol, el robo de un vehículo que se encuentra en un parking, o las consecuencias de un incendio²².

Como se verá, en la jurisprudencia seleccionada no se incluyen Sentencias que se refieran a lo que genéricamente puede denominarse como “responsabilidad médica”, y ello no puede deberse a la falta de litigiosidad sobre ese ámbito, antes al contrario. La explicación quizá quepa encontrarla en que en estos casos, frecuentemente la cuantificación remite (mutatis mutandis) al baremo legal previsto para accidentes de tráfico. Pero también puede comprenderse si se observa que en no pocas ocasiones lo que se discute es la realidad misma de los distintos conceptos reclamados (días de curación, secuelas, gastos, etc) o en otras ocasiones la controversia o bien alude a la noción de daño moral o bien a la “pérdida de oportunidad”²³.

23 Dicho lo anterior, cítense solo algunas Sentencias al respecto, comenzando por una significativamente reciente STSJ de Asturias de 10 marzo de 2020 (Sección 1ª JUR 2020\123538) aunque solo fuese porque -días antes de la declaración de alarma debida a la epidemia de COVID19- analiza el caso de un nieto que reclama porque un alta prematura de su abuelo da lugar a que resulte contagiado del virus del SARM/MRSA. Se reconoce la responsabilidad patrimonial (aprecia “la vulneración de la lex artis por alta prematura sin practicar las pruebas debida” a lo que añade que “el nieto no tenía el deber de soportar contagio bacteriano alguno y menos al estar en su domicilio acompañado por quien recibió el alta médica indebida”), al proceder a cuantificar, dice “existe un evidente daño moral y un perjuicio directo en las condiciones y defensas del menor como consecuencia de la colonización pues se refiere al MRSA (resistente a la meticilina, con riesgo de infección significativamente superior al de las cepas sensibles a la meticilina), que requerirá una mayor vigilancia en el futuro, pues puede propiciar la ulterior infección con evolución a formas graves, sistémicas e incluso mortales en personas con defensas bajas, lo que nos lleva a efectuar una evaluación del riesgo cierto y posible, aunque improbable”, y como quiera que el reclamante no ha aportado concreta prueba pericial, la dificultad de cuantificar, da lugar a que concedan 7.000 euros por todos los conceptos (para incluir expresamente el daño moral, que -en la práctica- parece lo único indemnizado).

También la STS de 20 marzo de 2018 (Sección 6ª Ponente Sr. Suay Rincon RJ 2018\1376) en que la indemnización se vincula al retraso en el retraso de un diagnóstico y la falta de información sobre el resultado de una prueba, habiéndose estimado (muy) parcialmente la indemnización en la instancia, lo que es confirmado por el Tribunal Supremo, que se refiere nuevamente a la noción de “pérdida de oportunidad” de la que recuerda que “se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo” añadiendo que “según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso resultará procedente una cuantía u otra, más cercana evidentemente en determinados supuestos a la de la completa indemnidad, si se consideran que son muchas las posibilidades de curación si no se hubiese producido la pérdida de oportunidad

21 Si en la ciencia, las clasificaciones son estudiadas por la taxonomía, no debe olvidarse que, incluso etimológicamente, taxis remite “ordenamiento” y nomos a “norma”, y que epistemología y heurística nos enseñan plantear los problemas y ordenar los materiales para intentar con ello alcanzar su comprensión e intentar avanzar en la solución de problemas.

22 En este punto, resulta interesante traer a colación la clasificación que emplea A. GORDILLO en su *Teoría General de Derecho Administrativo*. Madrid, Inst. Est. Admon. Local, 1984, que en el capítulo relativo a al “Responsabilidad del Estado”, distingue entre “responsabilidad por hechos y actos administrativos” (páginas 545 y siguientes) (pdf tomo 8, capítulo XVI, disponible en gordillo.com).

El segundo grupo es más heterogéneo, e incluiría asuntos en que el perjuicio se dice derivar del retraso en la obtención de una licencia, una concesión o simplemente una plaza funcionarial, e incluso la tardanza en la clausura de un establecimiento rival, la denegación de una concesión, o la orden de retirada de un producto o de expulsión de un extranjero, pero también otros en que el repetido perjuicio se quiere anular a la anulación de un previo acto administrativo. A este grupo tan diverso de supuestos se le habrían de añadir aquellos en que la reclamación se relaciona con un contrato administrativo o un convenio urbanístico. Y aún, añadir el singular supuesto derivado de la actuación de los jueces y tribunales.

De este segundo grupo aún cabría decir varias cosas más, comenzando porque (al menos, al analizar sentencias que no provienen de Juzgados o Juzgados Centrales), son más numerosos los asuntos que cabría incluir en esta categoría.

Como se puede comprender del mero enunciado, en esta categoría podrían incluirse reclamaciones que encuentran su origen tanto en la actuación contraria a Derecho (actos o disposiciones viciadas de validez) como en el mero hecho de la inacción o lentitud en el actuar administrativo. En todos los casos,

y más lejana, si se consideran en cambio remotas tales posibilidades. Pero, en todo caso, con arreglo a esta doctrina no cabría llegar a la reparación integral del daño infligido”

Finalmente, las SsTS de 18 diciembre de 2017 (Sección 5ª Ponente Sr Herrero Pina RJ 2017\5604) y de 26 mayo 2015 (Sección 4ª Ponente Sr. Cudero Blas RJ 2015\3132) en las que la responsabilidad deriva del reconocimiento de vulneración de la *lex artis*, acudiendo a los distintos conceptos del baremo legal previsto para indemnizar a las víctimas de accidentes de tráfico así como a la necesidad de probar lo que se reclama, su realidad y/o su alcance.

La bibliografía sobre la materia es igualmente abundante, sin ánimo de exhaustividad, pero sí por el interés del asunto que tratan, véanse, DOMINGUEZ LUIS, José Antonio “Responsabilidad patrimonial sanitaria por (no) colocación de implante anticonceptivo: medicina satisfactiva, daño anormal y mala praxis” Revista Aranzadi Doctrinal num. 6/2016; CADENAS OSUNA, Davinia “El daño indemnizable en los supuestos de «wrongful birth». Análisis crítico de la doctrina jurisprudencial y propuestas de mejora” Revista de Derecho Patrimonial num. 48/2019; MEDINA ALCOZ, Luis “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas” Revista española de Derecho Administrativo num. 153/2012, MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)” Revista Española de Derecho Administrativo 140/2008, así como AHUMADA RAMOS, Francisco Javier “Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria: la pérdida de oportunidad y los daños causados por error de diagnóstico” en La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Ed. Aranzadi, 2009

en mayor o menor medida, a la complejidad técnica de los problemas jurídicos suscitados se añade una larga historia procesal previa, el camino para llegar a la resolución de la petición indemnizatoria está jalonada por no pocas resoluciones administrativas y judiciales previas²⁴.

C.- NO SIEMPRE SE GANA

La segunda conclusión provisional que cabría tildar de cuantitativa se obtendría de una rápida observación del **resultado en la reclamación del lucro cesante**. Aquí las Sentencias podrían agruparse en tres apartados.

Aquellas en que se rechaza la existencia misma de responsabilidad patrimonial, pese a lo cual la Sala afirma que, en todo caso, tampoco considera que hubiera de darse lugar a la concreta reclamación económica.

Un segundo grupo lo integrarían aquellas Sentencias que aunque reconocen que sí ha lugar a considerar la existencia de responsabilidad patrimonial, sin embargo se deniega la indemnización por el concepto de lucro cesante.

El último grupo vendría representado por aquellas Sentencias en que reconocida la responsabilidad patrimonial de la Administración, además -de un modo u otro- se estima la petición de condena por el concepto de lucro cesante.

El trabajo no tiene una finalidad estadística, ni aún cumple con una metodología que lo validase, de modo que solo puede servir para ofrecer una impresión del hecho de decir que son más las Sentencias que (de un modo u otro) deniegan, que aquellas que conceden. Ciertamente que en el grupo de las que estiman la existencia de responsabilidad patrimonial, sin conceder cantidades por lucro cesante, no faltan las ocasiones en que en vía administrativa, en vía judicial, o en ambas, se conceda una cantidad como como indemnización, aunque sea por otros conceptos (mayoritariamente

24 Desde el punto de vista de la sucesión de procedimientos y procesos, con el consiguiente incremento en gastos y tiempo, muchos de estos asuntos complejos (en el sentido de que la reclamación patrimonial no es más que la última fase de varios procedimientos administrativos y judiciales), de algún modo traen a la memoria la eterna novela de Dickens, Casa desolada (véase, CAMACHO, Anderson F. “Los jueces y abogados frente a la literatura universal” UNAM - www.UNAMarchivos.juridicas.unam.mx › www › bjb › libros)

daño emergente, en algún caso daño moral), pero tampoco faltan los supuestos en que quien pedía una indemnización se encuentre con una Sentencia que reconoce que tenía derecho a ser indemnizado, o bien no ve incrementada la que ya obtuvo en previas instancias o se encuentre con que los tribunales no le conceden cantidad o partida alguna,

Complétese esa impresión con la que podría obtenerse si atendiese a las cifras obtenidas, pues incluso en los asuntos en que se aceptan ambas premisas, existencia de responsabilidad y reconocimiento de cantidad por el concepto de lucro cesante, en no pocas ocasiones se procede a sustanciales reducciones de lo solicitado.

4. REFLEXIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS

Como se dejó anticipado, a este primer grupo de “impresiones” (mas que conclusiones), si se quiere mas superficiales, pues se basan en datos sobre los hechos invocados, en la dinámica de su más o menos compleja “historia” procesal, o en el resultado del litigio, habría que añadir aquellas otras mas de jurídicas, apartado en el que se incluirían aspectos procesales y sustantivos.

A.- PRUEBA Y EJECUCION DE SENTENCIA.

Centrado el examen en la reclamación por lucro cesante, desde el **punto de vista procesal** la pregunta atañe a qué tipo de prueba es aquella que se tiene en cuenta.

Ningún jurista se sorprendería de que en materia de prueba la respuesta remita a la pericial, pero siendo eso verdad, no es ni remotamente toda la verdad, no lo es en relación con el conjunto de medios probatorios empleados, y significativamente no lo es cuando se observa lo desigual de la correlación entre el sentido del informe pericial y resultado obtenido.

Afirmándose por la doctrina y la jurisprudencia el carácter casuístico del lucro cesante, no es de extrañar la importancia de la prueba, la exigencia de demostrar que se ha causado un daño resarcible, que el mismo es imputable a la actuación administrativa, y que no se tiene el deber jurídico de soportar ese daño.

Para ello, pesando la carga de la prueba sobre el reclamante²⁵, este suele acudir a

informes periciales, ya aportados en sede administrativa²⁶, a la aportación de documentos (muchas veces, soporte de aquel informe), etc. Y los recurridos, amén de la crítica de los informes periciales aportados, en su oposición emplean otros informes e incluso pruebas testificales.

La lógica propia del modo de actuar de la Administración hace que mucha de esa prueba obre incorporada al expediente, en cuyo caso, en sede jurisdiccional, a su reproducción documental se puede añadir la ratificación de pericias y testimonios.

Ciertamente la prueba pericial es una de las reiteradamente presentes en litigios de responsabilidad patrimonial, pero su implementación práctica abre un basto panorama de diversidad casuística y legal.

Desde el punto de vista de la casuística, aunque solo fuera atendiendo a los diversos tipos de peritos que pueden ser requeridos, la lista tan amplia como diverso fuera el posible “universo” de supuestos de hecho. Ciertamente habrá peritos médicos, pero también arquitectos²⁷, ingenieros, economistas, contables, actuarios, etc. Es más, cada una de estas categorías no abre sino una serie de posibles subclasificaciones, sirva con que imaginemos las distintas especialidades médicas, o los diferentes campos de la ingeniería.

A esta variedad de especialidades, debe añadirse la también diversa regulación jurídica

caso de la responsabilidad patrimonial, el reclamante debe acreditar la realidad de los hechos, del nexo causal, y desde luego debe acreditar cuanto atañe a aquello que reclama. Otro de los ámbitos prototípicos de la responsabilidad objetiva es el derivado del seguro obligatorio de automóviles, respecto del que en 2015 se produjeron importantes modificaciones legales que atañen también a la prueba, véase, RIVAS VELASCO, María José, “Nexo causal y su prueba tras la Ley 35/2015” Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2019, en que recuerda aquello que sigue siendo objeto de carga probatoria del actor, para luego tratar sobre aspectos procesales de dicha exigencia.

26 No se olvide que el artículo 67,1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, impone que “además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”.

27 Véase, entre otras, el *Tratado de Arquitectura Legal*, editorial Aranzadi, 2013, que reserva un capítulo a la actuación profesional del arquitecto como perito.

²⁵ En los sistemas de responsabilidad objetiva, como es el

aplicable a la prueba pericial, cuyo efecto se muestra en la realidad práctica de la litigiosidad.

Sin ánimo de exhaustividad, la prueba (y por ende, la pericial) se encuentra regulada en la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (artículos 77 y 78), y también lo está en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 60 y 61, amén de las especialidades contenidas en el artículo 78 del mismo cuerpo legal). Ambos cuerpos legales se remiten supletoriamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla el dictamen de peritos en sus artículos 335 y siguientes. Esta rápida cita legal no agota la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la prueba pericial, pero es a la que habrá de atenderse el juez contencioso. Es más, puede muy bien ocurrir que acaben allegando al proceso contencioso dictámenes periciales producidos con motivo de previos procesos penales o sociales²⁸, ámbitos con sus propias y no menores especialidades procesales al respecto. Una vez incorporados al expediente administrativo y unidos con la demanda, estos serán documentos cuya valoración quedará a criterio del juzgador, o dictámenes, cuya ratificación habrá de ofrecerse, más allá de las especialidades procesales con que se hayan obtenido.

Siendo eso así, no sería inusual no ya la aportación de nuevos informes derivados de lo que se contuviera en la resolución administrativa recurrida, sino incluso la petición de que se designe perito judicial, a la que aluden varias de las Sentencias examinadas, pese a la impresión que pudiera derivarse de la práctica de no pocos juzgados y tribunales en atención a la regulación de la prueba pericial contenida en los artículos 335 y siguientes de la ley procesal civil²⁹, y su

28 Véase, entre otros, VIGO SERRALVO, Francisco, “La asistencia pericial médico forense en el proceso jurisdiccional de Seguridad Social en materia prestacional ¿Discrecionalidad judicial o derecho del beneficiario? Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 227/2020 y la ya citada, RIVAS VELASCO, María José, “Nexo causal y su prueba tras la Ley 35/2015” Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2019 que explica con detalle el momento procesal de aportación de dictámenes o las distintas vías de producción de los mismos, contempladas en la legislación procesal civil y en la mencionada Ley 35/2015, ya que al coincidir esta con la modificación del Código Penal que dio lugar a la desaparición de las antiguas “faltas”, dio lugar a toda una transformación procedimental relativa a la producción de informes periciales sobre la sanidad de las víctimas de accidentes de tráfico.

29 El artículo 336 de la ley procesal civil estipula que “los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, sin

aplicación supletoria en el orden contencioso, ámbito en el que los artículos 60, 61 y 78 de la ley jurisdiccional incluyen especialidades que afectan especialmente a la proposición y práctica de la prueba³⁰.

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337”, siendo este precepto el que permite que “si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendán valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal” (complétese el cuadro con lo previsto en el artículo 338).

De este modo, la posible designación de peritos por el Tribunal queda constreñida a lo prevenido en el artículo 339 que ofrece una distinta regulación para el caso de que se litigue como titular del beneficio de justicia gratuita o no, de modo que “si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de asistencia jurídica gratuita”, añadiendo el número 2 del mismo precepto que “el demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial”. El problema de este segundo supuesto es que requiere de la interpretación del juez sobre la pertinencia de la prueba, es decir, si debe o acoger la designación de perito, cuando la obligación general es que las partes sean las que aporten el dictamen.

30 PALAO TABOADA, Carlos, “La prueba en el proceso contencioso administrativo” Revista Española de Derecho Administrativo núm. 163/2014, que realiza un pormenorizado estudio de la carga de la prueba o los distintos medios de prueba. Aunque en no pocas ocasiones el trabajo se refiere a la conflictividad propia del Derecho tributario, no podemos por menos que traer a colación lo que explica respecto de la prueba pericial, al exponer la función del perito (“el perito más que aportar hechos al proceso auxilia al juez en el conocimiento y valoración de los aportados por otros medios”), o recordar la modificación introducida por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, frente a la de 1881 (“La vigente LEC ha modificado profundamente el sistema anterior sustituyéndolo por un «sistema de pericia dual», en el que no sólo se reconoce plenamente la naturaleza de prueba pericial del dictamen de parte sino que se lo convierte en la modalidad ordinaria de este medio de prueba”).

Cualquier referencia al derecho procedimental y procesal administrativo hace imprescindible la cita de la obra de Jesús GONZALEZ PEREZ, cuyos comentarios a la ley jurisdiccional o a la legislación de procedimiento administrativo son el marco imprescindible para cualquier estudio posterior.

Véase también, DURO VENTURA, Cesáreo, “La prueba en la LJCA/1998. Práctica de la prueba” en Tratado de la jurisdicción contencioso administrativa. Editorial Aranzadi, 2012; BELHADJ BEN GOMEZ, Celia, “La prueba pericial, acceso a lugares y cosas. Examen de personas”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2016, así como la sugerente aproximación a la prueba pericial desde el punto de vista de los Abogados, FERNANDEZ LEON, Oscar, “El interrogatorio

Pero si es relevante lo que se desprende de cuales sean los medios de prueba propuestos por las partes, aún lo es mas el hecho de que en modo alguno se produce una automática correlación entre informe pericial y fallo de la Sentencia, lo que ocurre no solo respecto de informes “de parte”, sino también respecto de informes emitidos por peritos designados por el propio Tribunal, que luego se aparta (en parte e incluso en todo) de lo dictaminado.

Esta falta de correlación no es algo ni prohibido por nuestro ordenamiento, ni aún imposible o siquiera infrecuente, mucho mas si se tiene en cuenta que para la prueba pericial -como para otros medios probatorios- rige el principio de libre valoración de la prueba explicitado en el artículo 348 de la ley ritaria civil, “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”³¹

del perito en juicio” Ed. Aranzadi, 2020.

31 Cítese de nuevo a PALAO TABOADA, “La prueba en el proceso contencioso...”, que al explicar la libre valoración judicial de la prueba pericial, añade que “según autorizada doctrina, este criterio sólo es aplicable a los que denomina «peritajes de opinión», es decir, a aquellos que suponen la formulación de un juicio, por contraposición a los «peritajes científicos», en los que se trata de adquirir certeza sobre un hecho. En estos segundos sólo puede existir una opinión

Aún habría una segunda cuestión procesal que destaca del examen de la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial, pues cabe identificar mas de una Sentencia que remite la determinación del importe indemnizatorio a la fase de ejecución, incluso imponiendo que previamente a acudir al incidente mismo de ejecución, las partes intenten alcanzar un acuerdo y solo cuando ello no sea posible³², se solicite del Tribunal que se adopte esa decisión en el seno de la ejecutoria.

Téngase en cuenta que el artículo 71,

por lo que no caben dictámenes contradictorios y el juez no puede sostener algo distinto de lo afirmado por el perito, so pena de dictar una sentencia arbitraria. Por el contrario, los peritajes de opinión, que son los habituales en la práctica forense, pueden ser discrepantes entre sí y el juez tiene que valorarlos a fin de llegar a sus propias conclusiones, que no pueden ser sustituidas por la opinión del perito”, lo que -como explica el mismo autor- remite la cuestión a la necesaria motivación de la Sentencia (con todas las consecuencias procesales de ello), recordando que “los tribunales han formulado diversas pautas orientadoras de la valoración de la prueba pericial que son aplicación del criterio general en casos concretos, las cuales han sido sistematizadas por la doctrina”

32 GAMERO CASADO, Eduardo, “Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo”, Revista española de Derecho Administrativo num. 198/2019



1 d) de la ley jurisdiccional contempla que “la sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. *En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia*”³³.

B.- QUÉ HACE GANAR, PARA SABER COMO CALCULARLO.

Aun habría que tratar dos aspectos. El primero es saber cuáles son los aspectos considerados para estimar la reclamación. Y, el segundo, que datos se toman en cuenta para integrar la concreta cantidad que se conceda

Este trabajo se circunscribe a este segundo plano, aunque dado que las Sentencias examinadas reconocen el derecho indemnizatorio, pronunciándose sobre la cuantía a otorgar, necesariamente se irá desgranando que aspectos se toman en consideración para estimar que se produce la responsabilidad misma.

La cuestión de qué cantidades reclamar parece haberse simplificado para el caso de los daños personales, especialmente vinculados a supuestos clásicos de responsabilidad por funcionamiento anormal, y ello por la tendencia a aplicar el baremo previsto en la legislación propia de los accidentes de tráfico (Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor)³⁴. El actual baremo de 2015, mas complejo que el precedente³⁵, sin duda persigue aunar la objetividad y generalidad originaria del sistema, con una aproximación mas acertada a cada caso concreto³⁶. En todo caso, dicho baremo resulta

simplemente orientativo en la mayoría de los casos propios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, como ha mantenido la jurisprudencia, y en este trabajo se trae a colación algún ejemplo de ello.

Dada la extensión de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, que abarca funcionamiento normal y anormal, no debe obviarse las consecuencias de lo previsto en el artículo 1107 del Código Civil³⁷, que permite diferenciar la mayor extensión indemnizatoria de aquellos daños causados por culpa grave o dolo, frente a aquellos debidos a culpa leve o sin culpa, supuestos que fácilmente puede trasponerse a funcionamiento anormal, o cualificadamente normal, de los casos de funcionamiento normal³⁸.

Como quiera que en algunas ocasiones los Tribunales consideran probado que se ha producido un daño, pero no se concede cantidad alguna por el concepto de lucro cesante al considerar no acreditado su cuantía, llama la atención que no se haga referencia a ciertos económicos³⁹ que hacen lógicamente imposible dicha premisa, y quizá singularmente

Dyckinson, 1999, subrayándose el hecho de que ya desde los primeros sistemas de baremo vinculante (a diferencia del precedente) se pusieron de manifiesto las consecuencias que tendría el hecho de que la cuantía indemnizatoria fuera diversa no en atención a la entidad del daño sufrido, sino a que su causa fuera o no un accidente de tráfico (p.ej. PANTALEON, Fernando. “Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor” *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 245/1996).

37 SANCHEZ ARISTI, Rafael, *Comentario al artículo 1107 Código Civil, en Comentarios al Código Civil, Ed. Aranzadi, 2009*

38 GARCIA DE ENTERRIA, E y T.R. FERNANDEZ *Curso de Derecho Administrativo. Ob cit, pg. 410.*

39 Son diversos los enfoques con que puede abordarse la indiscutible correlación entre Derecho y Economía, uno de ellos puede enunciarse a través del denominado “análisis económico del Derecho”, en que se considere los impactos económicos de las decisiones legales o jurisprudenciales. Es decir, no solo se intente hacer una aproximación previa a cual sería el coste de una medida, o como efectuar una acertada cuantificación de un bien, o de las partidas que componen una indemnización, sino que se tome en consideración el impacto económico a posteriori no solo de concretas normas o sentencias, sino de las tendencias que generan en el Ordenamiento. Véase, entre otros, Santos PASTOR, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho. Ed. Tecnos, 1989*, y singularmente el capítulo que dedica sobre el “análisis económico del Derecho de accidentes”, pgs. 155 y siguientes. El mismo autor, junto con F. GOMEZ, *El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico. Ed. Ministerio de Justicia, 1990.*

33 A su vez, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 219 contempla de un modo bien distinto las llamadas Sentencias con reserva de liquidación. A este respecto, véase “Determinación en fase de ejecución de sentencia de la liquidación concreta de la indemnización solicitada [Crónicas TS (Sala 1ª) año 2009-2010]” en Crónicas de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, editorial Aranzadi, enero 2010.

34 Véase, el breve comentario contenido en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 938/2018, GONZALEZ, Urtzi. “Negligencias médicas: aspectos a tener en cuenta para reclamar”.

35 Uno de los problemas suscitados por el sistema de baremación se debió justamente a la valoración de los perjuicios, del lucro cesante, Véase SsTC de 11 de octubre de 2005 y 30 de junio de 2003, y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras de 27 de mayo de 2015.

36 Véase, por todos, MEDINA CRESPO, Mariano, *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Ed.*

la idea de “coste de oportunidad”⁴⁰

Al igual que en otros ámbitos se acepta que hay una relación entre el “medio”, el “lenguaje” empleado para exponer el “mensaje” y el “público” e incluso la “finalidad” a que va orientado, del mismo modo, al leer una decisión judicial no debe olvidarse que su finalidad es resolver un concreto conflicto, y que por lo tanto el lenguaje empleado, su método expositivo, se adapta a ello. No se busque en una Sentencia una extensa exposición doctrinal. Por extensión, no se busque en estas páginas que hacen de las Sentencias su objeto. La jurisprudencia, orientada a ir resolviendo uno a uno los litigios que se someten al conocimiento de los tribunales, parte de la idea de “íntegra reparación”, de “indemnidad”, para ir haciendo alusión a las nociones si se quiere clásicas de daño emergente, daño moral, lucro cesante, y a la construcción jurisprudencial de cada uno de estos conceptos⁴¹.

40 SELIGRAT GONZALEZ, Victor Manuel en “Indemnizaciones de intermediarios deportivos y doctrina del coste de oportunidad. Aspectos todavía a resolver por el Tribunal Supremo” (Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento núm. 61/2018) dedica la última parte de su trabajo al coste de oportunidad, si bien vinculándolo con el concepto de “pérdida de oportunidad”, sin duda presente en materia de responsabilidad patrimonial, ahora bien, coste de oportunidad y pérdida de oportunidad no serían conceptos estrictamente equiparables desde el punto de vista económico, y la idea de “pérdida de oportunidad” no sirve realmente para indemnizar “lucro cesante”, manteniéndose la exigencia de cumplida prueba para acceder a indemnizarlo.

41 Resulta singularmente sugerente el estudio de GIL GANDIA, C sobre Víctima y derecho de reparación en la corte penal internacional (dentro de La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional. Ed. Aranzadi, 2020). En sus páginas se ocupa de la específica labor interpretativa de una -también- muy específica instancia jurisdiccional, sobre el concepto de víctima y lo que deba ser objeto de reparación. Destaca la labor judicial por anudar daño y reparación, e intentar avanzar en reglas para su estimación, pero también resulta útil la aproximación “holística” (por emplear la acertada palabra del autor) a la “tipología de daños: dolor físico (trauma y lesiones); sufrimiento psicológico (tendencias suicidas, desorden cognitivo, separación de la familia); pérdida económica (destrucción de viviendas); menoscabo sustancial de sus derechos humanos (derecho a la vida, a la identificación cultural, al disfrute de la infancia); pérdida de oportunidades; pérdida de nivel de vida disfrutado con anterioridad al ataque y a la salida forzada de su localidad; pérdida de la memoria colectiva a través de la destrucción de monumentos, esto es, que los daños materiales de los edificios protegidos, a su vez, originan profundos daños morales individuales y colectivos a los ciudadanos; y daños transgeneracionales (traumas, especialmente), que hacen referencia a todo aquello que se transmite de una generación a otra, producto de la cultura, prácticas y significados, de los cuales encontramos un ejemplo paradigmático en las *comfort woman*, cuya culpa y miedo de ser violadas

5.- POSICION (BIFRONTE) DE LAS ASEGURADORAS.

En las diversas Sentencias que se reseñan y comentan posteriormente menudea la intervención de aseguradoras privadas. Si a las resoluciones seleccionadas, que corresponden a Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, se hubieran sumado otras de Juzgados Contenciosos, la mención a aseguradoras se incrementaría significativamente, no solo por los límites cuantitativos que afectan a las competencias de unos y otros órganos jurisdiccionales, sino también porque son los Juzgados los competentes en muchos asuntos en que la Administración demandada son los Ayuntamientos, nivel administrativo en que se encuentra más generalizado el aseguramiento privado, como también se encuentra más generalizado en específicos sectores de la acción administrativa (singularmente, la responsabilidad sanitaria)⁴².

Por la propia naturaleza de las cosas, si hay un sector de la vida económica y empresarial vinculado a la responsabilidad civil es el sector asegurador, especialmente profesionalizado en la respuesta a la producción del daño y su valoración.

Consecuentemente, no es infrecuente que, en aplicación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, sea una aseguradora

nuevamente se ha transmitido entre generaciones desde las violaciones ejecutadas por el ejército nipón durante la Segunda Guerra Mundial”.

42 BUSTO LAGO, J.M. La responsabilidad civil de las *Administraciones Públicas*, Ed. Aranzadi, 2014, al tratar sobre “El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas” explica que “a partir de los años intermedios de la década de los noventa se ha generalizado en España. En otros países de nuestro entorno jurídico-cultural, el fenómeno es más antiguo. La suscripción de seguros de responsabilidad civil por los distintos entes y organismos integrantes de las Administraciones Públicas -con independencia de su naturaleza territorial, institucional o corporativa- pese a que la solución pueda resultar discutible desde la perspectiva estrictamente económica, la forma de gestión de los presupuestos públicos parece haber sido decisiva en orden a optar por soportar el coste de las primas de seguros de responsabilidad civil que, por elevadas que sean, son presupuestariamente previsibles, y no por asumir el riesgo que supone el soportar directamente el pago de las indemnizaciones a las que haya de hacerse frente en virtud de los daños que resulten imputables a la Administración de que se trate. Por otra parte, se trata de una práctica habitual en los países de nuestro entorno jurídico-cultural (Alemania, Italia y Francia)”, añadiendo que “as el caso paradigmático del INSALUD y de los distintos organismos autónomos dependientes de las CC AA encargados de la gestión de sus respectivos servicios sanitarios públicos”.

la que ejercite la acción de responsabilidad después de atender al pago de las cantidades correspondientes a un siniestro acaecido a un asegurado⁴³.

En estos casos, a las circunstancias de la póliza que vincule asegurado y aseguradora, se añadirá -dese el punto de vista operativo- la elaboración y aportación de los correspondientes informes periciales, ámbito este especialmente marcado por los protocolos (por la "expertise") propios del sector, que muchas veces dan lugar a la aportación no de

uno, sino de dos informes, uno orientado a la determinación de la causa del siniestro (los llamados, informes de perito "causista"⁴⁴) y otro centrado en la valoración de sus consecuencias económicas, lo que -a su vez- puede derivarse del específico procedimiento previsto en el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro.

Pero las aseguradoras no solo pueden ser las reclamantes, al haberse causado un daño a uno de sus asegurados, sino que también puede colocarse en una situación pasiva de la relación procesal, al asegurar a la Administración pública demandada⁴⁵.

Esta realidad práctica es objeto de una atención parcial del ordenamiento jurídico, que se refiere al contrato de seguro en la regulación de los contratos de las Administraciones públicas, y que también menciona a las aseguradoras en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 21,1 c).

43 Véase, entre otros, BATALLER GRAU, Juan "La subrogación de los riesgos reasegurados: seguir la senda marcada por el legislador evita perderse en el bosque" Revista de Derecho Mercantil num. 281/2011; Celia BELHADJ GOMEZ "Acción de repetición, reembolso o regreso y subrogación" Revista Aranzadi Doctrinal num. 9/2015 así como *La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro*, M. Angeles CALZADA CONDE (Ed. Aranzadi, 2014, en la obra "La protección del cliente en el mercado asegurador") en que su autora dedica una especial atención a los distintos aspectos de la subrogación del aseguradora, destacando como esta facultad tiene su causa y finalidad en la protección del asegurado ("Es un medio tendente a evitar que los asegurados-dañados originen y financien la liberación de los responsables de los daños sufridos por aquellos. Dicho en otros términos, con la subrogación ha de tratarse de evitar que el seguro contra daños concertado por el asegurado se convierta de facto en un seguro de responsabilidad civil del responsable del daño costado por el dañado, evitando así el perjuicio de los asegurados que pagarían una sobreprima por la liberación de los responsables")

44 Basta una búsqueda por internet para encontrar referencias a estos peritos "causistas". Ejemplos clásicos serían los investigadores de incendios, cuya labor pericial se centra no en la cuantificación de las consecuencias sino en la investigación concreta de las causas.

45 TORRENT i RIBERT, Pere Joan. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Ed Fundación Mapfre, 1995



La posición de las aseguradoras de las Administraciones públicas suscita diversos problemas procedimentales y sustantivos que exceden del objeto de estas páginas, sin embargo, al menos habrá de dejarse enunciado cuatro aspectos a considerar.

En primer lugar, que la intervención de las aseguradoras en el procedimiento administrativo previo a la vía contenciosa, y en al propio litigio contencioso resulta especialmente orientado al aspecto económico, pero no hay una especial prohibición legal a que se pronuncien sobre la existencia misma de responsabilidad (realidad del hecho, nexo causal, imputabilidad, etc) Es mas, en la práctica forense, la propia dinámica de funcionamiento de una aseguradora hará que, como si la Administración fuere un asegurado cualquiera, "produzca" informes periciales relativos a todos los aspectos del siniestro y no solo el económico⁴⁶.

Esta posibilidad de la aseguradora de abordar una auténtica tramitación del siniestro, sin embargo debe interpretarse atendiendo a la singularidad procedimental derivada de cual es el sujeto asegurado (administración pública). Si el peticionario ha acudido a la vía administrativa para reclamar a la Administración, habrá de tramitarse un expediente administrativo, y será en el seno del mismo en el que la aseguradora habrá de formular alegaciones, aportar documentos, proponer prueba, haciendo compatible su derecho a la participación en un procedimiento contradictorio, con dos factores adicionales claves que se presentan como "jano bifronte", una cuestión que precisa del adecuado equilibrio entre las fuerzas en presencia: por un lado, todo asegurado está obligado a colaborar con su aseguradora (no con la parte contraria, en su perjuicio) y por otra parte, es la Administración la que -conforme a nuestro Ordenamiento jurídico- debe de pronunciarse sobre si existe o no responsabilidad (no meramente, puede, pues estamos ante el ejercicio de potestades públicas)⁴⁷.

46 PERAN ORTEGA, Juan.- *La responsabilidad civil y su seguro*. Ed. Tecnos, 1998. Pgs. 226 y siguientes en que explica la tramitación de un expediente de siniestro por una aseguradora y las diferentes respuestas que ello puede conllevar. Añádase que, dadas las características de estas pólizas/aseguradoras, esa tramitación quede también "intermediada" por el mediador que haya intervenido en la contratación de la póliza, incorporándose en la póliza alguna condición sobre la vía de comunicación entre aseguradora y asegurado.

47 A partir de las consideraciones sobre este genuino dilema contenidas en el trabajo de TORRENT i RIBERT (La responsabilidad patrimonial... ob cit, pgs. 114 y ss),

En segundo término, en sede contenciosa, quien realmente es demandado y condenado es la Administración pública, con todo lo que ello supone⁴⁸.

Consiguientemente, la relación entre asegurado (Administración) y aseguradora queda en un segundo plano⁴⁹, en que entran en juego la especificidad de la póliza concertada (sus coberturas, límites y franquicias). Ello no significa que no puedan encontrarse casos en que la Sentencia directamente se pronuncie sobre la falta de cobertura o sobre la necesaria aplicación de una franquicia (que, en algunos casos, puede ser económicamente muy significativa).

Como derivada de lo anterior, en cuarto lugar, aunque es un hecho frecuente que las Administraciones acudan al mercado para concertar pólizas de seguro, ello debe entenderse en el sentido de que intentan garantizar con estas pólizas los riesgos propios de ese tipo de responsabilidad civil extracontractual que habitualmente garantizan a los particulares, pero la responsabilidad patrimonial excede de ese tipo de casos, de modo que quedan fuera de esas coberturas

nos pronunciábamos en "Terminación convencional y responsabilidad administrativa" Actualidad Administrativa 38/1995

48 GONZALEZ QUINZA, Arturo "Los sujetos privados y su enjuiciamiento en vía contencioso-administrativa" Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro núm. 38/2011 y "Algunas reflexiones urgentes sobre las reformas en materia de responsabilidad patrimonial introducidas en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ" Actualidad Administrativa núm. 17/2004.

49 Entre las Sentencias que se citarán posteriormente, cabría traer a colación la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26 enero de 2017, pues en aquel asunto se había suscitado si seguía vigente o no la póliza que unía al Ayuntamiento demandado y a Mapfre, pues la aseguradora sostenía que el contrato había dejado de tener efecto por impago de la prima. La alegación fue desestimada, y aunque se transcribiría el párrafo completo que resuelve el asunto, nos permitimos resaltar el inciso con el que da comienzo: "Con la provisionalidad que permite el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el hecho de que Mapfre no desvirtúe seriamente el contenido de esta certificación, que expresa la extinción del seguro a voluntad de su tomador, y de que no justifique haberse opuesto formalmente a la comunicación efectuada, como cabría esperar tratándose de un contrato extinguido con anterioridad, hace pensar en la aquiescencia de la aseguradora a la rehabilitación del contrato, o cuando menos, en la solución amistosa del problema derivado del impago de la prima relativa a la anualidad en curso cuando ocurrió el accidente, sin consecuencias fatales para la vida del contrato, al menos hasta la comunicación de la voluntad de no renovarlo".

muchos de los casos en que el daño se vincula a actos anulados, o a normas o -sin duda- al funcionamiento puramente normal de la Administración⁵⁰.

III.- CATALOGO DE SENTENCIAS ANALIZADAS.

Como línea de continuación de las anteriores consideraciones, se pasa a efectuar una breve exposición de las Sentencias examinadas, a suerte de breve ficha de cada una de ellas, procediendo para ello a una cierta sistematización que sea de algún modo correlativa a lo que ya se ha indicado.

En un primer bloque se incluyen aquellos supuestos de algún modo mas cercanos a otros supuestos de responsabilidad extracontractual, un suceso es la causa del daño (sea un incendio, una caída o el impacto de una rama de un árbol), a partir de dicho suceso se observa la razón para imputarlo al funcionamiento de los servicios públicos.

El segundo de los bloques es mas heterogéneo pero tendría en común el

50 TORRENT I RIBERT, *La responsabilidad patrimonial...* ob cit, pgs. 105 y ss, dedica un específico estudio a cuales serían los riesgos excluidos de las póliza de responsabilidad civil general de las Administraciones Públicas, percibiéndose de sus páginas el conocimiento de primera mano del problema, y de cómo no habría mayor dificultad para configurar lo asegurado sobre la base de conceptos clásicos y habituales de la práctica aseguradora ("hecho", "evento", "siniestro") para luego referirse a tres supuestos especialmente conflictivos: la responsabilidad contractual de la Administración, que el autor considera no asegurable ("el riesgo -dice- sería difícilmente previsible por la aseguradora ... normalmente el incumplimiento de un contrato es voluntario, con lo que estaríamos facilitando la comisión de un hecho deliberadamente ilegal"), la responsabilidad derivada de actos administrativos ilegales respecto de los que el autor -desde una perspectiva eminentemente práctica- se pronuncia trasladando "las muchas dudas" sobre "si estos administrativos deben asegurarse o no" y que "las entidades aseguradoras deberan ser muy cautas en aceptarlo"; así como a la "responsabilidad patrimonial derivada de resoluciones y actos administrativos legales", auténtico nudo gordiano que aleja la habitual práctica aseguradora y la amplitud con que se configura legalmente la respuesta indemnizatoria de las Administraciones públicas, de modo que para el autor, "este riesgo tampoco es agradable, o al menos, ninguna aseguradora responsable aceptaría cubrir el mismo. Y las razones son prácticamente las mismas aducidas ... sobre la responsabilidad contractual", aunque avanza en distinguir supuestos claramente no asegurables (ius variandi de los contratos, derecho de rescate de concesiones) y aquellos otros que resultarían mas dudosos (ciertas modificaciones del planeamiento urbanístico, obras legales que modifican el estado real de una vía pública, o la circulación por la misma), aunque respecto de estos se decanta por su no aseguramiento.

presupuesto de la actuación de los poderes públicos, de modo que en los hechos propios del expediente de responsabilidad se ven antecedidos por decisiones o procesos administrativos y/o judiciales.

Dentro de este segundo bloque cabría a su vez distinguir tres grupos de asuntos.

Por un lado, aquellos casos en que el daño trae causa de una decisión activa de la administración, sea una detención ilegal, sea la retirada de un producto o la expulsión de un extranjero. Se incluye en este apartado un caso de prisión preventiva que excede del tiempo objeto de condena por Sentencia,

Por otra parte, integrarían otro grupo aquel en que la causa del daño se encontraría en un acto, norma o decisión judicial que previamente es anulada, dándose lugar posteriormente a la reclamación de responsabilidad.

Para completar este bloque quedarían aquellos supuestos en que el daño se predica de una dilación administrativa. Es evidente que en algunas ocasiones, esa dilación viene dada por la necesidad de una anterior anulación de un acto administrativo, pero el común denominador de estos casos es el vincular reclamación y retraso en conceder una plaza, otorgar una concesión o clausurar el establecimiento de un competidor.

A los dos bloques anteriores se añadiría un tercero, en que la actuación administrativa no puede considerarse contraria a Derecho, sino la consecuencia de la admisible configuración de la realidad, en muchos casos a través de modificaciones normativas, que -sin embargo- pueden dar lugar a un daño que deba ser indemnizable.

A.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: DE ROBOS DE VEHÍCULOS ESTACIONADOS, INUNDACIONES, INCENDIOS, ÁRBOLES, CAÍDAS EN VÍA PÚBLICA, Y UN LARGO ETCÉTERA⁵¹.

51 En ese largo etcétera cabría incluir asuntos relacionados con animales, respecto del que convendría traer a colación el trabajo de Javier JUNCEDA MORENO, "Ayuntamientos. Animales salvajes y administración local. Responsabilidad patrimonial". La Administración Práctica num. 12/2019, y -entre otras- respecto de daños causados en la cabaña por parte de los lobos (especies protegidas) las SsTS de 2 de diciembre de 2019 (Sección 5ª Ponente Sr. Herrero Pina) RJ 2019\4868) y de 11 de febrero de 2020 (Sección 5ª Ponente Sr. Fernández Valverde RJ 2020\344) y la SAN de 24 de mayo de 2019 (Sección 8ª Ponente Sra. Pedraz Calvo JUR 2019\201193), respecto de accidente por la

INUNDACIONES⁵². La Sentencia Del Tribunal Supremo De 12 De Diciembre De 2017 (Rj 2017/6238)⁵³ trata sobre la impugnación de un Auto dictado en fase de ejecución por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. La Sentencia que se ejecutaba estimó una reclamación indemnizatoria, condenando a cierto Ayuntamiento a indemnizar por el

colisión de una motocicleta con un jabalí, en esta se hace alusión a las cuantías reclamadas, acogiéndose -en cuanto a los daños personales- al sistema baremado de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

También podría traerse a colación ejemplos vinculados al deporte (véase, DE PABLO NUEVO, Cristina, "La responsabilidad por daños en el ámbito deportivo" Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento num. 61/2018)

52 Al respecto de daños provocados por inundaciones, también resulta de interés la STSJ de las Islas Baleares de 28 abril de 2015 (Sección 1ª RJCA 2015\629) que pormenorizadamente estudio el caso de los daños que se producen en ciertas fincas que sufren reiteradas inundaciones, su relación causal con determinadas instalaciones (colector), cual fuere la Administración responsable, la vigencia misma de la acción, e incluso quien resulta legitimado para reclamar (al desglosarse en la finca en cuestión la situación del usufructuario y del titular -reclamante- de la nuda propiedad), para -finalmente- analizar la cuantía reclamada, aspecto en el que alude a los distintos informes periciales unidos a las actuaciones, desglosa las partidas indemnizables al nudo propietario ("la reparación indemnizatoria se ha de centrar en la pérdida de valor de la finca como consecuencia de: 1ª) la contaminación de los pozos y 2ª) que una parte de la misma esté inutilizable como consecuencia de estar periódicamente expuesta a las inundaciones y molestias inherentes a la mala calidad de los vertidos), sin perjuicio de que la indemnización termina determinándose en cantidad a tanto alzado (sustancialmente menor a la reclamada) al decir que "por la dificultad de trasladar los criterios periciales a la situación titularidad parcial de la finca, y por discrepancia con los resultados de dichas valoraciones, estimamos procedente fijar indemnización para el recurrente en cantidad alzada de 40.000 euros que cubre tanto la pérdida o gastos de recuperación de los pozos, como la merma de valor de unas tierras afectadas al riesgo cierto de verse nuevamente dañadas por las inundaciones y demás molestias derivadas" (véanse también, la SAN de 20 abril 2018. Sección 1ª Ponente Sra. Buisán García JUR 2018\129476, la STSJ Aragón de 19 febrero de 2020 Sección 3ª Sr. Zubiri Salinas JUR 2020\153463, que -en lo que a la indemnización se refiere- trata exclusivamente sobre el daño emergente reclamado, que al referirse a mercancía almacenada que resultó dañada, también ofrecía dificultades de valoración ante las fluctuaciones los precios en el mercado y del mismo Tribunal la Sentencia de 22 julio de 2015. JUR 2015\219101 ya que tiene en cuenta los límites de la acción ejercitada por la aseguradora, ya que al haber pagado a su asegurado lo que ahora reclamaba, solo podía solicitar aquello que se amparaba en la póliza, y -al propio tiempo- para fijar las cuantías, toma en cuenta el informe pericial de ambas aseguradoras, es decir, de la reclamante y de la aseguradora del Ayuntamiento reclamado).

53 STS de 12 de diciembre de 2017. Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sr. Olea Godoy.

75% de los daños y perjuicios derivados de unas inundaciones⁵⁴. En fase de ejecución se consideró que en dicho importe no debía ser incluido el lucro cesante, lo que los reclamantes consideraron contrario al fallo condenatorio.

La resolución del Tribunal Supremo afirma con claridad que "cuando la sentencia hace referencia a "daños y perjuicios", no parece que se estuviera haciendo referencia exclusivamente al daño emergente, en el sentido tradicional romanista propio de la institución indemnizatoria, sino que el añadido de la "indemnización", como algo distinto y añadido, por lo que debía responder el Ayuntamiento, en parte, no puede ser otro que el lucro cesante, entendido como el perjuicio económico que el evento dañoso produce en el patrimonio del perjudicado excluyendo la posibilidad de obtener nuevos recursos económicos. Y con ello se completa el ámbito indemnizatorio que constituye la regla general en nuestro Derecho, conforme se declara en el artículo 1106 del Código Civil, que establece el principio general en nuestro Ordenamiento de que " la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", esto es, se comprenden las dos modalidades del daño.

Lo significativo del caso es que, en la concreta decisión que adopta el Alto Tribunal, acepta que la indemnización debe abarcar el lucro cesante pero luego deniega cantidad alguna por ese concepto. A saber, al considerar que la condena abarca también el lucro cesante, y estimar así el recurso, el Tribunal Supremo entra en su cuantificación, reiterando su doctrina general sobre el lucro cesante⁵⁵ y analizando el informe del perito designado por la propia Sala sentenciadora, del que -no sobra destacarlo- el Alto Tribunal se apartará radicalmente para

54 La Sentencia de instancia rechazó la indemnización respecto de los daños producidos en ciertos años, concediéndola respecto de otras inundaciones de determinada fecha, sometiendo el importe final a lo que se estableciera en ejecución de Sentencia, con arreglo a ciertas bases.

55 Por su claridad, nos permitimos la cita de uno de los apartados de la Sentencia, según el cual "... es cierto que el tema de la valoración del lucro cesante, en cuanto que futuro y desconocido, genera una amplia problemática que ha requerido de matizaciones por la jurisprudencia, porque ha de moverse entre lo que es razonablemente esperado conforme a la actividad desarrollada por el perjudicado y la eventualidad de unas ganancias infundadas o simplemente dudosas por no hacer referencia a lo que la jurisprudencia ha denominado sueños de ganancias".

terminar denegando cantidades por el debatido concepto de lucro cesante pues al considerar que la actividad de las reclamantes no cesó plenamente, no hubo tal lucro cesante, máxime cuando la mercancía deteriorada ya había sido indemnizada como daño emergente.

INCENDIO⁵⁶. La Sentencia del Tribunal

56 Véase también, la STSJ de Andalucía (Sevilla) 19 septiembre de 2019 (Sección 3ª Ponente Sra. Pereira Maestre JUR 2020\21628) que examinó el fallecimiento de un trabajador que participaba en las tareas de extinción de un incendio forestal. Atendiendo a la respuesta económica, de dicha resolución conviene resaltar dos aspectos. En primer término (dado que el fallecido era un trabajador) la aseveración de la compatibilidad de la reclamación patrimonial con otras acciones que puedan ejercerse en otros ámbitos, y hay que pensar que se está aludiendo al laboral, aunque -cabría añadir- que habría que matizar que partidas pudieran ser compatibles, y parece que se está haciendo mención mas a una cierta posibilidad de los reclamantes en la elección de la vía de reclamación ("que dicho servicio público, sea desarrollado por agencias o empresas públicas, tanto una como otra integran la Administración como entidades instrumentales, siendo titular del servicio la Administración, con independencia de la que corresponda a tales entidades. No pudiendo escudarse la Administración en la relación laboral que mantenía el finado con la entidad GETISA, siendo compatibles las indemnizaciones que pudieran corresponderle por otros títulos, pero que en el presente supuesto, se trata de una responsabilidad patrimonial de la Administración por el daño moral sufrido por los familiares del fallecido, en el ámbito de la prestación del servicio público de extinción de incendios"). En segundo lugar, la remisión al baremo previsto en la legislación sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, si bien en este punto, y dado que la Administración sí había aceptado ciertas cantidades, se toma en consideración mas el hecho de la oferta de la Administración, que la mención a una supuesta disparidad entre las cifras del actual baremo y las previstas -se dice- en 1992, si bien cabría recordar que el baremo de 1991 era -todavía- meramente indicativo (también, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 27 marzo de 2015 JUR 2015\120678, en que se examina la intervención de la Administración, de la empresa contratada por esta para ciertas labores -por ende- de su aseguradora, con una clara perspectiva de relación causal y cuasicultipalista, y -en lo que a la indemnización corresponde- los distintos informes periciales obrantes en autos, hasta el punto de acudir a "la búsqueda de obtener valores medios, cruzando las diferentes partidas analizadas por los peritos, y valorando aquellas que son objeto de reconocimiento mutuo y las que no"). A la cita jurisprudencial añádase, "Medio ambiente. Incendios Forestales. Responsabilidad ayuntamientos. Extinción de incendios", La Administración Práctica num. 6/2016.

No es del todo sorprendente que en asuntos relativos a incendios y responsabilidad patrimonial aparezcan reclamaciones debidas a que las tareas de extinción del fuego no terminaron de tener pleno éxito, pues el incendio se reavivó causando nuevos daños. A este respecto se refiere la STSJ Valencia de 10 abril de 2018 (Sección 2ª Ponente Sr. Fernández Carballo-Calero JUR 2018\166046). En estos casos, además del problema de establecer si existe o no responsabilidad administrativa, la cuestión reside en la cuantificación de los daños, diferenciando los debidos

Supremo de 13 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5917)⁵⁷ examina el recurso de casación contra Sentencia de la Audiencia Nacional, que estimaba parcialmente la reclamación de daños y perjuicios derivada de un incendio en determinada finca que afectó al aprovechamiento cinegético, de modo que concediéndose ciertas cantidades, se rechazaban otras, y entre ellas, el lucro cesante. Sobre ese concreto aspecto, la Sala entiende que debe proceder a "parificar" (sic) la situación económica, anterior y posterior de la sociedad, rechazando que la mera alusión a lo mas o menos desproporcionado de la petición de parte pueda servir para rechazarla.

Para poder determinar esa correlación, el Alto Tribunal se refiere al caudal probatorio habido en el proceso, indicando que la

al primer y al segundo incendio (en ambos casos, daño emergente). En litigio en cuestión la reclamante es una aseguradora (que ejerce su acción al amparo del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro) y es parte también la aseguradora del Ayuntamiento en cuestión, aunque el condenado es el Ayuntamiento -mas allá de las relaciones internas con su aseguradora-. El Fundamento 4º de la Sentencia recoge la ratio decidendi de la cuantía finalmente otorgada: "... no cabe asumir la pretensión indemnizatoria sustentada en la demanda en su plenitud cuantitativa pues, sin perjuicio de considerar acreditados los presupuestos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la administración municipal apelada por lo hasta aquí expuesto, no cabe olvidar que hemos venido hablando de "uno" u otro" incendio o de un "primer" o "segundo" incendio a efectos puramente convencionales, toda vez que compartiendo lo razonado por la Audiencia Provincial de Valencia "no se puede atribuir al cuerpo de bomberos la conducta causante del incendio, siquiera del segundo de los producidos pues el origen es el mismo, de manera que, en su caso a lo sumo se podría hablar de una suma de causas que contribuyeron al resultado dañoso (...)". Por lo demás, es clara la dificultad de asumir el informe pericial final presentado por la actora ... (por una parte porque) no va acompañado de sus antecedentes - informe preliminar e intermedio II- y por otra en cuanto identifica partidas que comprenden daños difícilmente discernibles entre ambos episodios en cuanto refieren daños derivados de la intervención propia en las labores extintivas a relacionar con uno u otro lapso temporal... Ello nos orienta (dice) a asumir el criterio de MAFRE EMPRESAS S.A al considerar que la responsabilidad, si bien cabalmente cuantificada conforme a la cifra propuesta en la demanda, merece verse ajustada, si no en su 75% como tal Aseguradora propone, sí en su 50 % atendiendo lo hasta aquí razonado y de acuerdo al carácter con-causal en la producción de los menoscabos reclamados". Sobre la función de los servicios de extinción de incendio, su necesaria proporcionalidad y efectos, véase AGUIRREZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki, La coacción administrativa directa. Ed. Civitas, 1990 y mutatis mutandis, pues está orientado a la actuación de la policía) CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis. "Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa". Revista e Administración Pública núm. 100 (1983).

57 STS de 13 de noviembre de 2017. Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sr. Trillo Alonso

reclamante ðno aportando la documentación contable sobre la que hace descansar su solicitud” (no siendo bastante la mera acreditación de la baja de cazadores) y añade que ðse ha de indicar que la documental propuesta como medio de prueba se sustenta en Informes emitidos por diversos organismos y los aportados por la entidad, sin embargo, nada se señala acerca de la contabilidad de la entidad, así como de las posibles liquidaciones del correspondiente impuesto por la actividad desarrollada, de la que se desprenda lo que se afirma por la entidad, pues de lo que se trata de obtener por este concepto es la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, por mínima que sea, y sin que suponga, como pretende la actora, la obtención desmesurada de un incremento patrimonial que no guarda relación con la realidad de la situación económica de la entidad perjudicada por el incendio”.

INCENDIO (EXTINCIÓN NO COMPLETA POR LOS BOMBEROS). La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 abril de 2018 (JUR 2018\166046)⁵⁸ trata sobre unos daños por incendio pero desde un punto de vista bien distinto del caso anterior, aquí la imputación no se debe al origen del incendio como al hecho de que habiéndose producido, siendo avisado e interviniente el servicio de bomberos, no se extinguió de modo completo, reavivándose y produciéndose daños.

La reclamación fue formulada por la aseguradora que había abonado el importe de los daños provocados por el incendio, siendo inicialmente desestimada por el correspondiente Juzgado Contencioso, resolución recurrida en apelación y resuelta de modo parcialmente favorable por el Tribunal Superior.

Dado que el Tribunal sí consideró que se había producido responsabilidad de los servicios de extinción de incendios, la cuestión final a dilucidar era el monto de la indemnización, que lógicamente correspondía al daño causado, abonado por la aseguradora.

Como es fácil de comprender, en el presente caso ya se habían producido daños por un primer incendio, y luego se produjeron

otros por al reavivarse el incendio que antes que extinguido había quedado latente.

La dificultad para discernir que daños correspondían a uno u otro, siendo así que solo los del segundo incendio era los indemnizables, la Sentencia alude a los informes de la aseguradora reclamante, y de la aseguradora del Ayuntamiento demandado, y luego no puede sino aplicar un mero porcentaje, el 50 %.

ROBO DE VEHICULO ESTACIONADO EN PARKING PUBLICO⁵⁹. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015/258290)⁶⁰ examina el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Lloret de Mar, condenado en la instancia seguida ante el Juzgado Contencioso de Girona que había anulado la previa resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial. El asunto enjuiciado también encuadrable en un funcionamiento anormal, y por su tipología fáctica no muy diferente a otros asuntos de responsabilidad civil (contractual -en este caso la Sentencia llega a mencionar la figura

⁵⁹ Véase también la STSJ País Vasco de 5 septiembre de 2012 (Sección 3ª Ponente Sr. Aguirre Bengoechea JUR 2012\171803) que se refiere a los daños sufridos por un vehículo que, aunque debería haberse encontrado en dependencias municipales, lo estaba al aire libre y sin vigilancia. Tras describir la relación entre la Policía Local del Ayuntamiento reclamado y la Ertzaintza, considera que ante la petición de la policía autonómica, la actuación municipal, constituyó al Ayuntamiento en depositario del vehículo, y respecto del monto de la reclamación, indica que “no puede desconocerse que el propietario, tras conocer los daños sufridos, lo recompró a su aseguradora por la cantidad de 600 euros, habiendo recibido la indemnización correspondiente por sustracción ilegítima, conforme a su póliza de seguro. Ello hace que la Sala considere que el daño real sufrido es el precio de recompra del vehículo que asciende a 600 euros, pues ya fue indemnizado el interesado por la sustracción sufrida”. Permítase la cita de una Sentencia del orden jurisdiccional civil, que también analiza daños (por incendio) en vehículo depositado (SAP Madrid de 15 marzo de 2016 (Sección 11ª JUR 2016\90559) en la medida en que se hace referencia a la reclamación por lucro cesante, aludiendo a la nada infrecuente certificación de la correspondiente asociación profesional, aportada para determinar la suma a conceder por cada día en que el vehículo se encontró paralizado. La Sentencia, tras reconocer la dificultad de la cuantificación de este concepto, dice que “tratándose en este caso de un vehículo industrial destinado a su explotación económica por su titular, el perjuicio por lucro cesante debe presumirse que existe por el mero hecho de la paralización” para añadir que “cuestión distinta es la determinación de la cuantía concreta que debe fijarse como indemnización por dicha paralización, que la Juzgadora fija ponderadamente en 100 euros por día de paralización”.

⁶⁰ STSJ Cataluña de 9 de septiembre de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 4ª. Ponente Sra. Abelleira Rodríguez.

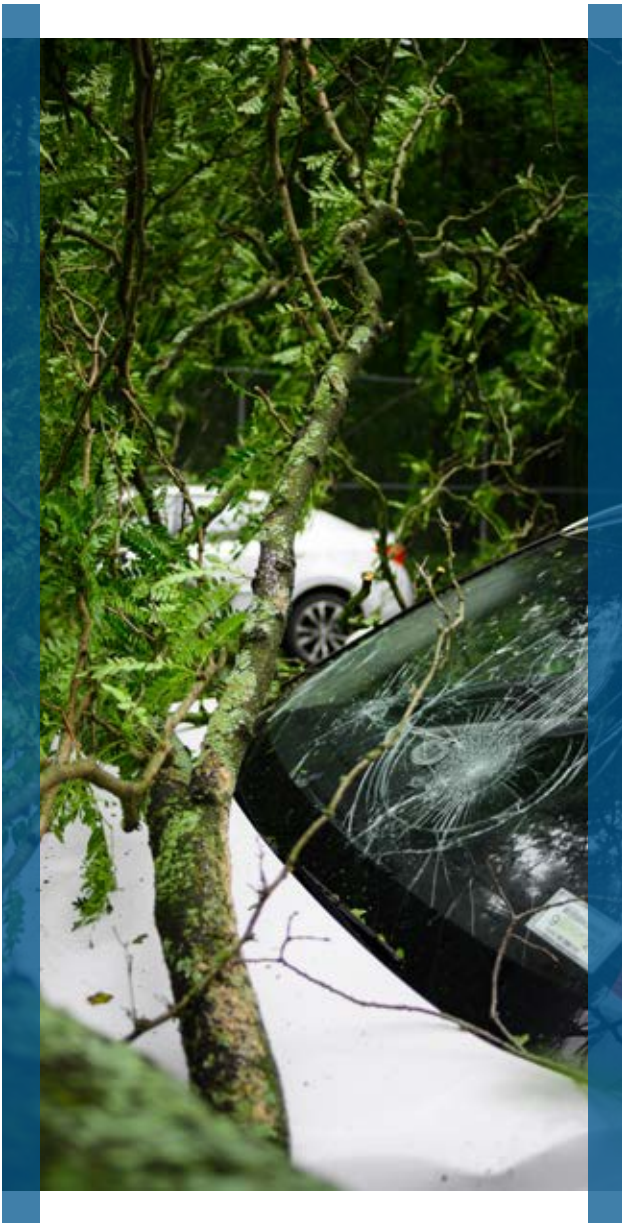
⁵⁸ STSJ Comunidad Valenciana de 10 abril de 2018 Sala de lo Contencioso. Sección 2ª Ponente Sr. Fernández Carballo-Calero.

del depositario- o extracontractual). En el muy turístico municipio en cuestión existe un recinto especialmente destinado al aparcamiento de autobuses, pagándose la correspondiente cantidad por su estacionamiento, el autobús de la empresa reclamante es hurtado de dicho recinto. La Sentencia confirma el parecer de la instancia de haber nacido una obligación indemnizatoria y en cuanto a las cantidades reclamadas, también confirma las otorgadas por daño emergente y por lucro cesante. Respecto de este particular, aunque precisa que no debe ser calculado sobre los ingresos brutos, sino sobre la ganancia dejada de obtener, se refiere a la prueba aportada, explicando que la peticionaria había aportado ya en sede administrativa “Certificado emitido por la Asociación de Transportistas de Viajeros por Carreteras de Toledo, que es la provincia de

donde proviene el autobús robado, por lo que ciertamente el informe adquiere relevancia por ser cercano a las circunstancias del desarrollo de la actividad de transporte de viajeros en el lugar de origen. El hecho de aportar otros documentos contables o informes periciales no supone que éste quede en entredicho puesto que analiza en cuestión el promedio de ingresos en un vehículo autobús en la provincia de Toledo”. Añadiendo que “otros documentos contables proporcionarían datos sobre el global de la actividad de la empresa pero aquí lo que interesaba era en relación con un vehículo en concreto”.

CAIDA POR DESNIVEL (VÍA PÚBLICA)⁶¹.

⁶¹ Véanse también, entre otras, SAN de 17 julio 2018 (Sección 3ª Sra. Acín Aguado JUR 2018\223452) que también trata sobre la caída de una persona, en este caso, llamativamente en la sede de un órgano judicial, analizando las medidas de seguridad que se hubieran adoptado para evitar ese resultado, y que, en lo que se refiere a las cuantías reclamadas, insiste en la aplicación del baremo previsto en la legislación relativa a accidentes de tráfico, sin conceder por una determinada partida vinculada a la situación de incapacidad, aduciendo problemas de prueba, vinculados con el carácter revisable de la declaración en dicha situación. También de la Audiencia Nacional, la Sentencia de 27 marzo 2015 (Sección 8ª Ponente Sr. Fernández de Aguirre Fernández JUR 2015\113059) que inicialmente afirma que “Dando, pues, lugar a la responsabilidad que se reclama, resta fijar el importe de la indemnización. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de diciembre de 1999, considera objetivo y razonable “el cálculo de la reparación de los daños personales en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración mediante el uso de los baremos de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor”, si bien matiza que “tal sistema de valoración es de mera referencia con el fin de introducir un criterio de objetividad en la fijación del ‘quantum’ indemnizatorio, pero sin que aquél tenga que aplicarse puntualmente ni menos deba considerarse de obligado y exacto cumplimiento..., pues de lo que se trata es del empleo de un método de compensación de daños personales utilizado en la práctica forense”, aunque posteriormente con una mínima alusión a un determinado parámetro médico, termina concediendo la suma de 20.000 €. Por su parte el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) en la Sentencia de 14 mayo de 2019 (Sección 1ª. Ponente Sra. Lucas Lucas JUR 2019\193750) que, en grado de apelación, trata de caída en vía pública municipal al encontrarse las baldosas flojas, en que también se sigue la aplicación del tan repetido baremo, aunque no se concede cantidad alguna por una intervención quirúrgica futura, alegando que no constituía daño efectivo, lo que -de algún modo- se aparta del propio baremo. A su vez, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia de 22 marzo de 2020 (Sección 4ª Sra. Bassols Muntada JUR 2020\132662), termina estimando en parte la reclamación de quien resultó perjudicada por caída en vía pública (zona de alcantarillado en mal estado), condenando tanto al Ayuntamiento en cuestión como -directamente en Sentencia- a su aseguradora y mas allá de la referencia que días de curación, lesiones y secuelas, parece que no termina de considerar acreditado el detalle y alcance de estas últimas, establece la condena en la cantidad de 15000 €. Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal



La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de septiembre de 2019 (JUR 2020/6063)⁶² trata el recurso de apelación formulado respecto de previa Sentencia de Juzgado Contencioso de Bilbao que a su vez había desestimado la impugnación del acto desestimatorio de la reclamación formulada contra el Ayuntamiento de Sestao. La solicitud de una muy relevante cantidad traía causa de la caída del reclamante por un desnivel de más de dos metros, al que se precipitó al abrir la puerta trasera de un vehículo que se encontraba aparcado en las proximidades de dicho terraplén. La lógica del proceso hace que lo primero que haya de examinarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia es si debe o no estimarse la reclamación, revocando previa Sentencia y previa desestimación administrativa, es decir, si se cumplían en el caso de autos los requisitos que la ley y la jurisprudencia considera propios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en un caso, como el presente, típico un supuesto funcionamiento anormal fácilmente parangonable a una responsabilidad civil extracontractual. Analiza si el lugar era o no de tránsito, si había o no barandillas, etc. y considera que si se ha cumplido tales requisitos

Superior de Justicia de Valencia de 8 mayo (Sección 2ª Ponente Sra. Millán Herrandis JUR 2018\235907) que igualmente alude a los informes periciales e incluso a las consecuencias psicológicas derivadas de un aborto sufrido por la perjudicada, para finalmente conceder la suma (a tanto alzado) de 15.000 € (“El tribunal fija a su prudente arbitrio y teniendo en cuenta las circunstancias señaladas anteriormente, una indemnización por el aborto y depresión sufridos en 15.000 €), y -finalmente- STSJ Madrid 13 octubre de 2016 (Sección 10ª Ponente Sra. Rufz Rey JUR 2016\256196) que explica al tiempo algunas circunstancias de lo ocurrido y lo atinente a la prueba sobre sus consecuencias, al afirmar que “es igualmente cierto que no se recoge en los informes médicos aportados ninguna lesión objetiva que hubiere impedido a la afectada la realización de sus actividades habituales. Esto no obstante, a juicio de la Sala, de los hechos considerados probados por la Sentencia de instancia se infiere un claro perjuicio, no sólo por las lesiones que sufrió la recurrente, aquí apelante, sino por el evidente estado de angustia que padeció durante el tiempo que estuvo inmovilizada y atrapada en la rejilla, situación nada desdeñable habida cuenta que tuvo que ser liberada por los bomberos quienes, a su vez, tuvieron que cortar la rejilla con motorradial, mientras se protegía a la afectada con chaquetón y las protecciones duras del equipo de descarceración”, añadiendo que “en atención a tales circunstancias, considerando acreditada la existencia del daño y la petición de indemnización, defectuosamente concretada pero formulada en términos que no permiten, a juicio de la Sala, rechazar cualquier tipo de compensación, se estima prudente fijar la cuantía de la reparación en 500 €”, cifra -de nuevo- fijada a tanto alzado en virtud de las facultades del juzgador.

62 STSJ País Vasco de 11 de septiembre de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª, Ponente Sra. Artaza Bilbao.

y da lugar a la estimación de la existencia de responsabilidad, lo que da lugar a que pase a examinarse las distintas partidas reclamadas con base -subráyese- en lo dispuesto en la Ley 35/2015, que se invoca analógicamente por el recurrente. De nuevo se hará abstracción del pormenorizado examen que se efectúa de las cantidades solicitadas por lesiones temporales, secuelas, perjuicio estético, gastos previsibles de asistencia futura y rehabilitación, y se hará específica referencia a lo que resuelve sobre la petición de cantidad por el concepto de lucro cesante que -coherente con las bases fijadas por el demandante- examina a la luz del artículo 126 de la precitada Ley 35/2015, efectuando el cálculo conforme a las tablas incluidas en dicha ley y estimando la reclamación.

ACCIDENTE EN RAMPA DE GARAJE (parking policía local, siendo el lesionado un agente allí destinado) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26 enero de 2017 (JUR 2017\209427)⁶³ examina el recurso de apelación formulado frente a una previa Sentencia de Juzgado Contencioso Administrativo.

La Sentencia pone de manifiesto que en la causación el accidente concurrió tanto la situación de la rampa del aparcamiento de la Comisaría de Policía Local (de la que se dice que llevaba cinco años en funcionamiento), como la propia conducción del vehículo por parte de la persona lesionada (“por ser un hecho probado la pérdida de control de la moto, manifestada en un frenazo brusco al final de la rampa, con toda seguridad, en reacción a la presencia de otro vehículo en sentido contrario”), dándose la circunstancia de que el lesionado desempeñaba su trabajo como agente de la policía en dicha Comisaría, es decir, que debía conocer el estado de las instalaciones, que fueron posteriormente -se dice- “reacondicionadas”.

Estimada una responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de la concurrencia del perjudicado a su resultado, lo que influirá en la suma final otorgada, el Tribunal se ocupa de determinar el alcance de las lesiones, haciendo referencia a los distintos informes periciales aportados, prefiriendo basarse en “las dos valoraciones aportadas separadamente por el Ayuntamiento y la aseguradora, esta última por ser superior, en beneficio del damnificado”.

No se explica la correlación entre dolencias

63 STSJ Andalucía (Sevilla) de 22 de diciembre de 2016, Sección 4ª, Ponente sr. Rodríguez Moral.

y cuantías, aunque resulta evidente el empleo de los baremos legales previstos para la valoración del daño corporal derivado de accidentes de tráfico.

CAIDA DE ARBOL⁶⁴. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2016 (JUR 2017/26982)⁶⁵ examina y resuelve recurso de apelación contra previa Sentencia de Juzgado de lo Contencioso que había desestimado la inicial demanda, lo singular del caso es que en este caso la parte recurrente es una aseguradora que impugna un acto administrativo que reconocía la responsabilidad de la Administración en el particular correspondiente a las concedidas.

El asunto de base es fácticamente prototípico de un supuesto en que se solicite una indemnización por responsabilidad extracontractual, léase por funcionamiento anormal de los servicios públicos. En el madrileño parque del Retiro, un árbol cae sobre unas personas, causando el fallecimiento de una de ellas, y las heridas de otra, a la sazón una de sus hijas.

Ante la reclamación de los perjudicados, el Ayuntamiento madrileño dicta resolución estimándola, concediendo determinadas (y relevantes) cantidades.

La aseguradora del Ayuntamiento procede a impugnar dicha resolución de su propio asegurado, viendo rechazado su recurso en la instancia y en la alzada, alegando que la decisión final no solo era arbitraria y desproporcionada, sino que se separaba (e incrementada) lo pedido por la representación de los perjudicados, extremo que es contestado

64 Véase también, la STSJ Asturias de 3 junio de 2019 (Sección 1ª Ponente Sr. Chaves García JUR 2020\34561), en que se estima la responsabilidad patrimonial de la Administración por la caída de un árbol sobre un vehículo, y que en lo relativo a la cuantía (daño emergente), dado que no se había llegado a reparar el coche y solo se contaba con el informe pericial elaborado por la aseguradora, la Sala afirma que "la factura puede ser justificante del valor del daño pero no el único medio exclusivo y excluyente, lo suyo era que la Administración sopesase la credibilidad de la pericia de parte y apoyado en sus propios informes de valoración hubiese fijado su criterio sobre la estimación real de los daños, en vez del formalismo excluyente y rígido automatismo de exigir la factura y solo la factura". Lo curioso del iter del asunto, pero plenamente lógico desde el punto de vista jurídico, es que, ya en vía jurisdiccional, el vehículo se reparó y se aportó factura, de importe superior al del peritaje, que es la cantidad finalmente concedida pues es la suma reclamada en vía administrativa.

65 STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 10ª. Ponente Sr. Villafañez Gallego.

por otra singularidad del caso sometido a enjuiciamiento, y es que el expediente de responsabilidad realmente fue iniciado de oficio, entendemos que mas allá de que se diera audiencia en el mismo a los perjudicados, lo que recuerda la Sala al desestimar el motivo de apelación, considerando además que no se ha perjudicado el derecho de defensa de la aseguradora pues la misma ha podido alegar s en vía administrativa sobra las cuantías.

Despejada la cuestión formal de la supuesta incongruencia (que lo sería del acto administrativo, no de la sentencia apelada), la Sala se refiere a las dos partidas indemnizatorias que centran la controversia, daño moral y lucro cesante, con otra singularidad que afecta al razonamiento desestimatorio, pues la resolución municipal concedía el daño moral, y no incluía pronunciamiento por lucro cesante, de modo que el acierto o no de la decisión municipal anuda una y otra cosa.

FALLECIMIENTO por agresión de un preso durante un permiso carcelario. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 enero de 2016 (JUR 2016\33338)⁶⁶ resuelve el recurso contencioso formulado, concediendo determinadas cantidades a padres y hermanos.

La causa de la reclamación es descrita por la Sentencia de un modo sintético pero suficientemente descriptivo. Se dice que la misma es "el asesinato, previa detención ilegal y tras haber sido drogada, de ..., de 25 años, hermana e hija, respectivamente, de los demandantes, por el condenado ... el mismo día que tenía que reingresar de un permiso de salida de fin de semana del Centro de Inserción Social (CIS) de Palma de Mallorca en donde se encontraba preso por nueve delitos de robo, cumpliendo más de diez años de condena, así como por la falta de comunicación en el debido tiempo a las Fuerzas y Seguridad del Estado por parte del CIS respecto al no reingreso del interno el día de los hechos, así como por la falta de emisión de una orden de busca y captura, y por la ineficacia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la hora de atender las denuncias en relación a la desaparición de ..., y de proceder a la localización y detención de ... una vez fugado".

Con dicha descripción se deja claro que la responsabilidad patrimonial apunta tanto al brazo penitenciario como al policial

66 SAN de 20 enero de 2016. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 5ª Ponente Sra. Sánchez Cordero.

de la Administración, y a sus defectuosos funcionamientos, analizando el sentido de las penas, orientado a la reinserción, pero también las circunstancias que concurrieron en el caso, y la jurisprudencia existente en casos análogos, para con todo ello, afirmar que “debe declararse que en el presente caso concurren los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad patrimonial,... porque, como ha quedado razonado en párrafos anteriores ... no sólo se han producido daños - muy graves, añadimos- en los que no hay deber jurídico de soportar conforme a la Ley de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, en la doble vertiente de concesión de permisos y de reinserción social, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, y, además, de las circunstancias concurrentes no cabe concluir que no se hubiesen podido prever o evitar, por lo que incumbe al Ministerio del Interior la reparación de los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos”.

Para la cuantificación del daño, trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo, que -en buena medida- recuerda la aplicación del baremo legal en materia de accidentes de tráfico, teniendo en cuenta -eso sí- la convivencia o no de la víctima con los padres reclamantes (de la lectura de la Sentencia no consta que el novio de la fallecida, con el que convivía y la apoyaba económicamente, reclamase cantidades).

A partir de ahí, reduce el monto reclamado, pues -dice- “no parece lógico atribuir idéntica obligación reparadora al responsable del delito que a quien no lo ha sido, porque sería tanto como atribuir la responsabilidad exclusiva de los daños de la Administración (prescindiendo de la voluntad delictiva del reo), o como reconocer una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración respecto de la actuación del interno (responsabilidad subsidiaria que, obviamente, tampoco se da en este caso)”.

EFECTO DE UNAS OBRAS PUBLICAS SOBRE INSTALACIONES DE REGADIO. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2019 (RJCA 2020/172)⁶⁷

67 SAN de 13 de diciembre de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 8ª. Ponente Sra. Pedraz Calvo.

Alguna analogía puede encontrarse con la STSJ de 12 marzo de 2019 (Sección 1ª Sra. Hidalgo Bermejo JUR 2019\139747) en cuanto que los daños en una finca, se derivan de una presa colindante. Respecto de la cuantía reclamada, se

procede a resolver desestimatoria la solicitud de indemnización por daños y perjuicios supuestamente derivados del impacto sobre el aprovechamiento agrícola de una finca por las obras en una carretera que hubieran incidido en las infraestructuras de riego.

En vía administrativa se dictó resolución parcialmente estimatoria de lo solicitado, por lo que examinando la Sala lo relativo al no reconocido lucro cesante, lo desestimaré con referencia a distintos aspectos que van desde lo indemnizado en expediente de expropiación forzosa que reseña (literalmente se consigna que en ese expediente se ha pagado el equivalente a cuatro cosechas) o la actuación material del recurrente respecto del funcionamiento del riego, lo que compara con lo que realizaron los titulares de otros predios.

Además, y como quiera que se había aportado informe pericial, la Sentencia recuerda que los tribunales valoran los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, sin entenderse vinculado a los mismos.

Desde este punto de vista, la Sentencia reseña la jurisprudencia relativa a la noción de daño moral, y -dice- “partiendo de estos postulados”, considera que la sentencia del Juzgado tampoco incurre en ninguna de las infracciones imputadas por la aseguradora, pues aceptando que -añade- “siempre será una cuestión sujeta a crítica la fijación de una concreta cuantía del daño moral, derivado del inevitable subjetivismo que preside su fijación (...) ello no significa que la indemnización reconocida a los perjudicados, por alta, desorbitada o falta de motivación que le pueda parecer a la aseguradora, pueda ser reducida a una operación aritmética de comparación o contraste con la que, a su entender, resultaría de la aplicación de los baremos legales”, es mas, considera la Sala que la Sentencia “se ajusta a las concretas circunstancias del caso, que la sentencia pondera debidamente, y satisface el principio de reparación integral del daño”, y así lo explica al decir que “que el

concede un 10% de la suma reclamada, pues calculándose está sobre la pérdida de la finca (“resultado de multiplicar el valor medio de hectárea por la superficie de la finca (...), considerando que el precio por hectárea viene dado por los valores medios generales publicados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en 2014”, no se entiende acreditado que realmente el efecto del daño vaya a suponer la pérdida total y permanente de la misma, pero si se considera que se ha producido un daño, que debe indemnizarse, por lo que se acude a dicho cálculo porcentual.

deber de indemnizar haya sido originado por un funcionamiento normal de la Administración Pública, que el fatídico hecho fuera presenciado solo por los hijos menores y no por el resto de perjudicados o que a la aseguradora le parezca contradictorio no indemnizar por lucro cesante y sí por daño moral derivado de la angustia producida por la pérdida de ingresos ciertos no son argumentos que nos permitan apartarnos un ápice de la conclusión expuesta, pues todos ellos son subsumibles en el inevitable subjetivismo implícito, no solo en la fijación del daño moral, sino también en su crítica. Las sumas indemnizatorias fijadas entran dentro de lo que esta Sala considera una razonable compensación del daño, por seguir la terminología empleada por el Tribunal Supremo, por lo que el pronunciamiento de instancia debe ser firme y rotundamente confirmado en sede de apelación”.

B.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS: DE ANULACIÓN DE RESOLUCIONES, DILACIÓN EN SU ADOPCIÓN, CAMBIOS DE CRITERIO, NORMAS O ACTOS QUE INCIDEN EN LA SITUACIÓN DE TERCEROS.

DETENCION ILEGAL. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 enero de 2016 (JUR 2016\36358)⁶⁸ resolvió y estimó parcialmente el recurso formulado frente a la desestimación por silencio de la petición de indemnización de una persona que fue detenida al llegar al Aeropuerto de Barajas, debiéndose la detención a un error de identificación.

Lo que se desprende de la lectura de la Sentencia es un llamativo error de identificación, con cita de los sistemas informáticos y de las contradicciones entre quien se creía estaba accediendo a territorio español, y quien realmente fue detenida.

La reclamante, sobre la que no pesaba orden de busca (pues incluso la que identificaba a la persona con la que habían confundido había caducado), era además funcionaria norteamericana.

Como consecuencia de los hechos reclamó una determinada cantidad, que comprendía el daño moral, así como las consecuencias psicológicas derivadas de dicha detención ilegal y errónea, suma que la Administración consideró excesiva, siendo así que frente a los

50.000 € pedidos se ofrecían 600 €, frente a decenas de miles, se proponían cientos de euros, siendo resuelto por la Sala en la suma de 3.000 €, sin mas concreción que entender esa “cantidad ...viene a cubrir, económicamente, la injusta situación vivida por la recurrente”, es decir, que la suma no alcanza a un 10% de lo reclamado, de hecho, se encuentra mas cerca de un mero 5% de lo pedido, sin explicarse -ni aún con mención a otras Sentencias- el por qué de dicha suma que parece corresponder exclusivamente a daño moral.

PRISION PREVENTIVA⁶⁹. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2017 (JUR 2018/5697)⁷⁰ corresponde al singular ámbito de la responsabilidad derivada del funcionamiento de la Administración de Justicia, y mas particularmente a las posibles consecuencias indemnizatorias de la prisión preventiva. En el caso enjuiciado, el reclamante terminó siendo condenado a tiempo inferior del que había estado como preso preventivo, de ahí que solicitara la indemnización. De nuevo, a los presentes fines, se hace abstracción del debate sobre la concurrencia o no de los especiales requisitos de los que depende la existencia misma de responsabilidad según la específica regulación contenida Ley Orgánica del Poder Judicial -artículo 294- (y la jurisprudencia que la viene interpretando), y partir del dato de que en el presente supuesto, la Sala de la Audiencia Nacional revocó la plena desestimación acordada en vía administrativa, determinando el periodo sobre el que debía calcularse la indemnización, y sobre ese periodo solo se concede la sumas correspondientes a daños morales y personales (por los que solicitaba 120 €/día), rechazando lo correspondiente al lucro cesante al considerar que “no constar desarrollara una actividad laboral con carácter previo a su ingreso en prisión y en todo caso en la cantidad reconocida anterior por daños morales ya se tiene en cuenta el hecho de verse privado de la posibilidad de realizar una búsqueda de empleo para poder desarrollar

⁶⁹ Véase, SELIGRAT GONZALEZ, Victor Manuel, “Responsabilidad civil por uso indebido de prisión preventiva. El restrictivo giro jurisprudencial del Tribunal Supremo: problemas de adecuación con principios constitucionales y recientes criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” Revista española de Derecho Administrativo num. 189/2018 y la “ficha de jurisprudencia” preparada por Inés LARRAYOZ SOLA, “TS establece que toda absolución da lugar a indemnización al perjudicado que haya sufrido prisión preventiva” Revista Aranzadi Doctrinal num. 11/2019. En todo caso, véase la STC 85/2019, de 19 de junio.

⁷⁰ SAN 28 de noviembre de 2017. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª Ponente Sra. Acín Aguado.

⁶⁸ SAN de 27 enero de 2016 Sala de lo Contencioso. Secc. 5ª Ponente Sr. García de Paredes.

una actividad laboral”⁷¹.

EXPULSION DE EXTRANJERO⁷². La Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2019 (RJCA 2019/59)⁷³ rechaza la petición indemnizatoria efectuada por un extranjero del que se dictó una inicial orden de expulsión, luego revocada por razones humanitarias.

Para la comprensión del asunto, la Sala de la Audiencia Nacional realiza un detallado repaso cronológico de los distintos pronunciamientos administrativos y judiciales tendentes a la expulsión del reclamante, que después de diversos pronunciamientos desfavorables, años mas tarde, por razones humanitarias, se deja sin efecto la orden de prohibición entrada y, luego, la autorización de residencia y trabajo, y a partir de ello se solicita la indemnización.

⁷¹ Véase también la STS de 17 de mayo de 2016 (Sección 6ª Ponente Sr. Trillo Alonso RJ2016\2605) que específicamente sobre la indemnización reclamada, descarta el lucro cesante, diciendo que “La actora en su escrito de demanda reclamó 1.054.656 euros por los 542 días que se mantuvo en prisión; 18.655 euros por lo dejado de percibir como consecuencia de la pérdida de trabajo; 12.169 euros por la pérdida de residencia legal en España hasta la interposición de la reclamación previa; 80.000 euros por daños psicológicos y 100.000 euros por daños morales y derecho al honor, cantidades que se incrementarían con el interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación, el 24 de febrero de 2012. Pues bien, atendiendo a los conceptos expresados debidamente acreditados a excepción de lo dejado de percibir por pérdida de trabajo, a que los daños morales y el derecho al honor no vienen agravados por situación o circunstancia distinta a la de la permanencia en prisión, y a que la situación de pérdida de residencia legal en España no fue irreversible, se fija una indemnización de 60.000 euros como cantidad total a percibir y actualizada a la fecha de esta sentencia, así como la SAN de 17 de noviembre de 2015 (Sección 3ª Ponente Sr. Méndez Canseco JUR 2015\302962) que resuelve lo relativo a la cuantía reclamada del modo que simplemente se transcribe a continuación “... al no ajustarse la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, el recurso debe ser estimado y anulada aquélla. No obstante, las pretensiones de la demanda sólo se estiman en parte, es decir, frente a los 353.400 € reclamados por el actor, la indemnización que este tribunal considera ajustada a derecho asciende a la cantidad de 194.000 €. Este es el alcance de la estimación del presente recurso.

⁷² Véase también, SAN de 23 enero 2019 (Sección 5ª Ponente Sra. Sánchez Cordero. JUR 2019\64163) que desestima indemnizar a un extranjero cuya orden de expulsión fue revocada, considerando que la inicial resolución, aunque fuera revocada no puede calificarse “como arbitraria, irrazonable o desproporcionada, que es -subraya- lo que debe determinarse al enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración”, a lo que añade que ni consta acreditado un daño efectivo, ni es indemnizable “la aflicción sufrida por otros” (familiares), ni hay daño moral “el hecho de vivir en el país de origen del que se es nacional”.

⁷³ SAN de 13 de febrero de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sra. Sánchez Cordero.

A partir de ahí, se reitera la consolidada doctrina que correlaciona actos administrativos (incluso en caso de anulación de los mismos) e indemnización, insistiendo en aspectos específicos como el examen de la antijuridicidad o no de la actuación administrativa, el margen de razonabilidad⁷⁴, considerando que no concurren en este caso las circunstancias que avalaran la petición indemnizatoria, amén de que -se dice también- tampoco se ha acreditado el daño efectivo, y mas en particular porque, en cuanto al lucro cesante, “debe acreditarse, no suponerse”⁷⁵.

RETIRADA DE PRODUCTO. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015 (RJ 2015/3133)⁷⁶ aborda una solicitud de

⁷⁴ Como explica la Sentencia de la Audiencia Nacional, Dlo relevante para la valoración de la tipología a que se ha hecho referencia es que ha de ser examinado conforme a las características de razonabilidad de la decisión y a la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisible en derecho, sin perjuicio de que por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido.

⁷⁵ Si bien las conexiones entre ambos tipos de asuntos se limitan al hecho de ser ciudadanos extranjeros que reclaman una indemnización de la Administración pública después de la anulación de ciertos actos administrativos, se considera de interés la cita del trabajo de PRADO GONZALEZ; Miguel “Comunitarios B y responsabilidad patrimonial” Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento num. 32/2011, en que se examina una Sentencia de la Audiencia Nacional que hubo de enfrentarse a la reclamación de un jugador de baloncesto que no pudo ser alineado en atención a su condición de extranjero. Quizá especialmente interesante es el apartado en que trata sobre la reclamación del jugador, los conceptos solicitados y la valoración de los mismos por la Sala.

⁷⁶ STS de 26 de mayo de 2015, de la Sala de lo Contencioso. Sección 4ª. Ponente Sr. Díaz Picazo Giménez. Véase también la STS de 19 junio de 2018 (Sección 5ª Ponente Sr. Olea Godoy RJ 2018\3248) que rechaza la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la retirada de ciertos productos.

Parece oportuno traer a colación, el artículo de María Victoria Galvez, “Responsabilidad patrimonial derivada de la adopción de medidas cautelares en el contexto de alerta alimentaria: el caso del aceite de orujo de oliva”, publicado en el número 7, año 2010, de la Revista Aranzadi Doctrinal, que repasa los antecedentes del caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina comunitaria, así como los principios de precaución, seguridad de los productos y seguridad alimentaria, así como el de protección de la salud. En el comentario final del trabajo (auténtico resumen conclusivo del mismo) se dice “Aun cuando exista coincidencia entre las sentencias del Tribunal Supremo con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la medida en que rechazan las pretensiones indemnizatorias basadas en la anulación de un acto administrativo anterior, lo cierto es que el fundamento del pronunciamiento desestimatorio es distinto y, si bien en el caso de la alerta alimentaria del aceite de orujo tuvo

indemnización nacida de una actuación de la Administración española decidiendo -aplicando cierta Orden Ministerial- la retirada de ciertos productos medicinales que procedían de Bélgica, lo que contravendría el Derecho Europeo. El Tribunal Supremo revoca la previa decisión desestimatoria adoptada por la Audiencia Nacional. Al desbordar el objeto de este comentario ha de obviarse el comentario al fondo del asunto (y especialmente, del requerimiento jurisprudencial comunitario de que la infracción sea “especialmente caracterizada”⁷⁷) y acudir directamente a lo que se resuelve sobre la indemnización solicitada en atención al perjuicio derivado de la actuación de la Administración española que, en la práctica, limitó la libre circulación del producto retirado del mercado⁷⁸.

su fundamento exclusivamente en el derecho interno, sin embargo, la desestimación en vía administrativa de las reclamaciones de indemnización sí estaban fundadas tanto en el principio de máxima protección de la salud como en el principio de precaución, de forma que lo que realmente justificaba la adopción de la medida extraordinaria de inmovilización del producto era la naturaleza del bien jurídico protegido, la salud pública de los ciudadanos, que es preeminente sobre los demás intereses jurídicos en liza, como es el caso de los intereses económicos de las empresas del sector. La protección de la salud se llevó a cabo con una actuación preventiva, avalada por el principio de precaución, dada la incertidumbre que presentaba el caso desde el punto de vista científico. Por último, aun cuando el riesgo para la salud no fue considerado inminente lo que justificó la anulación judicial de la alerta sanitaria, lo cierto es que según la doctrina del Tribunal europeo, no se trató de una violación suficientemente caracterizada, dado el margen de apreciación que las autoridades sanitarias tienen ante la sospecha de un riesgo para la salud”.

Complementariamente, aunque centrado en los problemas de responsabilidad derivados de los propios medicamentos, y no tanto en la retirada de los mismos, GALAN CORTES, Julio Cesar. *Responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios*. Ed. Civitas, 2020, Asimismo, GONZALEZ GONZALEZ, Evaristo “Administración sanitaria y responsabilidad por productos sanitarios defectuosos con marchio CE” *Revista española de Derecho Administrativo* num. 200 (2019)

77 Con cita de la Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2009 (TJCE 2009, 46), la resolución del Tribunal Supremo afirma que “Dado que la Administración española conocía estas circunstancias, no cabe sostener que la orden de retirada de los productos de la recurrente constituya una infracción inadvertida o excusable del derecho de la Unión Europea. Se trata de una vulneración deliberada de la norma y, por consiguiente, suficientemente caracterizada a efectos indemnizatorios. Debe tenerse en cuenta, además, que la reclamación indemnizatoria de la recurrente no se refiere a todos los productos retirados, sino sólo a los pertenecientes a la denominada “gama Biover”, la única de la que consta el conocimiento de su origen por la Administración española”.

78 Al respecto, la Sentencia comentada examina el mecanismo de comunicación contemplado en la normativa europea y las obligaciones nacidas de los propios tratados.

El reclamante solicitaba una importante indemnización, desglosando diversas partidas, que iban desde daños por inmovilización de productos, su coste de retirada o los daños reputacionales, interesando por lucro cesante una cifra superior al millón y medio de euros, siendo esta la partida mas elevada, como destaca el propio Tribunal. Al respecto, el Fundamento Sexto de la Sentencia afirma que “conviene destacar que el dictamen pericial aportado por la recurrente no da plenamente razón de las cifras que emplea para calcular las ventas que se habrían podido realizar si no se hubiera dado la orden de retirada de los productos. Es verdad que esas cifras son consideradas correctas -en el sentido de ajustadas a la contabilidad de la empresa- por un documento de la sociedad encargada de la auditoría de la recurrente. Pero esto no deja de ser una especie de “dictamen pericial de segundo grado”, que no neutraliza la objeción de que no se han dado a conocer los datos reales en que se basan los cálculos del perito y, por ello mismo, esos cálculos no pueden ser críticamente examinados. Con todo -prosigue-, hay otra objeción aún más grave: tal como indica el Abogado del Estado, la recurrente no ha probado que los productos no fueron luego comercializados en otro país, ni menos aún que no pudieron serlo como consecuencia de la orden de retirada dictada por la Administración española. Entre las pruebas practicadas no hay ninguna que acredite cuál fue el destino de los productos retirados. No puede decirse, así, que haya lucro cesante, entendiendo por tal -como no podría ser de otra manera en un razonamiento técnico-jurídico- la pérdida injustificada de una ganancia que razonablemente se habría debido obtener”. La derivada de ese razonamiento y del hecho mismo de que se reclamase también el coste de retirada del producto (luego, podría haber sido comercializado en otro lugar, aun con incremento de coste) lleva a la Sala a conceder una importante cantidad que engloba el resto de los conceptos de daño emergente (inmovilización, retirada y daño reputacional, calculado al parecer a tanto alzado y cuya estimación no suscita mayor comentario), lo que -en la práctica supondría algo mas del 10% del total solicitado, pero no concediendo cantidad alguna por lucro cesante.

ERROR JUDICIAL⁷⁹. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (RJ 2020/2480)⁸⁰ examina la posible existencia de

79 GONZALEZ VARAS, Santiago “Error judicial: casuística y problemas” *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 7/2017

80 STS 23 de julio de 2020. Sala de lo Contencioso. Sección

error en la previa Sentencia dictada por Tribunal Superior de Justicia que a su vez había tratado una petición indemnizatoria derivada de la nulidad de una concesión de obra respecto de un puerto deportivo. El Tribunal Supremo estima que sí ha tenido lugar el citado error.

Para comprender mejor las circunstancias del caso, cabe retrotraerse al origen del mismo. Quien finalmente solicita el reconocimiento de haberse producido el tan repetido error, era la empresa que -en su día- había obtenido el otorgamiento de una concesión de obras para la ampliación de determinado puerto deportivo, que fue anulada por un defecto formal imputable a la Administración, lo que hizo imposible que la empresa adjudicataria ejecutase el proyecto, por lo que solicitó la devolución de los cuantiosos avales en su día

prestados, lo que largo tiempo más tarde fue denegado por la Administración, decisión que fue anulada judicialmente. Además, la mencionada empresa instó procedimiento de responsabilidad patrimonial en reclamación de los perjuicios propios de la suspensión y paralización definitiva de las obras en cuestión. La Administración acogió la devolución de las fianzas, avales y el abono del importe de la obra ejecutada, desestimando lo solicitado como lucro cesante, que es el particular al que se dedica especial atención en estas páginas, contra esta decisión en vía administrativa se formuló el recurso contencioso, que fue desestimado.

Contra la desestimación judicial, el reclamante inició el camino procesal que llevará a la decisión comentada. Primero intentó el recurso de casación, que fue inadmitido.

2ª, Ponente Sr. Merino Jara.



Después formuló incidente de nulidad, que fue inadmitido. Finalmente, inició demanda de error judicial.

La decisión del Tribunal Supremo examina la doctrina general sobre el procedimiento para la declaración de error judicial⁸¹, y las características del mismo, de modo que -recuerda- la declaración de un “error judicial”, es un “presupuesto previo” para poder conocer de la acción destinada a obtener una indemnización de daños y perjuicios que tengan su origen en las decisiones jurisdiccionales, procediendo a reconocer que sí se ha producido dicho error, explicando que el mismo recae sobre un aspecto (la afirmación por la previa resolución de que no se habían aportado unas facturas, que si obraban en autos) matizando

81 Véase el FJ 5º de la Sentencia, con amplia cita jurisprudencial, así como el FJ 6º que explica que el error cometido, “En la redacción originaria, el razonamiento argumentativo que conduce a la desestimación tiene lógica y es coherente -al margen de que se esté en acuerdo o en desacuerdo con su conclusión-, lo que sucede es que se apoya en una premisa que no es correcta, cuál es la ausencia de facturas. En la redacción aclarada queda patente que sí se han aportado facturas. Cabría esperar, por tanto, después un plano lógico y racional, que de la valoración realizada se dedujera (ya sea implícitamente, ya sea explícitamente) que tales facturas que obran en autos, realmente han sido valoradas. No ha sido así, es más, el razonamiento realizado en relación con los conceptos sobre los que se hace hincapié en la demanda de error judicial, está en franca contracción con el contenido de la sentencia tras su aclaración (que en este aspecto no ha cambiado), puesto que, no se olvide, se basa en la inexistencia de facturas para justificar el rechazo de pretensiones objeto de controversia...”, concluyendo que “nos hallamos ante un error judicial. No se trata de la valoración de unos determinados documentos con arreglo a unas pautas hermenéuticas razonables lógicas y coherentes, siempre dentro del marco que el juzgador tiene reconocido para llevar a cabo su función. Se trata, lisa y llanamente, de que no se han valorado un voluminoso conjunto de facturas que se reconoce que obran en un CD, documento 12. Ello contamina toda la valoración de la prueba contenida en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia del tribunal valenciano. La valoración, en esas condiciones no es racional ni coherente. El error es patente, indubitado, incontestable y determinante. En cambio, con respecto a las medidas compensatorias y riesgo y ventura del concesionario, sobre las que se extiende la sentencia en su fundamento sexto, declaramos que no nos hallamos ante un error judicial puesto que la sentencia objeto de la demanda judicial cumple con los parámetros de lógica y razonabilidad que resultan inexcusables en toda decisión judicial y responde a un criterio hermenéutico o aplicativo que, pese a que pueda ser objeto de polémica, no exterioriza de manera ostensible e indubitada, un desconocimiento del ordenamiento jurídico por la falta de aplicación de la norma que necesariamente haya de ser observada en el caso litigioso o por su arbitraria interpretación. Interesa recordar al efecto, que el procedimiento de error judicial no constituye una nueva instancia o recurso procesal en la que el accionante pueda insistir en el criterio que le haya sido desestimado, con la mera finalidad de que un determinado pronunciamiento sea sustituido por otro de alcance distinto”.

la lógica de otros razonamientos sobre medidas compensatorias, riesgo y ventura del concesionario, insistiendo la Sala en que “se estima la pretensión de declaración de error judicial, bien que limitada a su función de requisito previo a la eventual pretensión de responsabilidad patrimonial a ejercitar, en su caso, contra el Estado. Efectivamente, la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable, junto con la sentencia dictada en proceso de revisión, de una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial del Estado Juez”, siendo en esta en la que volverá a sustanciarse aquello que es discutido, el lucro cesante, aunque con esos parámetros sobre aquello en que erró la previa decisión y aquello otro en que lo decidido por el Tribunal Superior de Justicia, sea cual fuera la opinión de las partes, puede ser razonable.

ANULACION DE ACTOS. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2016 (JUR 2016/226333)⁸² resuelve el recurso de una empresa contra la Administración autonómica, y aunque reconoce que se cumplirían los requisitos de la responsabilidad patrimonial, desestima cada una de las partidas solicitadas y -en consecuencia- deniega la indemnización solicitada. El origen de la reclamación se encuentra en la previa anulación en sede contenciosa de otro acto administrativo autonómico (autorización de licencia ambiental).

Correspondiendo el asunto a aquellos en que se pretende vincular la anulación de un acto administrativo con la producción de unos daños indemnizables, la Sentencia comienza por realizar amplia cita de la jurisprudencia sobre este particular, recordando que “la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la administración no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella cuando se cumplan los requisitos precisos establecidos con carácter general”, para posteriormente examinar las circunstancias del caso, y la motivación de la previa anulación a la que ahora quiere anudarse la consecuencia indemnizatoria, siendo así que los reproches que provocaron aquel fallo fueron esencialmente de carácter formal (procedimental), de donde concluye que “la administración, “dueña” del trámite, erró lamentablemente en la tramitación

82 STSJ Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sr. Picón Palacio.

del procedimiento que, tanto la legislación nacional, como la autonómica, le imponían para otorgar la autorización que concedió. Ahora bien, aunque alguno de los yerros pudiera ser discutible, en cuanto a las circunstancias del caso, como lealmente sigue diciendo la actora respecto de la intervención de la Confederación Hidrográfica del Duero, al verterse los desagües al colector municipal, es lo cierto que el conjunto de los malos pasos en la tramitación del proceso, muy extendido en el tiempo y que, por su naturaleza, exigían una muy prudente actuación, con exquisito cumplimiento de los trámites, suponen una clara razón de responsabilidad patrimonial en cuanto la administración autonómica dio lugar a la quiebra de pasos expresa e inexcusablemente previstos en la normativa aplicable”.

Abierta la puerta a la existencia responsabilidad, la Sentencia analiza las partidas reclamadas, importantes y no muy diferentes para el daño emergente⁸³ y el lucro cesante solicitado, debiendo centrar el comentario en este segundo que también será rechazado al ser calificado lo pedido como mera expectativa, explicando que “la falta de ingresos no derivaba de la mala y tórpida actuación de la administración en la tramitación del expediente, sino del hecho de que en los años 2011 y 2012 no había instalaciones donde trabajar por decisión de la propia empresa, quien, hipotéticamente, y con riesgo cierto, hubiera podido al amparo de la ejecutividad de las decisiones administrativas,

83 Aunque en el texto del trabajo se trata lo relativo al lucro cesante, déjese al menos anotada la respuesta denegatoria que da la Sentencia a los distintos conceptos que se reclamaban como daño emergente, respuesta, por cierto, no infrecuente en otras resoluciones judiciales. Así, respecto de la petición de ser indemnizada por los gastos de adquisición de ciertas finca donde se iba a instalar la actividad se dice que “son fincas adquiridas tanto a la administración local, como, posteriormente, a particulares y que forman parte actualmente del patrimonio de la administrada. La reparación del daño que se insta, mediante el abono del precio pagado carece, en absoluto, de razón de ser, en tanto en cuanto la propiedad de las fincas pertenece a la propia administrada y si se le abona el precio, además de retener la propiedad de los inmuebles, es de considerar que obtendría un doble beneficio, pues sería dueña de inmuebles cuyo precio le ha pagado otro” En cuanto a las otras cantidades por remuneración a empleados y servicios profesionales, la Sentencia critica la documentación en que pretende basarse lo pedido (“se apoyan en una pluralidad de facturas no suficientemente desglosadas y correlacionadas con las aportadas a los autos, las cuales no han sido ratificadas debidamente en autos, en cuanto la pericial que sobre ellas se practicó ante la Sala solo pudo aportar su constatación en los libros de la sociedad, pero no su realidad, ni tampoco su correlación con daños efectivamente causados a la demandante derivados del hecho objeto de este litigio propiamente dicho”).

seguir con la tramitación de sus instalaciones, pero que, se insiste que prudentemente, según los resultados finales, optó por una actitud conservadora”.

ANULACION DE ACTO. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de marzo de 2019 (JUR 2019/207579)⁸⁴ examinó el recurso de apelación formulado respecto de la previa Sentencia del Juzgado Contencioso de Huesca que desestimaba la demanda, y con ello confirmaba la inicial denegación efectuada en vía administrativa.

La indemnización reclamada, en lo esencial constituida por la solicitud de un importe correspondiente a lucro cesante, tenía su origen en el inicial otorgamiento de una licencia para la explotación de ganado porcino, ya que esta licencia fue posteriormente anulada judicialmente.

Dos son los motivos en que se basa la denegación de la indemnización solicitada.

Por un lado, la necesidad del particular de soportar el daño que viene producido por la anulación en vía jurisdiccional de la decisión que permitió la apertura de la explotación ganadera, máxime cuando -se añade- el inicial otorgamiento de la licencia “no fue una decisión carente de toda razonabilidad ni arbitraria, y favoreció inicialmente al actor, aunque posteriormente hubo de revocarse como consecuencia de la sentencia del juzgado, confirmada por esta Sala”.

Quizá con este argumento habría ya razón bastante para la desestimación, pero se añade, que, por otra parte, la Sala no constata una especial afección personal del recurrente, rechazando conceder lo solicitado por daño moral, ni ser indemnizables los gastos en que incurrió para una breve reapertura, y también rechaza lo pedido por lucro cesante no se considera acreditada pues -dice la Sentencia- “puede entenderse como hecho probado que durante el año 2011 se permitió al demandante que mantuviera la explotación en ejercicio, como afirma la administración recurrida, lo cierto es que la cuantía de la indemnización se establece en la demanda sobre la base de una declaración de la propia parte, no verificada por prueba pericial, testifical o de otra clase”.

ANULACION ACTO. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de

84 STSJ de Aragón de 25 de marzo de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sr. Zubiri de Salinas.

enero de 2018 (RJCA 2018/1)⁸⁵ examina recurso formulado contra una previa resolución de la Administración autonómica, que si bien había reconocido la existencia de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de otra previa resolución, sin embargo no concedía las cantidades pretendidas por la actora, de modo que la controversia sometida al conocimiento del tribunal gira sobre ese aspecto, siendo el recurso desestimado por la Sala.

Los hechos que se encuentran en la base de la reclamación corresponden a lo ocurrido con la concesión de explotación minera inicialmente otorgada a la reclamante, que poco después fue se vio afectada por la decisión autonómica de declarar dicha explotación incompatible con la protección del patrimonio cultural⁸⁶. Esta

85 STSJ de Aragón de 5 de enero de 2018. Sala de lo Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sr. Martínez Lasierra.

Véase también la STS 22 junio 2015 (Sección 6ª Sr. Córdoba Castroverde RJ 2015\3202) que otorga indemnización por la paralización de obras de urbanización suspendida por la aparición de restos arqueológicos, y la superación de los plazos administrativos en la adopción de medidas de protección de éstos.

86 Véase, JERICO ASIN, Carlos "Hallazgos arqueológicos: ¿debe el propietario de la finca soportar exclusivamente las limitaciones al aprovechamiento del suelo si contaba con licencia de obras? Revista Aranzadi Doctrinal num. 2/2017, en que se trata de la STS de 15 diciembre 2010 (Sección 4ª RJ 2011, 292) que rechazó la pretensión indemnizatoria de quien contando con licencia de obras, aparecieron restos arqueológicos que merecieron protección administrativa. La Sala rechazó la pretensión indemnizatoria del reclamante por considerar que el daño no tenía carácter antijurídico, considerando -respecto del lucro cesante- que lo que se pretendía indemnizar no era mas que mera expectativa. También, Rocio PEREZ SAEZ, en "Urbanismo. La imposición de limitaciones al derecho a edificar basada en hallazgos arqueológicos da lugar a responsabilidad patrimonial de la administración" (La Administración Práctica num. 2/2017) se ocupa del asunto al comentar la STS de 28 de octubre de 2016 (Sección 5ª) que "estima parcialmente el recurso contencioso administrativo reconociendo el derecho de la recurrente al abono de una indemnización por la reducción del aprovechamiento urbanístico patrimonializado, y al reintegro de los gastos satisfechos por los proyectos, licencias y promoción inmobiliaria, cantidades que se concretarán en ejecución de Sentencia", considerando que "propietario no tiene el deber jurídico de soportar el daño que concretamente se le produce en aras del interés general, aunque se ampare en la aplicación de normas sectoriales de protección del Patrimonio" y -respecto a las cuantías reclamadas- se decía "se trata de unos solares que habían obtenido licencia de edificación y por tanto el derecho a edificar se había patrimonializado y no constituía una mera expectativa. Tras suspenderse las obras y realizarse las prospecciones arqueológicas, se impusieron las obligaciones de conservación de los hallazgos arqueológicos que restringían el aprovechamiento urbanístico de las fincas, haciendo inviable la ejecución de las edificaciones según los proyectos licenciados". Más allá de la aparente contradicción, téngase en la Sentencia comentada por Carlos Jericó se venía a apuntar que todavía

resolución fue recurrida y finalmente anulada, ya que antes de la declaración de incompatibilidad no se había delimitado el entorno precisado de protección.

La empresa concesionaria consideró que la declaración de incompatibilidad, y el sucesivo *iter* procesal hasta su anulación, habían producido un retraso (entre seis y ocho años⁸⁷, según las fechas que se considerasen) en el expediente de explotación.

Lo solicitado por la reclamante dista mucho de lo concedido en vía administrativa (y ratificado judicialmente), pues frente a los algo mas de 660.000 € solicitados, se otorgaban algo mas de 10.000 €.

En la cantidad pedida se incluían conceptos bien diferentes, daños directos o daño emergente⁸⁸, coste de inversiones paralizado, e incluso los gastos del ejercicio de 2015 y los de defensa jurídica, y a todo eso se añadía la partida mas importante que correspondía al lucro cesante.

En la resolución del debate sobre el lucro cesante se deja constancia de la existencia de un informe pericial de parte, y de un informe de un perito de designación judicial. El aportado por la parte fue orillado por la resolución administrativa porque haciendo referencia a los resultados del sector en otras varias provincias españolas, se consideró que no ofrecía datos que pudieran ser extrapolables al caso. Tampoco parece que la Sala termine confiando en el criterio del perito designado judicialmente, y ello pese a que las apreciaciones de este perito reducían prácticamente a un tercio las iniciales de los reclamantes.

Tras reseñar lo efectuado por los peritos, la Sentencia alude a otros elementos de prueba que concurren en la sensación de falta de actividad de la empresa minera⁸⁹, para concluir

no se había concretado el alcance de lo que no pudiera ser ejecutado por las modificaciones del proyecto de edificación, impuestas por la protección cultural.

87 En la pretensión de la recurrente, desde el otorgamiento de la concesión, hasta el otorgamiento de la licencia ambiental de actividades clasificada.

88 Véase el pormenorizado Fundamento 7º de la Sentencia, en que se van desgranando los distintos elemento que integran esta partida, examinando las distintas pruebas, entre las que menciona el informe del perito designado judicialmente.

89 Especialmente rotunda es la declaración testifical del DJefe de Servicio de Promoción y Desarrollo Minero,

que “la propia actitud de los actores la que niega la viabilidad de la explotación, pues en otro caso se hubiera desarrollado, e impide que se pueda tener por acreditado el perjuicio efectivo y real, que es la base para poder apreciar la existencia de lucro cesante”.

ANULACION DE ACTO. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de octubre de 2015 (JUR 2015/268588)⁹⁰ vino a estimar parcialmente el recurso formulado contra la denegación presunta de una reclamación formulada a la Administración autonómica, con la consiguiente estimación parcial de un importe indemnizatorio, si bien debe destacarse que lo otorgado es un muy reducido porcentaje (menos de 100.000 €) de la millonaria reclamación efectuada, de modo que el tribunal ni concederá la totalidad de la suma reclamada, ni aún atenderá mas que algunos de los conceptos reclamados (daño emergente, lucro cesante y daño moral), siendo -de nuevo- el tema controvertido el que afecta al lucro cesante.

Los hechos base de la reclamación indemnizatoria traen a colación la presencia de dos entidades, dedicadas a actividad ganadera (crianza de porcino) en la misma zona, y como finalmente, quienes posteriormente solicitan la indemnización, previamente han conseguido que se declare la nulidad de los permisos con que contaba la empresa competidora y que afectaban al desarrollo de la propia.

Con dicho perfil fáctico se comprende que la Sentencia haya de tratar lo correspondiente a la vigencia de la acción, la correlación entre anulación de actos y reconocimiento (o no) de derecho indemnizatorio, y los concretos importes que se reclaman y finalmente se

acreditando la ausencia de actividad explotadora desde el inicio de su vigencia, sin encontrar en ella frentes preparados para el comienzo de la explotación. La razón es, según este testigo-perito, que su explotación es antieconómica debido a que el transporte de piedra desde el paraje donde se encuentra resulta muy gravoso y que las incertidumbres son muchas por no existir un frente de explotación abierto que verifique la idoneidad y calidad de la piedra y que acredite cuál es el tamaño de bloque que podría ofrecerse al cliente (parámetro fundamental en este negocio), y porque no existe un mercado comprometido con la misma. En respuesta a preguntas anteriores detalla minuciosamente el estado de la explotación, para la que los titulares de la concesión solicitaron el 30 de enero de 2012 la paralización de los trabajos por el deterioro del mercado de la piedra natural, hasta que se recuperara la demanda de estos productos a niveles que hicieran rentable la explotación.

90 STSJ de Aragón de 15 de octubre de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sr. Zubiri de Salinas.

conceden.

Sucesivamente, primero, la Sentencia rechaza la prescripción de la acción que interesaban los demandados, para lo que trae a colación el concepto de “actio nata”⁹¹. Posteriormente recuerda que no en todos los casos en que se produce la anulación (administrativa o judicial) de un acto administrativo, ello conlleva el nacimiento de un derecho indemnizatorio, si bien en el presente caso se llega a la conclusión de que si concurren los requisitos para obtener un resultado favorable a dicha pretensión de responsabilidad, razonándose que “la actuación administrativa que ha sido anulada significó que, mientras estuvo vigente, no fue posible la ampliación de actividad pretendida por la sociedad civil constituida por los actores” de modo que -prosigue- “los recurrentes no tenían el deber jurídico de soportar el resultado lesivo, en este caso determinado por el lucro cesante consecuencia de la imposibilidad de ampliar su actividad comercial, que había sido solicitada mediante la aportación de un proyecto de ampliación de la granja de su propiedad. No resulta necesario en este caso llegar a construir las nuevas instalaciones pues, aparte de las dificultades administrativas que hubieran podido encontrar, no cabe exigir una importante inversión a quien no va a poder poner en marcha la explotación, al existir obstáculos legales que impedirían esa ampliación del cebadero de porcino”.

Quedaba solo por concretar el importe.

La Sala rechaza lo pedido como “daño moral”, considerando que no concurren los presupuestos para ello (“los actores no han visto frustradas sus posibilidades profesionales y la necesidad de acudir a la vía administrativa y a la jurisdiccional en defensa de su derecho no es razón suficiente para estimar que concurra un daño moral indemnizable”).

Sobre lo pedido por lucro cesante, la Sala dice contar con “valoraciones de muy diferente resultado”, de las que una de ellas sería la pericial

⁹¹ Según explica el Fundamento de Derecho 3º de la Sentencia, “conforme a reiterada jurisprudencia, de la que es muestra la sentencia del TS de 14 de junio de 1993, el principio general de la «actio nata» significa que el plazo para ejercitarla sólo puede comenzar cuando ello es posible y se recoge en las SS. 27-12-1985 y 13-3-1987. Este momento no es otro sino aquel en el cual haya ganado firmeza la sentencia donde se declare la nulidad del acto administrativo (o disposición general) origen o causa de la responsabilidad patrimonial y así lo dicen otras muchas [2-12-1980 , 13 marzo, 22 noviembre y 27 diciembre 1985 y 9-12-1986).

aportada por los reclamantes, y de entre todas esas valoraciones, opta por la debida al perito judicial que “detalla los gastos necesarios para obtener el lucro de la explotación, incluyendo gastos financieros, coste energético, limpieza, impuestos y seguros sociales. Respecto a la financiación es de recordar que corresponde a la actora la carga de acreditar los hechos en que fundamenta su pretensión, en este caso que contaba con patrimonio suficiente para realizar el importante desembolso que requería poner en marcha la explotación ampliada. No constando así, los gastos de financiación que la pericial judicial señala pueden entenderse adecuados a la realidad del caso”⁹².

ANULACION DE ACTO. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 23 de mayo de 2018 (JUR

⁹² Incluso sobre las apreciaciones del perito designado en el curso del proceso, se hubieron de producir discrepancias, así por ejemplo sobre los coeficientes de amortización, respecto de los que la Sala rechaza aplicar lo dispuesto en la norma tributaria correspondiente, porque -dice- “los plazos allí establecidos no son de aplicación al caso, por tratarse de un supuesto de hecho diferente”.

2018/302089)⁹³ rechaza el recurso de apelación formulado frente a la previa Sentencia de un Juzgado Contencioso malagueño que había desestimado el recurso contra la previa denegación de indemnización formulada en vía administrativa.

La reclamación de responsabilidad patrimonial se debía a la petición (como lucro cesante) de las diferencias retributivas (complementos específicos) entre dos puestos de trabajo, lo que remite a la existencia de actos administrativos anteriores que fueron judicializados.

De hecho, en el caso en cuestión, la reclamación de responsabilidad patrimonial se solapaba con la ejecución de Sentencia de litigios precedentes, amén de que obliga a la Sala a recordar que la anulación de un acto administrativo no lleva necesariamente consigo la producción de una lesión que sea indemnizable, explicando que “cuando se trata de un procedimiento de concurrencia que se

⁹³ STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de mayo de 2018. Sala de lo Contencioso. Sección 2ª. Ponente Sr. Macho Macho.



desarrolla en distintas fases y que es objeto de diferentes impugnaciones por los interesados, todos ellos están sujetos al resultado final una vez depuradas las irregularidades denunciadas, sin que pueda invocarse un nombramiento o adjudicación declarada no ajustada a Derecho como fundamento de una reparación patrimonial por el correspondiente cese, pues ello supondría reconocer los efectos del acto ilegal y desconocer el deber de asumir el resultado del procedimiento de concurrencia que se ajusta al ordenamiento jurídico. Por ello -concluye-, no procede, por lo ya expuesto, reconocer indemnización por lucro cesante”, añadiendo que “aunque es cierto que la posibilidad de ocupar el puesto se vio demorada por la decisión inicial de la Diputación de convocar la plaza mediante libre designación , es nítido que el ahora recurrente no era titular de un derecho el puesto sino hasta que, convocado el concurso , fue resuelto a la vista de sus méritos, y que las meras expectativas no son indemnizables”.

ANULACION ACTO (QUE AUTORIZA ESTABLECIMIENTO DE LA COMPETENCIA)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2015 (RJ 2017/2991)⁹⁴ es el capítulo final de un litigio nacido de la inicial denegación de autorización para apertura de una sala de bingo, que fue anulada ya en vía administrativa, si bien el reclamante de una indemnización no es el solicitante de aquel permiso sino uno de sus competidores. Respecto del otorgamiento de la autorización para la apertura del establecimiento se alza la recurrente, titular de otro local en la zona donde se establecería el autorizado. Este recurso de “Levantina de Juegos” obtuvo el éxito de ver revocada en decisión del Tribunal Superior de Justicia, confirmado en casación. Posteriormente, y dado que el Bingo solicitado por la competidora estuvo abierto durante un tiempo, es cuando se suscita la reclamación de responsabilidad patrimonial, que fue parcialmente acogida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, formulándose ante el Tribunal Supremo tanto al recurso de la Administración condenada como por la mercantil gestora del establecimiento de juego perjudicado por la autorización inicialmente concedida a una empresa de la competencia, que aspiraba a un incremento de la indemnización que postulaba. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Atendiendo a tales precedentes, la Sentencia del Tribunal Supremo comentada se focaliza en lo relativo al daño (en este caso, esencialmente constituido por el lucro cesante), pero para ello debe hacer amplia referencia a previo iter procesal pues allí se encuentran las claves para comprender la especial regulación del otorgamiento o denegación de autorizaciones de apertura de salas de juego, reseñando también el hecho mismo de que la empresa peticionaria de la nueva sala, mantuvo abierto su negocio durante unos años, hasta que fue clausurado al anularse su autorización. Las Sentencias recaídas en aquél previo litigio ya señalaban que la existencia de un nuevo “bingo” incidió negativamente en la facturación de los que estaban funcionamiento con anterioridad.

Si el nuevo entrante obtuvo un beneficio durante el tiempo en que se mantuvo abierto, correlativamente resulta indiscutible que los competidores sufrieron una pérdida durante ese tiempo, pérdida imputable a la decisión administrativa de otorgar una autorización que resultó contraria a Derecho (funcionamiento anormal).

Como explica la propia Sentencia, “cuando en supuestos como el enjuiciado la declaración de responsabilidad demandada trae causa de la anulación de actos administrativos, no basta la anulación del acto para tener derecho a indemnización, sino que hay que tener en cuenta la naturaleza de la actividad administrativa impugnada (sentencias de 26 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1574) -recurso de casación 188/2009 -, 28 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2858) -recurso de casación 4160/2011 - y 5 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7934) -recurso de casación 4508/2006). Conforme expresa la sentencia referenciada de 26 de octubre de 2011 -prosigue-deben rechazarse las tesis maximalistas, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como aquellas otras que sostienen su existencia en todo caso, y tomar en consideración, entre otros elementos, la naturaleza misma de la actividad administrativa... 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 proscriben el artículo 9, apartado 3, de la Constitución , que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre

⁹⁴ STS de 13 de Junio. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 5ª. RJ 2017/2991. Ponente Sr.Trillo Alonso

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. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente)⁹⁵.

Sobre la base de esta doctrina y de las circunstancias fácticas concretas del caso (la entidad de los vicios de invalidez del acto autorizador del que todo dimana) se acoge la estimación de un derecho indemnizatorio que, en su día, el Tribunal Superior de Justicia

95 Se traerá a colación esta doctrina general con la que se decide sobre las consecuencias indemnizatorias de la anulación de actos administrativos, el denominado "margen de tolerancia", que no podrá ser objeto de examen en estas páginas mas que de modo incidental, y que -como podrá comprenderse- da lugar a un importante casuismo, como no podría ser de otro modo ante la diversidad de la vida social y económica.

decidió calcular sobre la base de los beneficios obtenidos en los tres años anteriores al funcionamiento del nuevo "bingo", y no solo a las ventas de cartones del año anterior (como pretendía la recurrente), lo que el Tribunal Supremo considera correcto, en el sentido de incurrirse en incongruencia y de resultar razonable ("... no impide que el Tribunal, a la hora de determinar el importe de la indemnización, pueda acudir a otros parámetros distintos a los dictaminados por el perito, sin necesidad de planteamiento previo de tesis a las partes")⁹⁶.

ANULACION NORMAS SUBSIDIARIAS.
La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2015 (RJ/2016/42)⁹⁷ al resolver un recurso de casación frente a una anterior decisión del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, casa la referida Sentencia, pero -al mismo tiempo- desestima el recurso de casación formulado, de modo que los reclamantes no obtendrán cantidad alguna respecto de la muy significativa indemnización que solicitaban.

La solicitud de responsabilidad patrimonial que la mercantil reclamante hacía a varias administraciones se basaba en las consecuencias dañosas que imputaban a la anulación de unas normas subsidiarias que les impidieron ejecutar determinados proyectos urbanísticos.

Tanto la Sentencia dictada en la instancia como la derivada del posterior recurso de casación llevan a igual resultado desestimatorio. Si el Tribunal Supremo acuerda casar la anterior resolución se debe a considerar que la previa Sentencia antes que contener una auténtica motivación, fía el argumento desestimatorio a la aceptación (se dice, "acrítica") de un previo Dictamen del órgano consultivo autonómico, sin que tan siquiera llegase a pronunciarse ni sobre los argumentos del recurrente, ni aún sobre los distintos sujetos de los que se solicitaba la condena.

Pero dicho ello, lo cierto es que el Tribunal Supremo, al entrar en el fondo y acordar desestimar el recurso contencioso, abunda en el argumento central de los antes citados Dictamen y Sentencia de instancia, que se centraba en la

96 En el asunto en cuestión se suscitó otra cuestión respecto de la cuantificación indemnizatoria -que se omite en el presente análisis- que se examinó a la luz de la categoría administrativa del establecimiento en cuestión, y de la razonabilidad de la valoración probatoria realizada por la Sala de instancia.

97 STS 18 de diciembre de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 6ª. Ponente Sra. Huerta Garicano.

conducta del propio reclamante que pretendía imputar la existencia de perjuicios a su intento (o algo más que ello) de ejecutar el proyecto urbanístico sin cobertura urbanística habilitante.

ANULACION/INFRACCION DERECHO COMUNITARIO (RESPONSABILIDAD ESTADO LEGISLADOR) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de octubre de 2019 (JUR 2020/56975)⁹⁸ examina un asunto que, aunque correspondiendo al “modelo” de responsabilidad de Estado legislador por infracción del Derecho Comunitario, sin embargo, se aparta de los que, dentro de este “modelo”, suelen ser supuestos de hecho más frecuentes. Si muchos de ellos examinan desde el punto de vista de la responsabilidad, asuntos propios del Derecho Tributario⁹⁹, en este caso, los hechos que dan lugar a la solicitud de responsabilidad guardan relación con un estudio de detalle urbanístico, que daría cobertura a un centro comercial, y que fue anulado.

Para ser aún más precisos, la supuesta responsabilidad se engarza a un acto normativo (conviene concretar que no estamos ante un acto estrictamente derivado del poder legislativo), si asignamos esta naturaleza a la planificación y concretamente al nivel de planeamiento propio de los Planes Territoriales y a los Estudios de Detalle. Además, que ese “acto normativo” es de origen autonómico y local (pues en el caso en cuestión se entremezclan planes de ambos niveles administrativos) y no estatal.

La entidad reclamante solicitaba una millonaria cantidad, que desglosaba en dos partidas, igualmente millonarias y

98 STSJ País Vasco de 2 de octubre de 2019. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sra. Cuesta Campuzano.

99 En materia tributaria, con cita de las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo que se pronunciaba sobre la normativa que resultaría contraria al Derecho comunitario, véanse -entre otras- las SsTS de 14 de marzo de 2019 (Sala de lo Contencioso. Sección 5ª Sr. Sierra Míguez. RJ 2019/1072) y de 12 de diciembre de 2019 (Sala de lo Contencioso. Sección 8ª. Sr. Díez Picazo RJ 2019/5528) y la STSJ Andalucía 4 de abril de 2019 (Sala de lo Contencioso. Granada. Sección 1ª. Sr. Rivera Fernández JT 2019/768). En muchas ocasiones, la indemnización concedida actúa sobre los cálculos que corresponderían -diríase- del ajuste del tributo objeto de la controversia. (DE MIGUEL CANUTO, Enrique “Responsabilidad del Estado legislador por contrariedad con el Derecho de la Unión” Revista Quincena Fiscal num. 6/2017 y COBREROS MENDAZONA, Edorta. “Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los estados por incumplimiento judicial del derecho de la unión europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia Ferreira Da Silva” Revista Española de Derecho Europeo num. 58/2016)

sustancialmente, una destinada a resarcir el daño emergente y la otra (ligeramente superior a aquella) a hacerlo del lucro cesante. La Sentencia estima parcialmente el recurso, condenando al Gobierno Vasco al pago de una suma que, en conjunto, y aun siendo relevante, representa aproximadamente un quinto de lo pedido.

La base fáctica de la reclamación comienza con la aprobación por el Gobierno Vasco de un Plan Territorial Sectorial para la creación pública de suelo destinado a equipamientos comerciales y actividades económicas. Coherentemente con la naturaleza y efectos de este tipo de planeamiento territorial, se imponía que se adaptasen al mismo los distintos planes urbanísticos.

Siguiendo la línea temporal de acontecimientos, a la aprobación de este Plan Territorial, le siguió la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior., y la ulterior modificación de la Ley vasca de actividad comercial introducida por la Ley 7/2008, cuya Disposición Final Tercera obligaba a la revisión del antes mencionado Plan Territorial.

En este contexto, una empresa promovió el Estudio de Detalle con el que pretendía modificar y ampliar la estructura del centro comercial, que fue posteriormente aprobado por el Ayuntamiento en cuyo término municipal se localizaba. Frente a dicha aprobación se alzó recurso de una asociación provincial de comerciantes, dando lugar a Sentencia que lo anuló.

Durante la sustanciación de este recurso, la empresa que había promovido el Estudio de Detalle anulado vendió el Centro Comercial a otra empresa¹⁰⁰.

La empresa reclamante promovió expediente de responsabilidad patrimonial al ver frustradas sus pretensiones de ampliación y renovación del Centro Comercial, despojándola -dice- de un aprovechamiento urbanístico ya consolidado e inherente a su patrimonio, con la consiguiente depreciación del inmueble y pérdida de un resultado económico positivo derivado de rentas de alquiler, contratos y capitalización.

100 Resulta de especial interés la transcripción que hace la Sentencia de las condiciones de la compraventa, pues de las mismas se podrá obtener una más precisa idea de las circunstancias económicas del litigio.

La solicitud indemnizatoria se dirigió contra el Gobierno Vasco y contra el Ayuntamiento de Basauri, y se tramitó acumulada ante el Tribunal Superior de Justicia. Como se dejó apuntado páginas atrás, este tipo de procesos son auténticas “pruebas de fondo” y este caso es un buen ejemplo de la sucesión de litigios que terminan llevando a la decisión final del problema de fondo. Concretamente, las solicitudes de responsabilidad dan lugar a una primera Sentencia desestimatoria que fue recurrida en casación, que la anuló, dando lugar a una segunda Sentencia también del Tribunal Superior, y esta, de nuevo a una decisión del Tribunal Supremo que declaró nulas de pleno derecho, por ser contrarias a la Directiva 2006/123/CE y a la Ley 17/2009, las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales, aprobado por Decreto 262/2004 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales, si bien ordenaba devolver las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia a fin de que se practicara cierta prueba relativa a los daños y perjuicios que se dicen sufridos.

Con tan prolijos antecedentes, puede entenderse la lectura de la parte final de la Sentencia comentada que se detiene en el comentario de los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, la concurrencia de tales requisitos en el caso y la cuantía que termina concediendo.

Para ilustrar cuales son los requisitos de la responsabilidad, se trae a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 1991 (asunto Francovich), genuino “leading case” en la materia, de la que cabría entresacar la afirmación de que “el principio de la responsabilidad del estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho Comunitario que le son imputables es inherente al sistema del tratado”, lo que se desarrolla con las siguientes premisas: (a) que la obligación de los estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del tratado, en virtud del cual los estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Comunitario; (b) que en cuanto a los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad del estado, si bien el Derecho Comunitario impone el principio de

la responsabilidad del estado, los requisitos necesarios para que dicha responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho Comunitario que origine el perjuicio causado, de modo que cuando un estado miembro incumple la obligación que le incumbe, de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho Comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren ciertas notas: * que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; * que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la directiva; * que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al estado y el daño sufrido por las personas afectadas; a las tres anteriores debe añadirse la exigencia de que la violación de dicha norma esté “suficientemente caracterizada”, entendido ello en atención a una inobservancia manifiesta y grave; y (c) de darse estas circunstancias, el estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad, correspondiendo al ordenamiento jurídico interno de cada estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos de los justiciables, con la garantía que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

Aplicando lo anterior al caso concreto, la Sentencia explica que “el Gobierno Vasco (fue) quien decidió mantener unas limitaciones a través de una normativa de rango inferior a la ley y sin justificación alguna. Y la administración no podía desconocer que esta forma de proceder era contraria al Derecho de la Unión. De tal modo que es evidente que la motivación del Gobierno Vasco era meramente económica, con la finalidad de favorecer a los pequeños comerciantes” por lo que -añade- “existió una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión y, por tanto, se cumple este requisito para la apreciación de la existencia de responsabilidad del estado legislador”.

Después de alcanzar esa conclusión, la Sentencia trae a colación lo relativo al devenir no solo administrativo del asunto sino especialmente al contrato suscrito respecto del centro comercial por la reclamante con otra mercantil.

De todo lo expuesto en las páginas finales de la resolución comentada habremos de transcribir dos consideraciones y la conclusión económica.

Así, por un lado, la Sala rechaza el argumento de que no se habrían patrimonializado los derechos edificatorios.

Por otro, aunque “el acto administrativo (en este caso, el estudio de detalle) -sic- es ejecutivo en tanto no recaiga sentencia firme que lo deje sin efecto (...) no puede exigirse al particular un esfuerzo más allá de lo razonable. No podemos pasar por alto -afirma la Sala- que la puesta en marcha del proyecto de ampliación requería unos gastos que no es exigible que se lleven a cabo por el particular cuando ya existe una sentencia que lo hacía imposible. En efecto -prosigue-, al quedar sin validez el estudio de detalle se venía abajo todo el proyecto de ampliación y, por consiguiente, no tiene sentido que se afirme que no se llegó a cobrar el precio complementario por la ausencia de esos dos requisitos, que habían devenido imposibles como consecuencia de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco”.

La conclusión es tan sucinta como lo que sigue: “ello nos lleva a la anulación del acto administrativo impugnado y a la condena a la Administración a indemnizar a la actora, conforme a lo razonado en este fundamento, en la cantidad de 2.000.000 de euros”, cantidad que parece corresponder a la partida de lucro cesante, pues así se desprendería de lo que se dice inmediatamente antes, “Eroski (reclamante) sostiene que los daños sufridos por ella irían más allá de esa cláusula (contrato con la adquirente). Afirma que, de no haber existido la amenaza de anulación del estudio de detalle, el centro comercial podía haberse vendido por un precio muy superior al que finalmente se pactó. Pues bien, respecto del lucro cesante (...) para que resulte procedente su indemnización, ha de resultar plenamente acreditada la pérdida de ingresos, sin que sea suficiente la existencia de meras expectativas. Sin embargo, Eroski, al reclamar una cantidad más allá de los dos millones de euros fijados en el contrato de compraventa, pretende la indemnización de una mera expectativa. Fueron las propias partes

del contrato de compraventa las que, libre y voluntariamente, valoraron el proyecto de ampliación del centro comercial en dos millones de euros. De tal modo que, en el caso de que no se hubiera anulado el estudio de detalle, esta es la cantidad que habría percibido la vendedora. Y, en tal caso, nada podría haber reclamado a la administración. En efecto, las afirmaciones relativas al descenso que habría sufrido el precio del centro comercial como consecuencia del riesgo de anulación del estudio de detalle no son sino meras elucubraciones basadas en hipótesis no demostrables. Estas consideraciones, en su caso, debieron tenerse en cuenta a la hora de fijar el precio de la compraventa. Por ello, la sala estima que la cantidad real en que se ha visto perjudicada Eroski (tal y como concluyó el informe elaborado por el perito judicial) se circunscribe a los dos millones de euros que no pudo percibir como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto de ampliación del centro comercial. No se ha acreditado, pues, que se haya producido ningún perjuicio adicional que merezca ser indemnizado”.

ANULACION/INFRACCION DERECHO COMUNITARIO (RESPONSABILIDAD ESTADO LEGISLADOR)¹⁰¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2013 (RJ 2014/124)¹⁰² trata sobre una solicitud de indemnización vinculada a una previa declaración de inconstitucionalidad de determinado precepto legal. La Sala estimó el recurso, anulando la inicial desestimación administrativa, concediendo una determinada cantidad en concepto de indemnización.

En este caso sí que la reclamación de responsabilidad se vincula a las consecuencias económicas de un determinado artículo legal, que fue previamente declarado inconstitucional. La cantidad solicitada como indemnización se correspondía con las sumas que la empresa

¹⁰¹ Dado que se menciona lo relativo a la responsabilidad del llamado “Estado Legislador”, y su relación con el Derecho comunitario, cítese el capítulo que el maestro Don Jesús GONZALEZ PEREZ, en su obra *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Ed. Aranzadi, 2014 dedica, desde una perspectiva aún más amplia, a la “Responsabilidad del Estado derivada de las relaciones Internacionales”, donde reseña con brevedad y precisión los supuestos y la jurisprudencia derivados de determinadas actuaciones del Estado.

¹⁰² STS 29 de noviembre de 2013. Sala de lo Contencioso. Sección 4ª. Ponente Sra. Teso Gamella.

Véase, entre otros, GOMEZ, Jabier “Responsabilidad patrimonial del Estado legislador ante eventuales declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley 15/2012” Actualidad Jurídica Aranzadi num. 924/2016

reclamante había abonado en su día por cotizaciones a la Seguridad Social, en aplicación del precepto luego anulado por contrario a la Constitución.

La Sentencia trae a colación el propio pronunciamiento del Tribunal Constitucional que encontró su base en la “vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la CE, al haberse llevado a cabo un incremento retroactivo de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, no previsible y carente de suficiente justificación por razones de interés público” y añade que “la retroactividad apreciada en este caso es una “retroactividad auténtica”, pues se trata de una situación ya agotada. Es decir, que el hecho se ha realizado y ha agotado sus efectos jurídicos al amparo de la ley anterior. Se califica dicho cambio legal como “completamente imprevisible”, por lo que la empresa no pudo prever las consecuencias derivadas de la misma”, por lo que “la aplicación retroactiva ha afectado a la confianza de las sociedades destinatarias de la norma (...) sin que tal modificación resultara razonablemente previsible, lesionando así, el principio de seguridad jurídica”¹⁰³, complementando el razonamiento al decir que no parece que existieran razones de “interés general que pudieran justificar tal modificación normativa (...) ni por su finalidad ni por su objeto”.

Con tales premisas se pronuncia sobre la antijuridicidad del daño, al decir que en “los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es por la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley, cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general el reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica, constatada por dicha declaración de inconstitucionalidad, sólo circunstancias singulares, de notable y relevante entidad, podrían, en su caso, prestar fundamento a la tesis que probara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar ese daño”, dando con ello lugar a la estimación de la reclamación que económicamente se concreta en “la suma de los ingresos realizados” en virtud de la retroactividad declarada inconstitucional.

DENEGACION DE CONCESION La

¹⁰³ Sobre el principio de confianza legítima y su relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cabría traer a colación el asunto derivado de las ayudas a empresas de energías renovables (véase, Coral YAÑEZ, “El principio de confianza legítima y las energías renovables” Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 928/2017alm

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 8 de abril de 2015 (JUR 2016/1964)¹⁰⁴ analiza la solicitud indemnizatoria (esencialmente lo que se pide es lucro cesante) por las consecuencias de la denegación del otorgamiento de concesión de dominio público portuario, siendo así que existía un contrato entre la Autoridad Portuaria y la empresa recurrente para la entrega a ésta de determinados buques que dicha mercantil procedería a desguazar.

Dos son las cuestiones que se plantearon en el caso (la vigencia de la acción¹⁰⁵ y la jurisdicción competente para su conocimiento), y aún siendo ambas fueron previas al análisis mismo de la existencia de daño o la cuantificación del lucro cesante, y aun deduciéndose de lo razonado que la acción responsabilidad estaría prescrita y que lo que realmente se suscita es una cuestión derivada del cumplimiento de un contrato sometido a la jurisdicción ordinaria, ello no impide que responda a dicha cuestión de fondo.

Lo que la Sala comienza por recordar es que, como ese mismo Tribunal ya hubo decidido, concesión de dominio público y contrato para el desguace de buques, son cosas distintas, y que el conocimiento de las consecuencias económicas del contrato correspondería a la jurisdicción ordinaria y no al orden contencioso, para después poner de manifiesto que “pese a no tener la concesión del dominio público (la reclamante) ocupó, igualmente, la parcela que debió ser objeto de concesión, durante el periodo al que se extiende la reclamación por responsabilidad patrimonial. Luego, si ocupó la parcela que debió haber sido objeto de concesión, durante el periodo por el que reclama el daño patrimonial en concepto de lucro cesante-2004 a 2009-, el hecho de que no haya podido ejercer su actividad de desguace de buques no guarda relación con la denegación de la concesión, sino con la no entrega de los buques, por la Autoridad Portuaria” (contrato).

CANCELACION ERRONEA ASIENTO REGISTRAL. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de enero de 2015 (JUR 2015/40221)¹⁰⁶ resuelve el recurso

¹⁰⁴ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 8 de abril de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sra. Rodríguez Falcón.

¹⁰⁵ Sobre el particular, se recuerda lo dispuesto en la ley, en su momento en el artículo 142 de la Ley 30/1992, y la jurisprudencia que lo interpreta, que hubieran llevado a la Sala a igual sentido desestimatorio.

¹⁰⁶ STSJ de Murcia de 26 de enero de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 2ª. Ponente Sra. Martín Sánchez.

de apelación formulado frente a la previa Sentencia dictada por el correspondiente Juzgado contencioso que había estimado parcialmente la demanda del reclamante de una indemnización. Consiguientemente, lo que se persigue en la alzada es un incremento en las sumas reconocidas, que singularmente afecta a la partida del lucro cesante, si bien el Tribunal Superior de Justicia tampoco accederá a incluir cantidad alguna por este concepto.

En el caso en cuestión, se había producido un funcionamiento anormal con motivo de la cancelación registral de una finca, al ser incluida por error en una reparcelación urbanística, lo que tendrá efectos en cadena sobre el desarrollo urbanístico de otra colindante.

En el presente caso no hay siquiera un cierto presupuesto de anulación de un acto que abra la posibilidad de solicitar ulterior indemnización. En la propia Sentencia de instancia se deja constancia de que “a la vista de la documental aportada con la demanda y la prueba pericial de parte y judicial insaculado practicada se determina que no resulta posible aprobar un proyecto de reparcelación de la UA 3B LA NORIA por la cancelación registral operada en una de sus fincas y que la gestión de la citada Unidad de Actuación de actuación resulta inviable”, con lo que consiguientemente concede el derecho indemnizatorio por una determinada suma y lo rechaza en cuanto al lucro cesante, pues estima que los beneficios derivados de una posible promoción inmobiliaria no son sino meras expectativas, por lo tanto no indemnizables, lo que es simple y plenamente ratificado por la Superioridad, añadiéndose en apoyo de ellos la mención al artículo 1106 del Código Civil, hasta el punto de atraerse a la jurisdicción contencioso, la cita de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en apoyo del criterio restrictivo que inspira la propia Sentencia.

DILACION¹⁰⁷ (CONCESIÓN LÍNEA DE

107 Son muchos los posibles supuestos donde el perjuicio se derivaría de la dilación en la obtención de un permiso, un contrato, una plaza. En el texto se enuncian algunos, unificados por el hecho mismo del retraso en obtener lo que finalmente se consiguió que por la naturaleza jurídica de lo que se perseguía. Desde esa premisa, permítase añadir una Sentencia mas, en este caso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 diciembre de 2011 /Sección 4ª Ponente Sra Abelleira JUR 2011\88593). En el caso en cuestión, aquello que se pretendía obtener era una vivienda de protección oficial, y lo que justifica la reclamación es la dilación en que se le concediera, derivada del proceso que hubo de seguirse ante la inicial (y errónea) denegación. Lo que sucedió en el caso fue que en ese periodo que medió entre la denegación inicial y la estimación del recurso

AUTOBUSES). La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 (RJ 2016/1221)¹⁰⁸ estimó parcialmente el recurso de casación formulado frente a la previa Sentencia de la Audiencia Nacional que había desestimado la previa demanda, y con ello confirmado la denegación administrativa de la reclamación formulada, que -en lo esencial- centraba su petición en el lucro cesante¹⁰⁹.

La razón de solicitar dicha indemnización derivaba de los efectos de la dilatada tramitación de la solicitud de la mercantil recurrente de una concesión de servicio regular de transporte de viajeros, a lo que se sumaba el hecho de que se habían autorizado otros trayectos a otras empresas.

Aunque la Audiencia Nacional basó la desestimación del recurso en que la prescripción que afectaba a la reclamación efectuada, ello no impidió que también considerase que no concurría daño efectivo.

El Tribunal Supremo difiere radicalmente en la interpretación de la vigencia de la acción, que no considera prescrita¹¹⁰, lo que le permite

administrativo, la reclamante adquirió otro inmueble. El Tribunal rechaza la posibilidad de indemnizar atendiendo a diferencias económicas entre la vivienda adquirida y la que se le adjudicaría, de modo que al final la suma otorgada se motiva diciendo que “demora causó una indudable incertidumbre a la actora en cuanto a un extremo en la vida de una personal esencial, como es la vivienda, y, mas si efectivamente se está formando una familia. Por ello, no debemos desdeñar que la espera hasta la resolución del recurso debió causar un desasosiego palpable. Por ello, este Tribunal considera que la cantidad a satisfacer por la demandada a la actora debe ascender a la cantidad de 8.000 euros por todos los daños y perjuicios causados”. En este caso, litigando también la aseguradora de la Administración, la posible cobertura o no del riesgo quedó para las relaciones entre la aseguradora y la administración asegurada y única condenada.

108 STS de 6 de abril de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 6ª. Ponente Sr. Trillo Alonso.

109 Debe anotarse que la Sentencia comentada cuenta con un voto particular de la Sra. Huerta Garicano, que considera que debió casarse la Sentencia de la Audiencia Nacional, pero no acogerse -de fondo- la reclamación indemnizatoria.

110 Como se dice en el Fundamento 4º de la Sentencia, Del plazo de prescripción de un año se inicia desde que se manifiesta el efecto lesivo, que sitúa en enero de 2009 que es cuando empezó a prestar el servicio, ya que la causa de su reclamación -en contra de lo que entendió la sentencia recurrida- no son las revocaciones jurisdiccionales de las resoluciones denegatorias de su petición de concesión, sino la <<[...] torcida conducta del Ministerio de Fomento otorgando a unos lo que había denegado a otros y después alegando este mismo otorgamiento para persistir en su denegación>>. Insiste en que los perjuicios sólo pudieron ser cuantificados al comenzar a prestar el servicio en enero

avanzar en la resolución del fondo del asunto, la cuantificación de la indemnización debida, remitiéndose para ello al informe del Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales aportado por la demandante, indicándose que respecto del mismo no fue objeto de consideración alguna por la Abogacía del Estado.

El citado informe refiere dos etapas diferentes, una, entre los años 1978 (año de la solicitud) y 2008 (año de la concesión), en la que atiende a la pérdida de rentabilidad producida como consecuencia de haberse privado a la recurrente de la explotación de la concesión en las condiciones de mercado que refiere y califica de favorables (precio de combustibles, seguros, menor parque automovilístico privado, inexistencia de trenes de alta velocidad y de tráfico aéreo), y otra, posterior a la concesión y hasta la finalización del plazo concesional de 25 años, por la modificación de las concesiones de otras empresas que supuso tramos coincidentes con la consiguiente obtención de menores ingresos.

Respecto de esta segunda etapa, la Sentencia del Tribunal Supremo consideró que «para el acogimiento de la indemnización por los perjuicios originados sería necesario que las modificaciones de las concesiones que supusieron tráficos coincidentes fueran disconformes a derecho no resulta así de las actuaciones».

En cuanto a la primera etapa, la Sala acepta las magnitudes contenidas en el informe pericial, efectuando precisiones y reducciones a la suma final, así descuenta un porcentaje derivado del tráfico de las empresas concurrentes.

de 2009, pues ninguna de las sentencias previas -1986, 1987 y 2003- le otorgaron la concesión, sino que contenían meros mandatos de tramitar la solicitud, por lo que no podía deducir reclamación alguna en tanto no obtuviera la concesión. Pues bien, siendo el título de imputación de la responsabilidad de la Administración lo que se califica de «torcida conducta del Ministerio de Fomento», es claro que el dies a quo del cómputo de ese plazo de prescripción habrá que situarlo, en línea con el propio razonamiento de la recurrente, en la fecha en la que se le otorgó definitivamente la concesión, el 22 de diciembre de 2008 (BOE del día 30). Luego cuando presentó el escrito de reclamación. El asunto no deja de ser interesante, porque no son infrecuentes los casos en que la simple anulación administrativa o judicial de un acto ni automáticamente genera un derecho indemnizatorio, ni tampoco abre, por sí solo el plazo anual, pues en no pocas ocasiones, si la anulación se debe a razones puramente formales, aún habrá que seguir un curso procedimental para terminar de conseguir lo que se pretende, momento al que habrá de atender para conocer la final determinación del daño.



DILACION (ADJUDICACIÓN ESTANCO)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6403)¹¹¹ examinó otro asunto relativo a la apertura de un negocio sometido a una singular regulación, en este caso, una expendeduría de tabaco y timbre. Inicialmente se concedió a una determinada persona, lo que fue impugnado por diversos competidores, discutiéndose este otorgamiento en sede contenciosa, acordando

¹¹¹ STS de 14 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sra. Huerta Garicano.

en su día el Tribunal Superior de Justicia que se retrotrayese el expediente, lo que dio lugar a que (finalmente) en ejecución de Sentencia se adjudicara la expendeduría a quien solicitó luego indemnización al entender que el retraso en el tiempo de poner en funcionamiento su negocio (nada menos que desde 2001 a 2012) le supuso un perjuicio que encontraba su causa en el proceder de la Administración. Frente a la inicial plena desestimación por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, que rechazó la pretensión indemnizatoria, el Tribunal Supremo, revocará aquella Sentencia y concederá una cantidad aunque extraordinariamente alejada de lo inicialmente solicitado, algo menos de un 5% de lo pedido.

El Tribunal Supremo reitera su constante doctrina según la cual, “en orden a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación -en sede administrativa o jurisdiccional- de un acto puede condensarse en los siguientes parámetros: I) La anulación no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella sólo cuando concurren los requisitos exigidos con carácter general; II) El requisito esencial y determinante para que pueda apreciarse la responsabilidad patrimonial en estos casos es la antijuridicidad del perjuicio; III) 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 si actúa poderes reglados, en los 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”.

Trasladando esta doctrina general al caso

concreto, decide considerar que concurren las circunstancias fácticas para entender que se ha producido responsabilidad patrimonial de la Administración (de nuevo, nos encontramos ante un funcionamiento anormal), pasando a tratar sobre la concreta cantidad solicitada por el reclamante, explicando que la misma, pedida “en concepto de lucro cesante” se calcula “según informe técnico aportado por el recurrente y ratificado judicialmente” sobre la base de los siguientes datos: 1) ingresos obtenidos por el inicial adjudicatario, según datos del Comisionado para el Mercado del Tabaco de los años 2003 a 2009, y los relativos a los ejercicios 2010, 2011 y 2012, calculados conforme a la evolución y variación de las ventas publicadas en la página web de esa institución en relación con la provincia de Barcelona; 2) los gastos de explotación desde 2003 a 2012, con arreglo a los gastos actuales de la expendeduría que ya regenta el recurrente, deflactándolos con el IPC medio anual para la provincia de Barcelona; 3) de los ingresos netos así obtenidos, deduce las retribuciones dinerarias del trabajo profesional del actor durante el período 2003 a 2012, según sus declaraciones del IRPF, obteniendo así la cifra reseñada, a la que, dice el informe, asciende el lucro cesante”, y tras recordar la frecuente diferenciación entre “lucro cesante” y “meras expectativas”, reduce (“modera”) en algo más de 95 % lo pedido al afirmar que la explotación de un negocio y sus resultados económicos dependen de múltiples factores: ubicación y características del local, infraestructura personal, capacidad comercial de quien lo explota, costes de la inversión etc....., lo que determina que los resultados del negocio puedan variar notablemente entre expendedurías de una misma localidad, a lo que cabría añadir que durante diez años el recurrente no asumió el riesgo empresarial, circunstancia nada desdeñable a la hora de indemnizar el perjuicio”.

DILACION (ADJUDICACIÓN CONTRATO)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 13 de diciembre de 2018 (RJCA 2019/535)¹¹² resuelve el recurso de apelación formulado respecto de anterior Sentencia del correspondiente Juzgado Contencioso de Pamplona ante el que se había suscitado la impugnación de la estimación parcial de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Foral Navarra ya que en su día un determinado contrato administrativo no le había sido adjudicado, habiendo tenido que

¹¹² STSJ Navarra de 13 de diciembre de 2018. Sala Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sra. Azcona Labiano.

acudir a los tribunales para conseguir anular la adjudicación inicial y que la misma fuera a su favor. Como quiera que fueron diversos los aspectos discutidos en el proceso, y distintas las partidas controvertidas¹¹³, coherentemente con el objeto específico de estas páginas, habrá de hacerse ahora exclusiva referencia al debate atinente al lucro cesante, extremo en el que desestimó la apelación, confirmando la previa Sentencia (y con ello la estimación parcial adoptada en vía administrativa). Para ello -por un lado- acude a las circunstancias del caso concreto (la propia reclamante había explotado previamente el contrato y consideraba que el beneficio anual se cifraba en 1,5 %) y en cierta doctrina general que relacionaría el llamado beneficio industrial, el lucro cesante, la exigencia de plena indemnidad con la correlativa prohibición de enriquecimiento sin causa. Al respecto, se afirma que “en esta materia se ha de estar al principio constitucional de indemnidad o reparación integral que aboga por la aplicación analogía o sustitutoria del 6% del beneficio industrial, cuando la reclamante nunca ha explotado el negocio en cuestión, de modo que el cálculo del lucro cesante carecería de una base posible de referencia a una explotación real, lo que no ocurre en nuestro caso”, y prosigue diciendo que “siendo cierto que en el presente caso se cuenta con elementos suficientes para

poder cuantificar el lucro cesante a efectos de la indemnización por la responsabilidad patrimonial de la Administración, no es necesario acudir a la aplicación analógica de instrumentos concebidos para instituciones jurídicas distintas. (suspensión o resolución del contrato). Tal y como se infiere de la STS de 22 de diciembre de 2011 se ha de aplicar el margen del 6% del beneficio industrial solo con carácter supletorio en defecto de la acreditación de los daños, de modo que, acreditados superiores perjuicios, procedería una indemnización plena, y, en sentido contrario, si se constata que los beneficios dejados de percibir son inferiores, tal y como la propia parte demandante establecía, a ellos se habrá de estar, con lo que, el 6% del beneficio industrial, sería desproporcionado y configuraría un enriquecimiento injusto, tal y como defiende la sentencia y la propia resolución recurrida”.

DILACION (OBTENER PLAZA DE FUNCIONARIO)¹¹⁴ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 14 de noviembre de 2019 (JUR 2020/59638) enjuicia la solicitud indemnizatoria de un funcionario por el retraso en obtener la plaza correspondiente al haberse anulado la previa convocatoria. Lo reclamado, por definición, es lucro cesante. El Tribunal Superior de Justicia, revoca parcialmente la previa Sentencia del Juzgado Contencioso de Jaén, y estima también parcialmente la reclamación efectuada¹¹⁵.

¹¹³ Concretamente, el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia, bajo el epígrafe de “lucro emergente” rechaza la inclusión con parte de la indemnización de los gastos de defensa del previo proceso de impugnación de la adjudicación contractual (“los gastos de “defensa” en la vía administrativa, no son necesarios ni preceptivos, cuando, tampoco se han justificado en la vía procedente, pudiendo hacerlo, de haberse producido, y en todo caso no se trata de que posponga la cuantificación del daño por este concepto al momento de ejecución de sentencia (STSJ Andalucía de 28 de septiembre de 2017 (RJCA 2018, 161)), no siendo de aplicación el art. 71 de la LJCA al no darse el supuesto de la norma. En este sentido se ha de traer a colación sentencia de esta Sala dictada con fecha 3 de noviembre de 2011 (JUR 2014, 43581) en rollo 178/2011; e igualmente STS de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 5683) rec. Casación 292/2007 según la cual, con fundamento en la propia jurisprudencia de esta Sala (STS de 18 de abril de 2001, Rec. 1472/1996) que ha declarado que los derechos y honorarios abonados por los recurrentes a abogados y procuradores para obtener la nulidad de los acuerdos causantes del perjuicio..... deben quedar fuera del quantum indemnizatorio por cuanto no pueden identificarse con el requisito del daño efectivo anulable a toda reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pues la simple anulación de resoluciones sean en vía administrativa o contencioso administrativa no presupone derecho a indemnización pues no existe relación de causalidad entre dichos gastos y el actuar de la Administración, debiendo la parte el deber jurídico de soportarlos, pues tales conceptos no son una daño efectivo a efectos de responsabilidad patrimonial”).

¹¹⁴ STSJ de Andalucía (Granada) de 14 de noviembre de 2019. Sala Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sr. Pardo Castillo.

Véase también, la SAN 11 julio 2017 (Sección 1ª Ponente Sra. Atienza Rodríguez JUR 2017\206034) que otorgó indemnización a quien aspiraba a plaza de personal laboral fijo, que finalmente consiguió. La reclamante hubo de recurrir una inicial desestimación, basada -a su vez- en un error en la valoración de los méritos. Llámese la atención de que, la recurrente intentó sin éxito obtener dicha pretensión indemnizatoria en ejecución de la Sentencia que resolvía la cuestión correspondiente a la valoración de sus méritos, siendo remitida a un ulterior proceso. Aunque reclamaba cantidades dejadas de percibir, estas no son concedidas por -se dice- falta de probanza y porque durante el tiempo respecto del que reclama, estuvo desempeñando como interina otros distintos trabajos, de modo que la única cantidad obtenida lo fue en concepto de daño moral.

¹¹⁵ Conviene destacar que, en el caso en cuestión, el Ayuntamiento condenado contaba con póliza de seguros concertada con una aseguradora privada, a la que sin embargo se absuelve de pago de cantidad alguna, restringiéndose el fallo condenatorio al Ayuntamiento de Bailén (“La lectura de las cláusulas evidencia que el riesgo cubierto se trata del originado a terceros por el funcionamiento de un servicio público, mientras que en el supuesto objeto de estudio el daño se ocasiona al reclamante en su condición, precisamente, de servidor público, en cuanto funcionario que debió nombrarse con subordinación al Ente local; y

Para resolver sobre lo pedido, y como ello -de nuevo- arranca de la previa anulación de un acto administrativo (causa del retraso en obtener la plaza) la Sala debe abordar la cuestión específica de la vigencia de la acción¹¹⁶, y una vez considerada la misma ejercitada en tiempo, analizar el fondo del asunto, y aún recordando la falta de automatismo entre anulación de acto administrativo y reconocimiento indemnizatorio, acepta que se ha producido “un daño al recurrente consistente en el “lucro cesante” por los emolumentos que ha dejado de percibir como consecuencia del error en que incurrió la Administración en la corrección de la prueba de conocimientos”, matizando (reduciendo) eso sí el plazo concreto sobre el que en ejecución de Sentencia se habrá de calcular lo dejado de percibir¹¹⁷

DILACION (CLAUSURA DE FARMACIA)¹¹⁸

antes que un daño derivado de la prestación de un servicio público, el hecho imputable a la Administración se encuentra en un ámbito exclusivamente interno, de provisión de las plazas vacantes mediante oposición libre, que encuentra acomodo en las actuaciones de gestión intradministrativa, situadas, por tanto, extramuros de la prestación del servicio público concernido, en este caso, de protección y vigilancia que desempeña el cuerpo de Policía Local¹¹⁹

116 Para revocar la Sentencia del Juzgado, que había apreciado la prescripción de la acción, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia afirma que Del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, conforme al principio de la “actio nata”, comienza desde el día en que la acción pudo ser ejercitada, esto es, desde que era posible conocer todas las dimensiones fácticas y jurídicas del daño ocasionado y se conectan los dos elementos básicos del concepto de lesión, esto es: el perjuicio y la comprobación de su ilegitimidad¹²⁰ y añade que “el conocimiento de la antijuridicidad del daño, en el supuesto objeto de estudio, no puede situarse en ninguna de las fechas anteriores, pues es un dato incontrovertido que frente a la sentencia que anuló la resolución de fecha 11 de febrero de 2010 se interpuso recurso de apelación, que fue íntegramente desestimado por sentencia de este tribunal de 2 de marzo de 2015. Solo en ese momento adquirió firmeza la sentencia que anuló la resolución y en cuya ejecución se le reconoció al reclamante su plaza como funcionario en prácticas del cuerpo de Policía Local de Bailén¹²¹”.

117 La Sentencia entiende que lo relativo al reconocimiento de antigüedad, cotización a la Seguridad Social, etc son efecto del reconocimiento de una situación jurídica individualizada, es decir, al margen de la respuesta estrictamente indemnizatoria.

118 Podrán identificarse otros precedentes jurisprudenciales vinculados a responsabilidad patrimonial tanto por el retraso en la clausura de una oficina de farmacia que fuese competencia de otra ya establecida, como por la dilación en la solicitud de apertura de una nueva oficina (por ejemplo, SsTS de 10 febrero 2010 (Sección 6ª Ponente Sr Herrero Pina RJ 2010\3317), y de 22 febrero 2011 (Sección 4ª Ponente Sr. Méndez Pérez RJ 2011\1259), y también respecto del establecimiento de turnos de guardia (SsTSJ Castilla y León, Valladolid de 23 de febrero de 2018 Sección 1ª JUR

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 7 de octubre de 2016 (JUR 2016/239311)¹¹⁹ analiza el recurso frente a la desestimación en vía administrativa de la reclamación formulada por el perjuicio económico (lucro cesante) derivado de la demora en el cierre de una oficina de farmacia. La Sala desestima igualmente el recurso contencioso, rechazando las (elevadas) pretensiones indemnizatorias de la competidora y reclamante.

La solicitante era titular de la única oficina de farmacia sita en determinada pedanía de la Región de Murcia, y al concederse autorización para la apertura de otra farmacia, recurrió contra dicha decisión, consiguiendo que fuera anulada, insistiendo a partir de ese momento en el cierre de este nuevo establecimiento. De hecho, la Sentencia ahora comentada hace especial reseña de las diversas incidencias habidas en ejecución de aquella Sentencia, las demoras en llevarlo a efecto, los intentos de suspensión, etc Téngase en cuenta que la Sentencia de instancia anulando la autorización que habilitaba la apertura de nueva farmacia es del año 2006, confirmada por otra del Tribunal Supremo de 2011, siendo el cierre definitivo se produce en 2013. Lo que sostiene la peticionaria es que la demora en el cierre de dicha farmacia la ha producido un perjuicio patrimonial, una pérdida de ventas, es decir, un (millionario) lucro cesante.

Como no podía ser de otro modo, para resolver la solicitud de indemnización, la Sala comienza reiterando que la mera anulación de un acto o disposición administrativa, por si misma, no presupone derecho indemnizatorio, según afirma de modo constante nuestra legislación y nuestra jurisprudencia, máxime cuando la posición de la Administración demandada, amén de oponerse a las cuantías solicitadas, defendía de algún modo la razonabilidad de la decisión inicialmente autorizatoria, afirmando que “que los criterios utilizados en la determinación de núcleo de población, según revela la jurisprudencia, han venido variando en el tiempo, conforme, esencialmente, al entendimiento y alcance que en cada momento se ha tenido del principio “pro apertura” que rige en esta materia”.

2018\107600 y de 16 diciembre de 2016 JUR 2017\16203; así como STSJ Cataluña de 6 febrero de 2014, Sección 4ª JUR 2014\101917, refiriéndose éstas al coste adicional de tales servicios de guardia).

119 STSJ de Murcia de 7 de octubre de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sr. Cassinello Gómez Pardo.

Aunque expresamente no se afirme, de la lectura del Fundamento 5º de la Sentencia comentada se desprende que se considera que la anulación sería base para la obtención de una indemnización, pues expresamente se afirma que “esta Sala entiende que no cabe considerar que la Administración se moviera en el caso que nos ocupa dentro de márgenes de apreciación razonables¹²⁰, dando lugar a que posteriormente se analicen las cuantías reclamadas, de modo tal que es en este punto en el que se da lugar a la desestimación del recurso, en la medida en que -finalmente- no se concede cantidad alguna.

Respecto de las sumas reclamadas, la resolución se apoya en otra anterior del mismo Tribunal (de 17 de mayo de 2013) transcribiendo las conclusiones contenidas en aquella¹²⁰ para rechazar plenamente la pretensión indemnizatoria, sin atender ni a las alegaciones de la parte actora, ni al informe pericial que esta aportó y ello al considerar que “si bien es cierto que la Farmacia de la Sra. Encarnacion era la única existente en la Pedanía de Roldan, por esta se pretende, en contra de lo expuesto, hacer coincidir el importe de su lucro cesante con los beneficios obtenidos por la Sra. Marí Trini como consecuencia de la apertura indebida de su farmacia, sin tener en consideración su propia facturación en el periodo coincidente con el funcionamiento de la farmacia de la Sra. Marí Trini y la del periodo inmediatamente anterior a

su apertura a fin de acreditar la influencia que ésta pudo tener en sus ventas, error en el que incurren tanto el informe pericial de parte que aporta, como la pericial judicial propuesta, por lo que al reclamar daños simplemente posibles o presumibles procede desestimar su recurso sin que haya lugar a la imposición de costas dadas las circunstancias concurrentes”.

DILACION (CLAUSURA DE FARMACIA)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de junio de 2015 (JUR 2015/202115)¹²¹ desestimo el recurso formulado por la reclamante de indemnización frente a la desestimación de la misma por la Administración autonómica. El origen del litigio se encuentra en que habiéndose concedido una autorización provisional para la apertura de una oficina de farmacia, transcurrido el plazo de dos años propios de esa autorización provisional, dicha farmacia siguió abierta prácticamente otros daños, lo que las reclamantes de indemnización entendieron les había supuesto un perjuicio que, por las características propias del mismo, correspondía al lucro cesante que solicitaban.

Cabría decir que lo significativo de la Sentencia comentada es que parece rechazar la reclamación efectuada no por una sino por tres razones, ya que pese a afirmar que entiende que “la acción estaría prescrita”¹²², lo que ya sería suficiente para no entrar en otras consideraciones, explica que de fondo tampoco podría prosperar pues “el establecimiento de una oficina de farmacia, a la distancia general de 250 metros como lo están todas en la Comunidad Valenciana, con independencia de que su carácter sea provisional o definitivo, pueda generar un perjuicio a las oficinas de farmacia cercanas, y en lo referido a la pretendida inactividad de la administración en llevar a cabo el cierre, a la vista de las diferentes vicisitudes judiciales tampoco podemos considerarla como generadora de responsabilidad patrimonial”, y por si ello no fuera suficiente, añade que

120 La Sentencia de 17 de marzo de 2013, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2000, tras citar la posibilidad de ingresos por venta libre, así como de medicamentos en que el beneficio viene legalmente autorizado, decía que “las conclusiones de dicha sentencia son: 1º) El importe de facturación de la farmacia indebidamente abierta no puede hacerse coincidir con una correlativa facturación dejada de ingresar por los titulares de las farmacias más cercanas a aquélla. Por tanto, los beneficios obtenidos por la primera no son necesariamente coincidentes con los que pudieran haber obtenido, en su caso, los titulares de las segundas. Ello implica que las pruebas solicitadas por el reclamante dirigidas a averiguar la facturación y beneficios de la farmacia del Sr. Valentín no son determinantes para acreditar el lucro cesante por el que reclama. 2º) Ha de atenderse, según la transcrita STS, a la concreta facturación realizada por la farmacia del reclamante, tanto en el periodo coincidente con el funcionamiento de la farmacia indebidamente abierta como en el periodo “inmediatamente anterior”, para determinar así la influencia que ésta pudo tener en las ventas de la farmacia del reclamante. También podría considerarse como parámetro el período inmediatamente posterior a la cláusula de la farmacia en cuestión. 3º) En lo que atañe al porcentaje de venta libre de medicamentos y productos de parafarmacia, ha de estarse igualmente a los datos obtenidos la vista de las concretas ventas de la farmacia del reclamante en referidos periodos anterior, coetáneo y posterior al funcionamiento de la farmacia clausurada, y extraer de tales datos del reclamante el porcentaje a considerar en este punto.”

121 STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de junio de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 2ª. Ponente Sra. Millán Herrandis.

122 La resolución judicial dedica buena parte de su exposición a los procesos judiciales seguidos respecto de la autorización provisional y su cierre, la participación en los mismos de las reclamantes, así la utilidad y relevancia de los mismos en cuanto al inicio de plazo anual para ejercicio de la acción. La idea misma de acto nata se encuentra presente en el razonamiento judicial, en una cuestión siempre compleja en la casuística, pero que abunda en que no cualquier actuación judicial difiere en el tiempo el momento de ejercicio de la reclamación indemnizatoria.

“las recurrentes aportaron informes en vía administrativa, y que se incorporan como documental en este proceso, que alcanzan su conclusión de lucro cesante en base según expresan a documentación contable y fiscal, que no aparece unida a dichos informes, siendo condición indispensable la unión de dichos documentos, fundamentalmente declaración del IRPF, al informe para poder contrastar el resultado que se plasma en los mismos”.

DILACION (DIVERSAS, RECEPCIÓN OBRA) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de abril de 2015 (JUR 2015/149382)¹²³ se ocupa del recurso de apelación contra previa Sentencia del Juzgado Contencioso respecto de solicitud de indemnización del Ayuntamiento de la Villa y Corte. Habiéndose desestimado en vía administrativa (por silencio) dicha petición, se desestimó la demanda en la instancia, no obteniendo mejor suerte la alzada.

En el caso en cuestión, la reclamante, una mercantil gestora de un parking, interesaba una indemnizada derivada de lo que sostenía era el incumplimiento municipal del contrato concesional para la construcción y explotación de un parking para residentes. Dicha concesión incluía el que la concesionaria debía dejar una planta para el propio Ayuntamiento, a fin de localizar en la misma una base del servicio de grúa. El desarrollo del proyecto sufrió no pocos avatares, pues como explican las Sentencias del Juzgado y del Tribunal Superior, el inicial concesionario cedió el contrato a una nueva empresa que asume las deudas de la anterior, así como el cumplimiento de las correspondientes obligaciones.

Esta empresa que se incorpora posteriormente al proyecto, al serle cedido el contrato, será, a la sazón la reclamante, recordándosele que aceptó la cláusula por la que asumía las deudas de la precedente, así como el uso que debía darse a una de las plantas del parking, si bien -como afirma la Sentencia comentada- “el Ayuntamiento de Madrid no recibió nunca, ni expresa ni tácitamente, la primera planta del parking del estacionamiento subterráneo” pues “el Acta de recepción de las obras de fecha 8 de octubre del año 2003, se limita a la recepción de las obras tan solo en cuanto a la construcción del aparcamiento para residentes previsto inicialmente en el Convenio de 14 de octubre de 1993, pero que tal Acta

no recoge en modo alguno la recepción de la primera planta para su uso como depósito de la grúa municipal”, afirmación a la que vincula la posterior cita y examen de diversos preceptos de la legislación de contratos administrativos, insistiendo en que la “Sala no puede tener por acreditado que la contratista apelante cumpliera en puridad con todas las obligaciones del Convenio de 3 de noviembre de 1998 y con las instrucciones recibidas de la Jefatura de Servicios Generales de la Policía Municipal y del Jefe de la División de Inspección de Obras del Departamento de Aparcamientos de la Concejalía de Movilidad Urbana y en particular del Ingeniero Adjunto al citado Departamento”, considerando que no restaban por realizar por el reclamante una serie de trabajos.

A tales contundentes argumentos se une el razonamiento igualmente desestimatorio respecto del lucro cesante que se pedía por la explotación de un determinado local comercial vinculado al total contrato y proyecto, subrayando para ello no solo las ausencias de prueba sino quizá las contradicciones en el actuar de la recurrente, dentro y fuera del propio proceso judicial¹²⁴.

DILACIONES INDEBIDAS (JUDICIAL)¹²⁵

¹²⁴ El Fundamento 10º de la Sentencia comentada, sobre ese particular, termina diciendo que “no puede aceptarse la realidad del lucro cesante que el apelante reclama como indemnización, en primer lugar porque la actividad de venta de vehículos o de cadena de distribución de productos alimentarios no se contempla por la normativa vigente para el local comercial de que se trata, y en segundo término porque en relación a la oferta que se le hace en el año 2006, es para venta de vehículos y asociada a esa actividad de venta la de taller, por lo que no cabe aceptar que la empresa arrendataria aceptaría tan solo arrendar el local para taller y no para la venta de vehículos, y si a lo anterior se une que nunca hubo consulta urbanística sobre usos permitidos a los servicios de urbanismo del Ayuntamiento o solicitud de licencias urbanísticas, con ocasión de tales ofertas de arrendamiento del local, se concluye que no puede prosperar esta pretensión, desestimándose en cuanto a ella el Recurso contencioso-administrativo”.

¹²⁵ Citese igualmente, entre otras, la SAN de 30 de enero de 2020 (Sección 3ª Ponente Sra. Sanguesa Cabezudo RJCA 2020/265), donde las acusaciones en un proceso penal incoado por la muerte de una persona allegada, pretendían una indemnización, basada en la larga duración de dicho proceso, solicitando cantidades por el daño moral y psicológico que anudaban a que la extensión del litigio no les permitió cerrar de manera natural el lógico “duelo”, afectando al modo en que continuaran con sus vidas, y también solicitando ser compensados por el efecto de reducción en la pena de los condenados, provocada por la dilación en el proceso que -como es sabido- puede actuar en varios planos. La Sala solo estima que deben indemnizarse los daños propios de las dilaciones en los reclamantes, procediendo a conceder una cantidad sin duda muy alejada de la inicialmente pedida. Respecto de lo que se pedía

¹²³ STSJ de Madrid de 17 de abril de 2015. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. Ponente Sr. Estévez Pendás.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6032)¹²⁶ resuelve la petición de indemnización imputada a la dilación indebida en la tramitación de un proceso, solicitud que fue acogida por la Sala, concediendo una cantidad menor de la reclamada.

Habiendo optado por un criterio expositivo basado en las características fácticas de fondo, mas allá del sujeto o especial regulación, cabrá empezar por recordar lo ocurrido y las bases de la reclamación.

Se siguieron actuaciones penales respecto de distintas personas. En el curso de las mismas se intervinieron distintos efectos a una de ellas, siendo el caso que, meses mas tarde, se acordó seguir las actuaciones contra varios de aquellos sujetos, y sobreseerlas en cuanto a quien se vio afectado por dicha intervención y, aún mas, se tardó mas de año y medio en proceder a la devolución de aquellos efectos. A partir de esa devolución tardía se inicia reclamación indemnizatoria por las dilaciones indebidas en el funcionamiento judicial, no solo por la mencionada tardanza en la devolución, sino por el propio trámite del proceso entre su inicio y el sobreseimiento que afectó al solicitante de indemnización.

La Sentencia de la Audiencia Nacional rechazó el recurso por distintos motivos (algunos de los cuales ligados a problemas de legitimación) varias de las partidas reclamadas, acogéndolo en una cantidad

por el efecto colateral del tiempo en la reducción de la pena, la Sentencia los rechaza dado que la reducción de la pena "compensa un daño con un beneficio (y) no puede trasladarse al ámbito del resarcimiento de los perjudicados, y de hecho las sentencias que trae a colación el demandante se refieren en todo caso al daño al acusado que padece la "pena de banquillo", cosa que aquí no sucede", añadiendo que el "derecho que invoca no encuentra amparo legal, y no puede equipararse la situación del condenado a la del perjudicado que demanda un resarcimiento en vía penal mediante el ejercicio de las acciones que derivan del delito".

Mutatis mutandis, véase también la STSJ Navarra de 27 de abril de 2017 (Sección 1ª Ponente Sra. Azcona Labiano, JUR 2017/227085) en que el reclamante basaba su petición en el retraso en la adjudicación de una plaza de funcionario en su localidad, aduciendo que ese retraso se produjo en la fase de ejecución de la Sentencia dictada, petición que fue rechazada con examen de los hechos y recordatorio de la doctrina sobre las dilaciones indebidas.

Respecto de dilaciones indebidas no son pocas las Sentencias que tratan sobre intereses de demora consecuencia de procesos contra liquidaciones tributarias, por ejemplo, SAN 3 de febrero de 2015 (JUR 2016/76755)

126 STS de 4 de noviembre de 2016. Sala de lo Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sra. Huertas Garicano.

extraordinariamente alejada de lo reclamado y solo correspondiente a la devolución de efectos. El reclamante acudió a la casación buscando la íntegra estimación de sus pretensiones, lo que no obtendrá pues aunque el Alto Tribunal casa la Sentencia de instancia, su efecto es un (ligero) incremento de lo concedido, atendiendo tanto a la existencia de responsabilidad en el funcionamiento de la cadena de custodia de los objetos intervenidos como por dilaciones indebidas, recordando -respecto de este último aspecto- que "la dilación indebida es un término que <<envuelve un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos derivados de la naturaleza y circunstancias del litigio en función de su complejidad y el interés arriesgado en el mismo, así como la conducta procesal del demandante o la actuación del órgano jurisdiccional, en los márgenes de duración de los litigios del mismo tipo y la consideración de los medios disponibles, sin que la mera constatación de la duración total del proceso, o de alguna de sus fases sea bastante para declarar su existencia, sino que es preciso efectuar un análisis del curso de aquél y las actuaciones que lo integran a fin de determinar las razones de tal duración y así poder apreciar si nos encontramos realmente ante dilaciones indebidas o éstas responden a la naturaleza, características y alcance del proceso".

DILACIONES INDEBIDAS (JUDICIAL)

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2017¹²⁷ (JUR 2017/310153) se ocupa de la solicitud de indemnización ligada a las dilaciones indebidas en el proceso civil seguido para obtener la posesión de una vivienda, estimando parcialmente la petición, concediendo una cantidad muy alejada de lo reclamado y rechazando conceder cantidades calculadas sobre el tiempo en que no se viene poseyendo la vivienda objeto de la controversia.

La Audiencia Nacional reseña los hitos del proceso, que -pese al tiempo transcurrido- no había llegado siquiera a alcanzar una decisión de fondo, reitera la doctrina jurisprudencial que define la idea de "dilaciones indebidas" y la relación causal entre tales dilaciones y el daño que se invoca. Concede finalmente una pequeña cantidad que parece mas orientada al daño por la dilación misma¹²⁸, entendiendo

127 SAN 10 de noviembre de 2017. Sección 3ª Ponente Sra. Sanguesa Cabezedo. JUR 2017/310153)

128 Véase también la SAN de 18 de septiembre de 2018 (Sección 3ª Ponente Sra. Sanguesa Cabezedo. JUR

que el resto de lo que se reclama no puede ser otorgada pues la propiedad de la vivienda sigue siendo litigiosa y, en su caso, en el retraso en la posesión de la misma habrían intervenido terceros, interrumpiendo el nexo causal con el funcionamiento administrativo.

IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION/CAMBIO PLAN¹²⁹. La Sentencia del Tribunal Supremo de

2018/290538) que concede cantidades por daño moral por dilaciones indebidas en un proceso en que se sustanciaban cuestiones relativas a derechos de visita de menores, ponderando las cantidades solicitadas por el reclamante, e incluso las pruebas aportadas por este (“... si bien es cierto que el demandante aportó un informe pericial psicológico, de cuyo contenido hemos dejado constancia, este se refiere a un momento determinado ... y comprende el periodo ..., respecto del que se indica que se aprecian síntomas compatibles con la depresión y ansiedad, impotencia etc. Pero todos esos signos se asocian al hecho de la denuncia por abusos sexuales deducida por la esposa. Luego, no pueden anudarse al hecho de la dilación en puridad. Además contrastan con el hecho reflejado en los informes del punto de encuentro de DIRECCION..., relativo a la posición optimista y entusiasta del padre (informe de ... del Servicio Técnico del Punto de Encuentro Familiar de DIRECCION...), una vez casada la medida”.

A su vez, la SAN de 11 de octubre de 2017 (Sección 3ª Ponente Sra. Sanguesa Cabezudo. JUR 2017/288776) se ocupa de la aplicación, a la solicitud de indemnización, del concepto de “pérdida de oportunidad” que aprecia dada la relación entre la larga tramitación del proceso, y la frustración de la posibilidad misma de hacer efectiva la acción penal, que fue elegido por el perjudicado, si bien en esa ecuación no debe olvidarse el acontecimiento luctuoso que hace imposible ese proceso. Lo concedido es una cantidad menor que la solicitada, aunque cabe añadir que en este caso lo pedido era menos que en otros que se vienen analizando de modo que la suma obtenida está porcentualmente menos alejada de lo pretendido.

Resulta de interés traer a colación en completo trabajo publicado en el número 3 de 2014 de la Revista Aranzadi Doctrinal, “La responsabilidad del Estado-Juez” (BARJA DE QUIROGA, Jacobo), en que se expone lo correspondiente al daño moral, y también se dice que “dentro del concepto de daño, la jurisprudencia incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante”, afirmándose que “no hay razón alguna para que en el caso de la responsabilidad del Estado-Juez los conceptos indemnizables hayan de ser otros. En definitiva, el indicado concepto debe regirse por el principio de la «total reparación», de manera que el resarcimiento debe compensar por completo el daño producido”.

129 Respecto de las posibilidades indemnizatorias derivadas del cambio del planeamiento, véase, AGUIRRE i FONT, Josep M.- “La responsabilidad patrimonial como límite a la ordenación supramunicipal: el ejemplo de los planes directores urbanísticos del sistema costero” Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación núm. 31/2014, donde se comienza recordando que el ejercicio del ius variandi por la Administración no comporta, como principio general, derecho de indemnización, si bien, en determinadas circunstancias, la pérdida del contenido patrimonial del derecho de propiedad si habrá de generarla para compensar los daños y perjuicios que provoque el cambio en el planeamiento, de modo que la cuestión se desplaza a la realidad del daño, a en que supuestos se haya producido

20 de febrero de 2015 (RJ 2015/934)¹³⁰ viene a desestimar el recurso de casación formulado frente a una previa Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que ya concedía un determinado importe indemnizatorio derivados de la frustración de un proyecto de creación y puesta en marcha de una planta acuícola, lo que se debía a la aprobación del plan gallego de acuicultura. Para la recta comprensión del asunto debe tenerse en cuenta que la empresa perjudicada contaba con las autorizaciones y concesiones precisas para poner en marcha su planta, si bien, con posterioridad a su obtención, al aprobarse el plan de la Administración autonómica, resultaba contrario al mismo el emplazamiento inicialmente elegido, y económicamente inviable aquél al que habría tenido que trasladar el proyecto. Ante esa situación, la reclamante solicitaba se la indemnizase con el importe de los gastos del proyecto, también con el precio de adquisición de los terrenos en que iba a localizarse la planta, y con el lucro cesante. El Tribunal Superior de Justicia rechaza estos dos últimos conceptos¹³¹ y concretamente el del lucro cesante porque -se dice- “el proyecto ya no era prosperable”. Este es en esencia el objeto del recurso y de la Sentencia del Tribunal Supremo que lo resuelve.

Como es sabido, el causa casacional, determina el modo en que se vehicula la impugnación, no siendo infrecuente que -para alcanzar cabida en tal vía de recurso- se discuta lo adecuado o no de la motivación de la previa Sentencia, así ocurrió en este caso, si bien el Alto Tribunal rechaza el motivo, pues aunque la motivación sea “muy parca ... incluso oscura”, se considera suficiente, remitiendo el asunto a la impugnación de fondo que unía la denegación de cantidad alguna por lucro cesante con la alegada infracción del artículo 106 de la Constitución y el mandato de reparación integral¹³². La Sala confirma lo decidido por

la patrimonialización, -en su caso- a los supuestos en que se indemniza por la existencia de limitaciones singulares y al principio de seguridad jurídica, es decir, a aquellos casos en que (con ruptura de la confianza legítima) la modificación del planeamiento se produce antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo.

130 STS de 20 de febrero de 2015, de la Sala de lo Contencioso. Sección 6ª. Ponente Sra. Huerta Garicano.

131 De la petición de restitución del precio de compra de los terrenos se deniega porque -se aduce- los mismos siguen en poder de la demandante, añadiendo después que no consta alteración en la clasificación de tales terrenos.

132 Conviene destacar que el recurrente también consideró infringida la específica normativa urbanística en materia de responsabilidad, sin que el Alto Tribunal estimara dicho

el Tribunal Superior, por un lado, con cita de su propia doctrina (“la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas ...”), para considerar que lo pedido era mera expectativa, e incluso trayendo a colación un dato que hubiera cuestionado su inicial viabilidad.

**IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION/
CONVENIO URBANISTICO** La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 13 de mayo de 2016 (JUR 2016/267471)¹³³ responde a la solicitud de una

motivo con el que se insistía en reclamar cantidades por el concepto de lucro cesante, para ello analiza los derechos adquiridos frustrados por el cambio en el Plan, y la pretensión de lucro cesante.

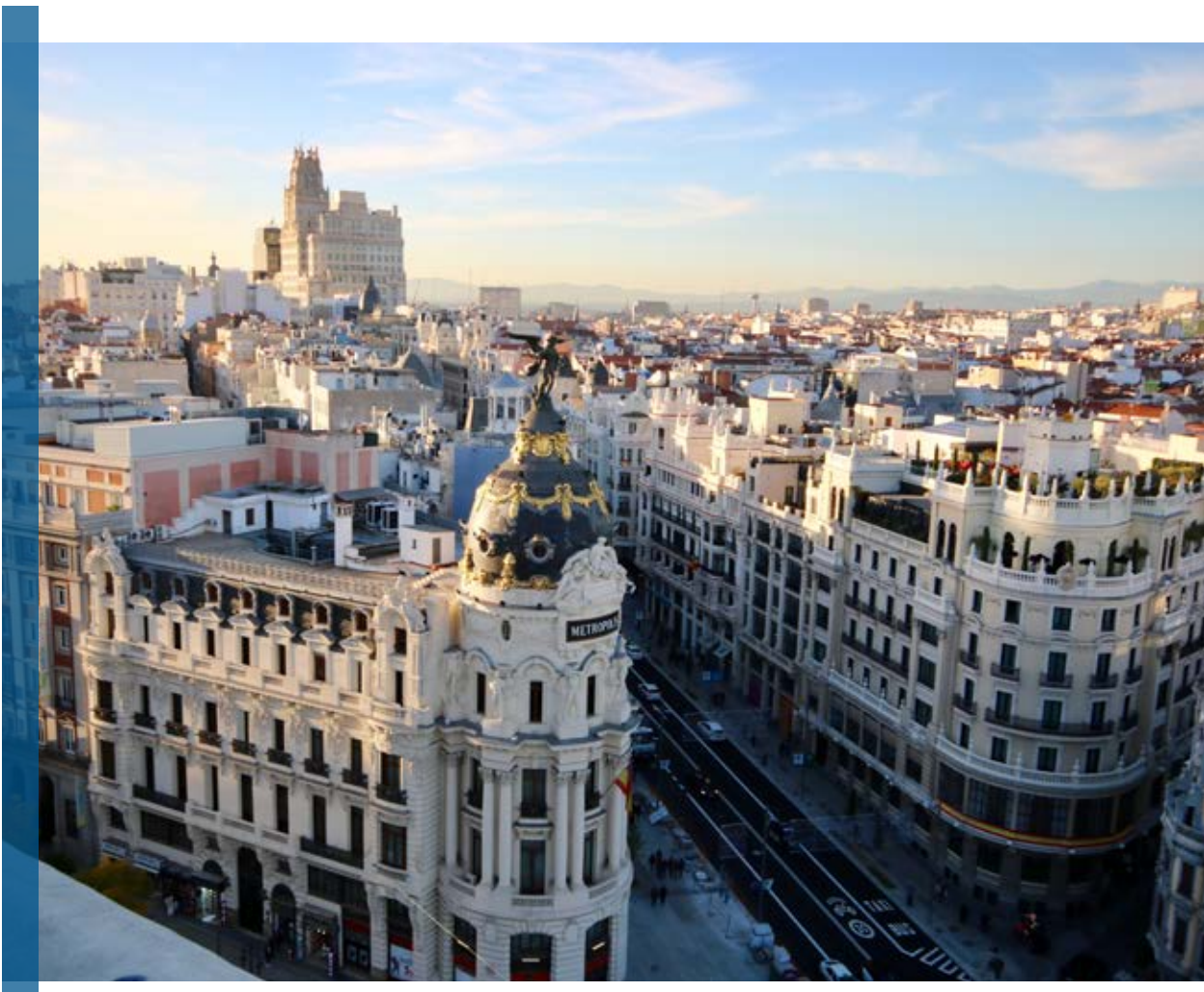
133 STSJ de Canarias (Las Palmas) de 13 de mayo de 2016. Sala

indemnización (incluyendo daño emergente y lucro cesante) por la imposibilidad material de llevar a la realidad la edificabilidad pactada en un convenio urbanístico. El solicitante no obtiene lo pedido ni en vía administrativa (recurriendo contra la desestimación presunta), en la instancia judicial y en la alzada ante el Tribunal Superior.

La mercantil reclamante suscribió un convenio urbanístico con el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, siendo el caso que posteriormente se descartó la posibilidad de otorgarla una licencia de obra para determinada edificación al no estar ejecutado cierto vial, lo que -según la peticionaria- guardaba relación con otros procesos judiciales en que intervino el mencionado Ayuntamiento.

El problema central al que se enfrenta la Sala es la identificación de la acción que se ejercita, respecto de lo que se anota que “los convenios urbanísticos, por su especial

de lo Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sr. Gómez Cáceres.



naturaleza, solo pueden ser resueltos cuando quedan sin razón de ser o no se puede cumplir la finalidad para la que se otorgaron, mientras que el incumplimiento de sus previsiones por parte de la Administración municipal, en cuanto actúa potestades urbanísticas indisponibles, solo dará lugar en su caso a la exigencia de responsabilidad patrimonial en el caso de que se acredite los requisitos legal y jurisprudencialmente exigibles para ello”, recordando después la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos, debiendo las partes “asumir las obligaciones contraídas en virtud de tal convenio”. De lo anterior se obtiene como derivada que “lo que insta la parte es una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de un Convenio que no ha sido denunciado por ninguna de las partes. Es más cuando lo que se predica es el incumplimiento de obligaciones, conviene recordar que si éste es parcial (como la no iniciación de actuaciones sobre una calle asumidas por el Ayuntamiento) no conlleva la resolución del convenio pues tal decisión rompería el equilibrio patrimonial expresado en el mismo (...). Como no estamos -prosigue- ante una demanda por incumplimiento del convenio, no procede examinar el asunto desde la perspectiva de las obligaciones contraídas en el mismo, y tampoco se trata de una modalidad especial de responsabilidad patrimonial por cambio de planeamiento que tiene su régimen propio, y es la que se genera cuando, en el ejercicio del ius variandi, la Administración revisa la ordenación urbanística”¹³⁴.

¹³⁴ Resulta de interés transcribir lo que, con cita a su vez la resolución comentada, al referirse a supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual. Ejercitada -dice- una pretensión contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, cabe traer a colación la Sentencia del TSJ de Canarias de 25 de junio de 2010 (JUR 2011, 8241) que, en un supuesto similar al que hoy se plantea, establece: “El Tribunal Supremo, por todas Sentencia de 7 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1729) , ha declarado en reiteradas ocasiones el parentesco existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, a la cual hay que referir la obligación impuesta a las Administraciones públicas de indemnizar los daños y perjuicios causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, esta aproximación, que resulta útil para el tratamiento procesal de las pretensiones indemnizatorias cuando el reclamante acumula unas y otras o no califica adecuadamente la ejercitada, o entre ambas se hallan en estrecha relación, no impide que deba aquilatarse el ámbito de aplicación de uno y otro régimen de responsabilidad cuando concurren diferencias sustanciales. En dicha sentencia se dice: “En algunas sentencias hemos apuntado ya cómo el régimen de la responsabilidad contractual se aproxima al que resulta aplicable a ciertas obligaciones impuestas o aceptadas por la Administración en virtud de un acto administrativo unilateral

La Sentencia del Tribunal Superior tiene una breve fundamentación específica que comienza admitiendo que la “solución a que llega la sentencia impugnada podrá llevar consigo cierto germen de injusticia”, aunque achaca el mismo al propio planteamiento del demandante y a que pese a la general exigencia constitucional de que la Administración repare el daño causado, sin embargo -se sostiene- el régimen jurídico aplicable a responsabilidad extracontractual y contractual sería distinto, ello no permite a la jurisdicción subsanar (de algún modo, sustituir) el modo en que actúe el peticionario.

LIMITACION SINGULAR DERIVADA DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO¹³⁵ Sentencia

(v. gr., en el caso de las concesiones) y hemos de añadir aquí ahora que en el mundo del Derecho administrativo tienen también cabida las obligaciones nacidas de la ley con carácter ajeno a la producción de hechos ilícitos, a la responsabilidad objetiva o al enriquecimiento injusto, que no son otras que las obligaciones llamadas autónomas por la doctrina civilista, es decir, aquellas que surgen directamente, al margen de los supuestos citados, por hechos o situaciones regulados por la ley. Estas obligaciones sancionadas directamente por la ley se rigen por los preceptos de aquella que las hubiera establecido y, en lo no previsto en la misma, por las disposiciones generales del Código Civil (LEG 1889, 27) sobre obligaciones y contratos (artículo 1090 del Código Civil). Este mandato lleva a excluirlas del régimen específico de la responsabilidad aquiliana y, por ende, del régimen propio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por funcionamiento de los servicios públicos.”

¹³⁵ Véase también la STS de 7 de julio de 2015 (Sala de lo Contencioso. Sección 5ª, Ponente Sr. Peces Morate RJ/2015/3243), que destaca que el reconocimiento del derecho indemnizatorio no presupone ni exige declarar la nulidad las determinaciones del Plan General, exponiendo que para el cálculo de la indemnización “deberá tenerse en cuenta la pérdida de aprovechamiento que ha supuesto la asignación a una porción o superficie de la parcela (1.993 m2) de la Ordenanza 9, grado 1º, “Edificación Villas y Chalets”, en lugar de la Ordenanza 3, “Edificación en Manzana Cerrada”, asignada a una superficie de 1.317 m2 de la misma, de cuyo cálculo se detraerá la edificabilidad que, en virtud de una transferencia de aprovechamiento, les fue anteriormente atribuida a los propietarios de esta parcela en la Unidad de Ejecución Vista Alegre, si bien, para realizar la indicada deducción, habrá que atenerse al valor que en la actualidad tenga la edificabilidad transferida en esa Unidad de Ejecución Vista Alegre”. Igualmente, la STS de 22 de junio de 2017 (Sala Contencioso. Sección 5ª. Ponente Sr. Tolosa Tribiño RJ 2017/3073) y también del Tribunal Supremo la Sentencia de 14 de septiembre de 2017 (Sala Contencioso. Sección 5ª Ponente Sr. Tolosa Tribiño RJ 2017/4036), que, tras citar la STC 164/2001, afirma que el “cierre del sistema de equidistribución” diseñado por la legislación urbanística “es el reconocimiento del derecho a ser indemnizado por las ordenaciones que impusieran vinculaciones singulares”, siendo así que en el caso en cuestión, la Sala de instancia también difirió a la fase de ejecución la determinación del monto indemnizatorio.

De entre la abundante bibliografía sobre el particular, cítese,

del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2018 (RJ/2018/5127)¹³⁶. La resolución reseñada resuelve un recurso de casación formulado por la Comunidad Autónoma contra previa Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que había estimado en parte la demanda del reclamante, condenando a indemnizar al Ayuntamiento y la Comunidad¹³⁷, dejando para ejecución de Sentencia la determinación del montante de la indemnización. El Alto Tribunal no acoge la casación interesada, confirmando la decisión adoptada en la instancia.

El problema de fondo derivaba de la limitación a la edificabilidad, con la consiguiente imposibilidad de patrimonialización, en virtud de la inclusión del inmueble en el Catálogo de Protección, que forma parte del Plan General Municipal, y pesar sobre el mismo una orden de conservación que especificaba determinadas restricciones.

Al responder a los argumentos de la Junta de Extremadura, el Tribunal Supremo recuerda los requisitos de los que depende la indemnización: “para que exista derecho a la indemnización solicitada... es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) una restricción en el aprovechamiento urbanístico; b) una limitación singular; y c) imposibilidad de distribución equitativa...”, matizando que el derecho indemnizatorio no deriva aquí del ejercicio anticipado del ius variandi (modificación del planeamiento), cuanto de la vinculación singular que se establece sobre determinada finca. No hay por tanto “compensación” por el cambio de planteamiento (por lo que no es necesaria la patrimonialización del aprovechamiento como

causas de la indemnización), explicando dicha “vinculación singular”, por el hecho de que se produce una “restricción del aprovechamiento” que “no se establece en términos de comparación con el aprovechamiento de idéntica finca en planeamientos anteriores, sino que se produce en relación con el aprovechamiento que se reconoce a los restantes suelos de la zona o ámbito homogéneo de que forma parte”¹³⁸.

Como se ha indicado previamente, la precedente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia difirió a la ejecución de Sentencia la determinación de la indemnización que ya otorgaba, y correspondiendo ello a la cuestión que nos ocupa ya habría razón para traer ello a colación, pero aún debe insistirse en este extremo por la singularidad de esa remisión al momento ulterior a la firmeza de la Sentencia, pues el Tribunal Superior de Justicia, que examinó informe pericial y alegaciones de las

¹³⁸ Conviene anotar la correlación que se hace entre estos mecanismos indemnizatorios y los sistemas de equidistribución de beneficios y cargas. Así, en el Fundamento Jurídico Tercero, con cita de previa jurisprudencia, dice que “la Sentencia del TS 23-02-2012 analiza la evolución y filosofía del precepto. Por su parte, la STS de 6 de julio de 1995, señala el carácter intempestivo de la petición de indemnización por vinculaciones singulares cuando se solicita antes de la aprobación del Catálogo u otro instrumento de Protección, pues una vez aprobado éste es cuando se sabe el nivel de afección y, por tanto de vinculación, y es posible entonces arbitrar las posibles medidas compensatorias. En concreto en esa sentencia, recogiendo lo declarado en la anterior de 3 de octubre de 1988, dijimos que “... cuando tenga operatividad el Plan Especial y Catálogo, podrá conocerse la afección que sufre la finca (...), pero no ahora, pues ya queda dicha la indefinición, que sobre parámetros esenciales existe al respecto (posible exclusión de elementos, señalamiento efectivo de la superficie protegida, eventual inclusión de parte de la zona de verde privado como anexo del edificio, ventajas fiscales, etc. ...) (...) debiendo notarse que no es que el Plan Especial pueda alterar determinaciones esenciales de las Normas Subsidiarias -en nuestro caso el P.G.O.U.-, sino que a los concretos efectos reparatorios que se pretenden, mientras dicho Plan y Catálogo no logren la aprobación definitiva, no será posible conocer ni evaluar el montante económico que deba alcanzar la exigible indemnización”.... Asimismo, el derecho a la distribución equitativa de cargas y beneficios -como realización del principio de justicia en materia de urbanismo- implica que la efectividad de unos y otros deba producirse de forma simultánea, pues sólo de esa forma cumple su finalidad. Tal principio es incuestionable en la ejecución del planeamiento por polígonos o unidades de actuación, en que los efectos de la aprobación de los instrumentos de equidistribución -compensación, reparcelación o análogos- llevan implícita tal simultaneidad, pero tal principio debe operar con igual rigor en el supuesto de suelos urbanos consolidados; supuesto en el que la ejecución se produce de forma asistemática, y en que es exigible que la ordenación prevista en el planeamiento sea completa, lo que pasa por definir las cargas y definir y concretar también las posibilidades edificatorias y de uso de las parcelas “

GARRIDO FALLA, F.- “El derecho a la indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”. Revista de Administración Pública núm. 81/1976.

¹³⁶ STS de 22 de noviembre de 2018, Sala de lo Contencioso. Sección 5ª Ponente Sr. Tolosa Tribiño

¹³⁷ La condena solidaria se justifica en que “tanto la Administración autonómica como el Ayuntamiento han participado en la elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico, cuyas determinaciones son causa de las aludidas vinculaciones singulares y de las consiguientes limitaciones del aprovechamiento urbanístico, de modo que ambas podrían ser condenadas a pagar la indemnización al propietario, gravado con ellas, en forma solidaria”, huyendo así de “un criterio simplista sería el de atribuir la responsabilidad a la Administración que hace la aprobación definitiva. Sin embargo, parece más correcto acudir, en estos casos, a la tesis de que existe un supuesto de concurrencia entre ambas Administraciones y que la responsabilidad es entonces solidaria, sin perjuicio de que la Administración condenada a pagar pueda repetir contra las demás que hayan intervenido en la causación del daño”.

partes, establece que las partes tendrán un plazo de cinco meses para alcanzar un acuerdo, y que de no conseguirlo, la actora habrá de solicitar (y costear) el nombramiento de un perito Arquitecto, insaculado por la Sala, para que “en base a la limitación de edificabilidad producida y de acuerdo a criterios legales de valoración, determinase la correspondiente indemnización”¹³⁹.

PROHIBICION LEGAL Y CONSECUENCIAS DAÑOSAS. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 diciembre de 2019 (RJ 2019\4868)¹⁴⁰ tiene por objeto la reclamación de la reclamación de una propietaria de ganado, al sufrir daños en su cabaña como consecuencia de la acción de una especie (el lobo) cuya caza se encuentra prohibida legalmente, como consecuencia la protección que otorgada por una legislación que viene a trasponer normativa comunitaria.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó parcialmente la reclamación de la perjudicada, interponiéndose recurso de casación por la Comunidad Autónoma, que es desestimado, confirmándose la decisión adoptada en la instancia.

Para la Administración recurrente, para acoger la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por los daños causados por las especies de fauna silvestre se debía exigir una expresa previsión legal, a lo que la Sala responde afirmando que “para la resolución de la controversia conviene tener en cuenta el fundamento y finalidad de esta institución, que se dirige a garantizar la indemnidad patrimonial, mediante la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, por la actividad de la Administración, que, en el ejercicio de sus competencias y dirigida a la consecución de los objetivos que en cada caso le son propios, afecta además de manera concurrente, específica y negativa a los derechos

e intereses del administrado, causándole una lesión que no tiene el deber de soportar. La finalidad de la institución se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. De tal manera que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla. Como dice el art. 34.1 de la Ley 40/2015 -añade- solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”, insistiendo en que “por otra parte, la responsabilidad patrimonial se sujeta a la configuración legal -en los términos establecidos por la ley, dice el art. 106.2 de la Constitución- en cuanto su existencia, alcance y contenido viene determinado en cada momento por el legislador, que establece los hechos determinantes, las consecuencias jurídicas y las condiciones y requisitos de ejercicio de la acción correspondiente, a los que se condiciona la exigencia por el perjudicado” lo que lleva a la interpretación de determinado precepto legal (54,6 de la Ley 42/2007) que “atendiendo al régimen específico de protección del lobo, al sur del río Duero, señala “que cuando se trata de especies animales que gozan de singular protección, por la concurrencia de un interés público relevante como es el medio-ambiental para la conservación y protección de la especie, ello determina que los particulares no puedan adoptar sus propias medidas, pues corresponde a la Administración adoptar aquellas más adecuadas para la conservación del “canis lupus” en esa zona.” Y en estas circunstancias, determinadas por la normativa sectorial específica y concretada en la especie animal causante del daño, la actuación administrativa se sujeta a la responsabilidad patrimonial por los daños producidos en cuanto no exista un deber de soportarlos y concurren los demás requisitos exigidos al efecto”.

Como quiera que además la Administración recurrente aducía la existencia de subvenciones

¹³⁹ Véase el interesante trabajo, “La problemática fijación del término de comparación en la indemnización por vinculación singular: Un intento de clarificación a la luz de la jurisprudencia” (MUÑOZ GUIJOSA, M. Astrid) publicado en el número 32/2014 de la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación. También, en VV.AA *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Ed. Aranzadi, 2009. “Requisitos que terminan de perfilar el concepto de lesión indemnizable: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado” AHUMADA RAMOS, Francisco Javier y FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón “Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007 de 28 de mayo, de suelo” Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación num. 16/2007

¹⁴⁰ STS 2 diciembre de 2019. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 5ª Ponente Sr. Herrero Pina.

a favor de los propietarios de ganado, como obstáculo para el otorgamiento de indemnizaciones, la Sala se pronuncia al respecto al decir que “una cosa son las medidas de apoyo financiero a favor de los afectados por las plagas en cuestión, cuya naturaleza constituía el objeto de aquel recurso, y otra distinta la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración en los supuestos que, como consecuencia de su actuación, pueda imputarse a la misma la producción de una lesión patrimonial que el particular no tenga el deber de soportar y resulta indemnizable conforme a los preceptos que regulan dicha institución, pronunciamientos congruentes con el planteamiento que acabamos de hacer en este caso, distinguiendo entre los pagos compensatorios que en su caso pudieran establecerse por razones de conservación y la exigencia de responsabilidad patrimonial por los daños causados por las especies de fauna silvestre”.

Este tipo de reclamaciones por la muerte de animales como consecuencia de la acción de los lobos no son en modo alguno infrecuentes en su planteamiento ante Tribunales y muy frecuentemente, ante los Juzgados, de entre las que cabría destacar la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Segovia de 16 de enero de 2020 (JUR 2020/179483) no solo por el repaso que hace del estado de la cuestión, sino también por su especial atención a la cuestión indemnizatoria, aludiendo para ello a la prueba propuesta de adverso (informe pericial incluido), y la valoración que hace el juez de la diversa prueba propuesta, diferenciando las distintas partidas concediendo importes por las de “daño emergente por pérdida de fecundidad”, “valor de los animales”, “costes asociados al ataque del lobo”, rechazando por falta de prueba, en su integridad, lo solicitado como “lucro cesante”.

NULIDAD CONTRATO La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2018 (RJCA 2018/1227)¹⁴¹ resuelve recurso frente a previa resolución administrativa que otorgó a la empresa constructora reclamante el pago de determinadas cantidades como daño emergente (valor de la obra ejecutada), rechazando lo solicitado como lucro cesante. Aunque la Sentencia incrementará en algún concepto las sumas otorgadas por daño emergente (gastos de devolución de amarres y gastos financieros), insiste en la denegación de cantidad alguna por lucro cesante.

El caso enjuiciado tenía su origen en las vicisitudes de un contrato administrativo, y su anulación, de modo que para resolver la petición de lucro cesante, la Sentencia cita la Sentencia del Tribunal Supremo 462/2013, revisa la normativa de contratos públicos, así como recuerda que la “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”, trayendo a colación el Código Civil para decir que el artículo 1106 de dicho cuerpo legal “regula la indemnización de perjuicios lo hace en relación con el incumplimiento de las obligaciones, regulado en el artículo 1101” siendo así que “el efecto del incumplimiento de una obligación y el efecto de la nulidad de un contrato, del que, en su caso, pudiera nacer una obligación, no son equiparables”, instituciones diferentes -prosigue- a las que no cabe duda que el legislador ha querido dar una regulación diferenciada” de donde concluye que encontrándonos ante un caso de nulidad del contrato de concesión (caracterizado por cuanto desgrana en la propia sentencia sobre la conducta de las partes) “no procede indemnización en concepto de lucro cesante”.

¹⁴¹ STSJ Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2018. Sala Contencioso. Sección 1ª. Ponente Sra. Blanes Rodríguez.

