
Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial¹

Luis MEDINA ALCOZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Palabras clave: responsabilidad civil; responsabilidad patrimonial; causalidad; prueba; jurisdicción contencioso-administrativa; legitimación

Key words: liability; public liability; causation; proof; judicial review; acces to judicial review

SUMARIO: I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—1. La legitimación del Estado y las Comunidades Autónomas para impugnar actos locales.—2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación.—3. La legitimación de las entidades locales y de sus asociaciones para impugnar actos de otras entidades territoriales.—4. Otras cuestiones.—II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.—1. El Tratado de Responsabilidad Civil de Fernando Reglero Campos.—2. El título de impugnación.—3. El nexo causal y su prueba.—4. La acción de regreso de la Administración contra el empleado público causante del daño.

I. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. La legitimación del Estado y las Comunidades Autónomas para impugnar actos locales

La STS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, de 29 de septiembre de 2008, ha aplicado una relevante y novedosa doctrina en cuanto al alcance de la expresión «en el ámbito de sus respectivas competencias» empleada por el art. 65 LBRL para acotar los supuestos en que el

¹ Trabajo realizado en el marco de los Proyectos I+D del Ministerio de Educación y Ciencia con referencias SEJ 2006-10322 y SEJ 2007-64055, integrados en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid (ref. 931089) sobre «Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa».

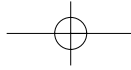
Estado y las Comunidades Autónomas pueden impugnar los actos locales que infringen el ordenamiento jurídico.

El Pleno del ayuntamiento de Torrelavega aprobó el 3 de enero 2003 el convenio colectivo sobre condiciones de trabajo del personal laboral. El Delegado del Gobierno en Cantabria lo impugnó ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que dictó Sentencia de 12 de diciembre de 2003 anulando varias cláusulas referentes al personal funcional [5.3, 7.1 y 2, 10, 11, 15, 23, 37.c)] y laboral (3.3). El ayuntamiento formalizó recurso de casación contra la citada sentencia alegando, entre otros motivos, que el Delegado del Gobierno carece de competencia para recurrir las cláusulas 10 y 11 relativas a las vacaciones, los permisos y las licencias del personal municipal. A juicio de la recurrente, tales cláusulas abordan una materia regida primariamente, no por la legislación estatal, sino por la autonómica (en particular, por el art. 58 de la Ley 4/1993 de la Función Pública de Cantabria); y el Delegado del Gobierno carece de legitimación para impugnarlas habida cuenta de que, de acuerdo con el art. 65 LBRL, la Administración del Estado sólo puede recurrir los actos locales que inciden en el ámbito de sus competencias. El Tribunal Supremo estimó este motivo, casando en este punto la sentencia y sustituyéndola por otra declarativa de la inadmisibilidad del recurso en cuanto a las cláusulas 10 y 11 del convenio colectivo.

En realidad, el criterio del Tribunal Supremo no es nuevo. Ya la STS, Sala 3.^a, de 12 de julio de 1991, Ar. 5591, entendía que el art. 65 LBRL «no atribuye la legitimación para impugnar los actos o acuerdos de las entidades locales que infrinjan el ordenamiento jurídico, indistintamente el Estado o las Comunidades Autónomas, sino exclusivamente a uno u otras, dentro del “ámbito de sus respectivas competencias”». No obstante, la interpretación hasta al momento prevalente no ha ido precisamente en esta dirección. El Tribunal Supremo venía definiendo una lectura amplia y flexible del art. 65 basada en el principio *pro actione* y en la dificultad intrínseca de distinguir las infracciones que afectan a las competencias estatales de las que inciden en las autonómicas (*vid.* SSTS, Sala 3.^a, 12 de marzo de 1990, Ar. 3404; 9 de julio de 2001, Ar. 8755). Tanto es así que ha llegado a reconocer la legitimación de la Administración del Estado en materias de regulación fundamentalmente autonómica, como el empleo de lenguas cooficiales (STS, Sala 3.^a, de 13 de noviembre de 2000, Ar. 10348). Consecuentemente, la sentencia citada, al recuperar la doctrina de la STS de 12 de julio de 1991, viene a modificar una jurisprudencia consolidada tendente a ampliar los casos de legitimación del Estado y las Comunidades Autónomas para impugnar actos locales².

Sin duda, la interpretación restrictiva establecida en la sentencia comentada parece más consecuente con la autonomía local y con la doctrina del Tribunal Constitucional que insiste en la prohibición de controles de legalidad genéricos e indeterminados (STC 4/1981, de 2 de febrero). Pero no debería extremarse ni perderse de vista la tendencia fle-

² La profesora E. CARBONELL PORRAS ha realizado un valioso análisis de esta cuestión con estudio de las sentencias citadas en su comentario al art. 65 LBRL incluido en *Comentarios a la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local*, M. REBOLLO PUIG (dir.) y M. IZQUIERDO CARRASCO (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 1557-1564.



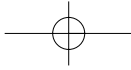
xibilizadora precedente, pues distinguir netamente las competencias estatales de las autonómicas a los efectos de la legitimación no deja de ser una tarea artificiosa en un contexto caracterizado por la complejidad de los intereses públicos y el constante entrecruzamiento de las competencias de los diferentes niveles territoriales.

2. La legitimación del concejal para impugnar los actos de su corporación

Los Tribunales siguen sin aplicar un criterio uniforme en cuanto a los supuestos en que los mandatarios locales pueden impugnar los actos de su corporación. No me refiero a los recursos interpuestos por concejales o diputados provinciales para hacer valer los derechos e intereses que la legislación de régimen local les atribuye en cuanto tales. Tampoco a los que el representante local formula como cualquier vecino, basándose en un derecho o interés legítimo o ejerciendo una acción popular. Me refiero a la legitimación especial prevista en el art. 63 LBRL que permite al representante local recurrir para hacer valer únicamente un interés general en el buen funcionamiento de la corporación.

La jurisprudencia (tanto ordinaria como constitucional) no discute que los concejales y diputados provinciales disponen de esta legitimación especial para recurrir los acuerdos de los órganos de los que no forman parte [Alcaldía, Presidencia provincial y Junta de Gobierno (la antigua Comisión de Gobierno), cuando en ella no se integra el representante local recurrente]. Pero hay relevantes discrepancias sobre el alcance de esa legitimación especial cuando el recurrente forma parte del órgano colegiado que dictó el acto (Pleno o Junta de Gobierno, cuando en ella se integra el concejal o diputado litigante). Hay dos posiciones antitéticas: 1) nunca hay legitimación, salvo cuando el mandatario local recurrente votó en contra, y 2) siempre hay legitimación, salvo cuando el mandatario local recurrente votó a favor. Consecuentemente, los concejales o diputados provinciales ausentes o abstencionistas en la deliberación carecen o disponen de legitimación según que se aplique uno u otro criterio.

La primera tesis es tradicional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La segunda fue introducida, no sin ambigüedades, por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 173/2004, de 18 de octubre, y 108/2006, de 3 de abril (ref. Ar.: RTC 2004/173 y 2006/108) y confirmada en el Auto 147/2007, de 27 de febrero (ref. Ar.: RTC 2007/147). La primera tiene su (claro) fundamento en: 1) el art. 20.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que niega la legitimación para impugnar los actos de una Administración a quienes forman parte de ella; y 2) el art. 63.1.b) LBRL, que establece una única excepción cuando el representante local hubiera votado en contra. La segunda posición tiene una (vidriosa) justificación en: a) el art. 24 CE, que, según el Tribunal Constitucional, obliga a ampliar las posibilidades impugnatorias hasta ahora reconocidas a los representantes locales; y b) una «interpretación conjunta» (?) de los arts. 20.1.a) LJCA y 63.1 LBRL reveladora —supuestamente— de un «principio de legitimación de los miembros representantes populares de las corporaciones locales» que «resulta matizado en el caso de que los actos propios de dicho representante durante el proceso de formación de voluntad del órgano que dictó el acto de que



se trate contradigan palmariamente la posterior actividad impugnatoria». Algunos de los pasajes de la STC 173/2004 pueden dar a entender que la nueva doctrina constitucional rechaza también la legitimación del mandatario local que se abstuvo en la votación del acuerdo que recurre. Así, cuando «los actos propios de dichos representantes durante el proceso de formación de voluntad del órgano que dictó el acto de que se trate contradigan palmariamente la posterior actividad impugnatoria, cosa que se produciría cuando *no se hubiese puesto objeción alguna al acuerdo* o cuando, incluso, se hubiera votado a favor de su adopción»³.

Pues bien, durante el año 2008, el Tribunal Supremo se ha resistido a modificar su jurisprudencia constante y no menciona siquiera esa doctrina constitucional reciente que, sin cuestionar la constitucionalidad de los arts. 20.1.a) LJCA y 63.1 LBRL, amplía asombrosamente los supuestos de legitimación de concejales y diputados provinciales para recurrir los actos de su corporación. Así, la *STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 30 de junio de 2008, Ar. 6707*, en relación con la impugnación por un concejal del ayuntamiento de Villanueva (Extremadura) de dos Acuerdos de la Comisión de Gobierno que desestiman los recursos de reposición formulados contra las bases de la convocatoria de concurso-oposición para la provisión de plazas de auxiliar de la Administración, aparejador o arquitecto técnico y operario del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria.

La sentencia de instancia (de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Extremadura de 9 de julio de 2003) acepta el argumento de la parte recurrida de que un Grupo Municipal carece de legitimación para impugnar actos locales. Pero esta falta de legitimación «no impide reconocérsela a los concejales de manera individual, lo que permite al recurrente comparecer en el proceso». Y al respecto, dice que «el recurrente no es miembro de la Comisión Municipal de Gobierno, por lo que al no estar integrado en dicho órgano resulta imposible la exigencia de este requisito [haber votado en contra], no siéndole indiferente los actos administrativos impugnados, en atención a los intereses generales y públicos de la Corporación a la que pertenece y de los ciudadanos a los que representa con la finalidad de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad». Se admite así el recurso, anulándose después la convocatoria.

Formulado recurso de casación por la representación del ayuntamiento implicado, el Tribunal Supremo dictó el pronunciamiento indicado, que confirma la sentencia *a qua*. Declara, en cuanto al fondo, que «la valoración de la experiencia previa que se tiene en la Administración, en idénticas plazas, valorando más la de quienes han prestado sus servicios en la misma no tiene justificación alguna, y revela no sólo una vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, sino incluso un *fumus* de desviación de poder y de intento de favorecer en el proceso selectivo a quienes ya estaban con anterioridad en la Administración, y ello con independencia de la cuantía de la discriminación». Pero, previamente, en cuanto a la admisibilidad del recurso, el Tribunal confirma el criterio de la Sala de instancia sobre la base de su propia jurisprudencia, no sobre la del Tribunal Constitucional. Ciertamente, las posiciones de los dos Altos tribunales son coincidentes en cuanto a la legitimación del concejal para recurrir el acto dictado por el órgano del que no forma parte, como ocurre en el caso enjuiciado. Pero el

³ La cursiva es mía.

razonamiento de la sentencia permite entrever que la instancia casacional sigue defendiendo la falta de legitimación del mandatario que se abstuvo o que no estuvo presente en la votación: «Esta Sala no puede sino ratificar esta tesis mantenida por la sentencia, y que tiene soporte en la sentencia de esta Sala de 18 de octubre de 2004, que sostiene que aquellos concejales que no formen parte de la Comisión que toma el acuerdo están legitimados para impugnarlo, pues como se dice en esa resolución no tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negarse la de quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el interés en el correcto funcionamiento de la corporación que subyace en el título legitimador que ahora se examina, tesis que coincide con la sentencia de esta misma Sala de 1 de diciembre de 2003. A ello podría añadirse que, cuando la Ley restringe la legitimación de los concejales para recurrir a aquéllos que hubieran votado en contra, no está sino aplicando el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, por lo que si habiendo tenido la oportunidad de oponerse al acto se consiente mediante la abstención o se vota a favor es lógico que esa legitimación genérica que se otorga a los concejales para impugnar los actos de las Administraciones locales se vea limitada, pero no cuando el concejal no se ha podido oponer por no formar parte del órgano correspondiente».

No es de extrañar que esta nueva pugna entre los Tribunales Supremo y Constitucional esté propiciando que los Tribunales Superiores de Justicia, según que adopten la tesis restrictiva y tradicional del primero o la ampliadora y más reciente del segundo, nieguen o reconozcan a los mandatarios locales legitimación para recurrir los actos cuya aprobación no apoyaron por ausencia o abstención. Así, el *TSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª)*, en la *Sentencia de 171/2008, de 6 de mayo, Ar. 260859*, se sitúa en línea con la tesis «casacional» para negar esa legitimación, aunque pretende apoyarse también en la jurisprudencia constitucional. Y el *TSJ Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª)* la reconoce en la *Sentencia 23/2008, de 10 de enero, Ar. 299*, apoyándose en la tesis «constitucional».

La primera sentencia, del TSJ Islas Canarias, se refiere a los presupuestos aprobados por el Pleno del ayuntamiento de Candelaria sin la oposición del concejal recurrente, que no votó en contra ni manifestó discrepancia alguna, y declara: «Abstenerse de mostrar una opinión contraria a un concreto acuerdo municipal en el acto de formación de voluntad y luego pretender su impugnación en vía jurisdiccional por la vía de la legitimación especial recogida en el art. 63.1. b) LBRL, tras el rechazo de una petición de revisión de los actos administrativos, bajo el argumento de que el acto impugnado lesiona la legalidad, puede comportar no sólo un abuso de derecho sino metajurídicamente una desconsideración hacia los votantes mediante cuyo voto el componente del órgano colegiado pudo acceder a la condición de miembro del ente local. Una racional exégesis de la norma exige que tal actitud deba exteriorizarse primero en el seno del órgano colegiado, en el que se integra el discrepante ejerciendo su derecho de participación política, para luego, en su caso, acudir a su impugnación jurisdiccional por la vía de la legitimación especial apoyada justamente en esa voluntad contraria a la mayoritaria expresada en el interior del órgano

que representa la voluntad popular en el municipio como es el Pleno. Lo que acabamos de decir no significa negar el derecho de los concejales a abstenerse de expresar su opinión en la adopción de un concreto acuerdo. De lo que se trata es de concretar las facultades conferidas por el art. 63.1.b) LBRL. Y entendemos que no ofrece cobertura para su utilización cuando tendiendo la posibilidad o el derecho de manifestar la voluntad contraria frente a un concreto acuerdo no se expresa la postura sino que se oculta esa posición mediante la abstención». En el caso, «el hoy recurrente, concejal del ayuntamiento, hizo dejación de la legitimación de la que está investido como tal, y de la defensa de los derechos e intereses de sus convecinos cuando, celebrándose sesión para la aprobación inicial de los presupuestos, se abstuvo, pero quiso posteriormente ampararse en su condición de vecino de la localidad para presentar alegaciones contra los mismos en el plazo de alegaciones abierto como consecuencia de la publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia*». Después desestima el recurso invocando el pasaje de la STC 173/2004 que razona la falta de legitimación del mandatario local que *no hubiese puesto objeción alguna al acuerdo*.

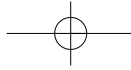
La segunda sentencia, del TSJ Cantabria, se refiere a la impugnación de varias Ordenanzas fiscales por el Pleno del ayuntamiento de Reocín sin la oposición del concejal recurrente, que no votó en contra. Estima que «no concurre la causa de inadmisibilidad invocada, ya que el Tribunal Constitucional ha declarado en sus Sentencias 173/2004 y 108/2006 que el art. 63.1.b) LBRL atribuye a los miembros de las Corporaciones locales, por el solo hecho de serlo, una legitimación concreta *ex lege* que sólo desaparece cuando se produce la excepción prevista en la norma, que el concejal en cuestión hubiese votado a favor del acto que pretende impugnar». Admitido el recurso, se estima después, anulándose las Ordenanzas mencionadas por «falta absoluta de publicidad».

3. La legitimación de las entidades locales y de sus asociaciones para impugnar actos de otras entidades territoriales

Hay novedades jurisprudenciales y doctrinales en relación con la legitimación de las Entidades locales y de sus asociaciones para impugnar actos de otros entes territoriales, en particular, la STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 17 de diciembre de 2008, Ar. 2009/234; la STC, Sala 1.ª, 85/2008, de 21 de julio, RTC 2008/85, y una valiosa contribución de la Catedrática de la Universidad Complutense, E. CARBONELL PORRAS (incluida en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, L. MARTÍN REBOLLO (coord.), vol. II, Zaragoza, Justicia Aragón, 2008, pp. 1395-1426) que lleva el título «Los intereses legítimos colectivos en el proceso contencioso-administrativo: aproximación a una noción confusa».

La STS mencionada resuelve el recurso contencioso-administrativo formulado por la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares (AMAC) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 2006 por el que se aprueban los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares.

El Abogado del Estado se opone a la admisibilidad del recurso por dos motivos: no todos los entes locales agrupados en la asociación resultan afectados por los Planes, no



Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial

463

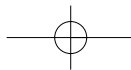
habiéndose acreditado que varios de los municipios se encuentran dentro de un círculo de diez kilómetros con centro en alguna de las centrales nucleares; y, en todo caso, la instauración y el funcionamiento de los Planes de Seguridad Nuclear no es competencia de las corporaciones locales. El Tribunal rechaza esta causa de inadmisión, en primer lugar, porque los municipios agrupados en la Asociación demandante son precisamente aquéllos que tienen parte de su término municipal dentro de un círculo de diez kilómetros con centro en una central nuclear (art. 5 de los Estatutos), a quienes no se puede negar la condición de afectados por los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las centrales nucleares. Se añade, en segundo lugar, que «resulta injustificable que la Administración discuta la legitimación o el carácter de afectados por estos Planes Directores cuando, como ha quedado probado, se lo ha reconocido en el trámite para la aprobación del Plan Básico de Emergencia Nuclear (PLABEN), que ha sido objeto de impugnación en otro proceso seguido ante esta misma Sala bajo el núm. 103/2003, resuelto recientemente por nuestra Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2008». Por lo demás, el Tribunal Supremo estima el recurso, apreciando un defecto invalidante: la falta de audiencia a la Asociación durante la elaboración de los Planes.

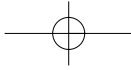
La STC 85/2008 otorgó el amparo al ayuntamiento de Lena (Asturias) por entender que el TSJ Asturias violó su derecho a la tutela judicial efectiva al inadmitir su recurso contra la aprehensión que el ayuntamiento de Quirós realizó de varias caballerizas.

El TSJ considera que, al pertenecer las caballerizas a concretos vecinos de Lena, el Ayuntamiento de esta localidad carece de un interés justificativo de su legitimación. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, el ayuntamiento «ostenta un interés legítimo en el mantenimiento del orden público en su territorio, y por ello cabe entender que, al impugnar una vía de hecho consistente en determinados “prindajes”, el interés del municipio recurrente no se limita exclusivamente a la cesación de dicha actuación concreta, sino que, más allá del fallo, se persigue la obtención de una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión que contribuya a solucionar los continuos problemas que afectan a la mayoría de sus vecinos».

El trabajo de CARBONELL PORRAS realiza una verdadera construcción dogmática firmemente anclada en la legislación general [Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), LJCA] y sectorial (medio ambiente, consumidores y usuarios, colegios profesionales, inmigración, igualdad) y en la jurisprudencia en torno a la legitimación para recurrir en la jurisdicción contencioso-administrativa de grupos, asociaciones y corporaciones.

El trabajo insiste en la diferencia entre la *legitimación indirecta representativa* de las asociaciones, grupos o corporaciones para activar un proceso contencioso-administrativo; y la *legitimación directa colectiva* de que a veces disponen estas organizaciones. La primera se refiere al ejercicio colectivo por parte de estas personas jurídicas de derechos o *intereses legítimos individuales*. La segunda se corresponde con el ejercicio de *intereses legítimos colectivos*. La primera puede estar prevista en la Ley, aunque no debe estarlo necesariamente: nada impide a los titulares de derechos o intereses legítimos organizarse para defenderse colectivamente, creando una asociación para que actúe en el proceso contencioso-administrativo. La segunda debe estar necesariamente prevista en la Ley: la legitimación colec-





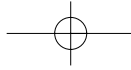
tiva debe configurarla el legislador, al que corresponde la tarea política de determinar qué valores y principios merecen una protección cualificada; en ningún caso puede depender de la voluntad asociativa de los ciudadanos. El interés legítimo individual ejercido colectivamente no es sino el interés legítimo clásico u ordinario a que hace referencia el art. 19 LJCA. El interés legítimo colectivo representa, en cambio, una categoría intermedia entre el interés legítimo ordinario, que da acceso a la jurisdicción; y el interés simple en la legalidad y el buen funcionamiento de la Administración, que no abre la vía judicial: es un interés que trasciende a los ciudadanos concretos, pero que permite el acceso a la jurisdicción, aunque sólo a las organizaciones legalmente habilitadas.

Con estas bases, puede afirmarse, en línea con la STS citada, que las federaciones y asociaciones de Entidades locales tienen legitimación para recurrir los actos que afectan a la esfera de derechos e intereses de sus asociados, sin que, por lo demás, sea preciso que cada uno de ellos se oponga a la medida de que se trate. Y puede sostenerse, quizá, que, junto a esta legitimación, pueden hacer valer un interés legítimo colectivo cuando no pueda fácilmente entreverse que la medida discutida afecte a esa esfera de derechos e intereses de los Entes locales representados. Esto porque es posible que la LBRL satisfaga el requisito de la habilitación legal al disponer que «las Entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes». Ocurre que, en la práctica, la mayor parte de los recursos formulados por estas asociaciones se refieren a casos en que los Entes locales asociados habrían podido recurrir individualmente haciendo valer un derecho o interés legítimo ordinario. Se trata, pues, de supuestos de ejercicio colectivo de derechos o intereses legítimos individuales, más que de acciones de defensa de intereses legítimos colectivos.

4. Otras cuestiones

En relación con el *dies ad quem* del plazo para recurrir destaca la STS, Sala 3.^a, de 21 de octubre de 2008, dictada en el recurso 2239/2004.

El 22 de diciembre de 2000 la Administración notificó al interesado la resolución desestimatoria del recurso de reposición que había formulado. El Juzgado de Instrucción núm. 33 de Madrid, en funciones de guardia, rechazó el escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo que aquél intentó presentar el 22 de febrero de 2001. Al día siguiente, el interesado presentó tal escrito, junto con la certificación acreditativa del intento de presentación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que lo inadmitió por extemporáneo en Sentencia de 16 de enero de 2004. Interpuesto recurso de casación, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo dictó la Sentencia de 21 de octubre de 2008 estimando el recurso bajo el entendimiento de que la presentación del recurso se había producido dentro del plazo legal de dos meses. Esto por entender que resulta aplicable el art. 133.1 LEC, que dispone: «Cuando la presentación de un escrito está sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial». La Sala se apoya en la disposición final primera de LJCA y en el art. 4 LEC, que permiten la aplicación supletoria de las normas del proceso civil en el orden contencioso-administrativo: la presentación de escritos de término (cuando no es



posible efectuarla en la Secretaría del órgano judicial o en la oficina del servicio) carece de regulación en la LJCA, por lo que puede realizarse en la forma prevista en el art. 135.1 LEC. Por lo demás, «tal criterio se confirma por la doctrina del Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como las 243/2006, 343 y 348/2006, ambas de 11 de diciembre, en las que se argumenta y declara que las interpretaciones contrarias al mismo no superan el canon de razonabilidad aplicable en cuanto privan al interesado de la posibilidad de disponer de la integridad del plazo o término establecido por la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. En estas circunstancias y constando en las actuaciones [...] la presentación de dicho escrito de interposición en la Sala de instancia el [...] 23 de febrero de 2001, habiéndose notificado la resolución el 22 de diciembre de 2000, ha de entenderse presentado dentro de plazo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...], y al no entenderlo así la Sala de instancia incurrió en una infracción».

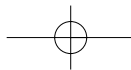
La interpretación propuesta es sin duda plausible. Con ella el Tribunal supera definitivamente una jurisprudencia contradictoria sobre la aplicación del art. 135.1 LEC en la jurisdicción contencioso-administrativa. Téngase en cuenta que a partir de las 15:00 del día de vencimiento no pueden presentarse escritos procesales, dado el horario de apertura de los Registros de juzgados y tribunales (9:00-15:00) y dada la vigente prohibición de presentación en juzgados de guardia (art. 133.2 LEC). De este modo, se recorta materialmente el plazo, pese a que rige el principio general de que el día de vencimiento expira a las veinticuatro horas (art. 133.1 LEC). Por eso la prolongación del plazo hasta las 15:00 del día siguiente al de vencimiento no debe interpretarse como una concesión graciosa, sino como una regla enteramente consecuente con el principio del art. 133.1 LEC y el derecho a la tutela judicial efectiva.

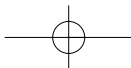
En cuanto a la ejecución de sentencias, el profesor R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN ha publicado una interesante monografía con el sello de la editorial Thomson/Civitas (Cizur Menor): *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*. El trabajo se centra en las causas de no ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, escuetamente reguladas por la LJCA. A tal efecto, expone el estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y analiza alguno de los casos más controvertidos: imposibilidad de ejecución de sentencias como consecuencia de un cambio normativo, de la existencia de terceros de buena fe o de la construcción de una obra pública.

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. El Tratado de Responsabilidad Civil de Fernando Reglero Campos

En materia de Derecho de daños, la aportación doctrinal más significativa es sin lugar a dudas el *Tratado de Responsabilidad Civil* de tres tomos publicado el pasado curso en la colección «Nuevos clásicos» de Thomson/Aranzadi (Cizur Menor). Todos los autores son catedráticos y profesores titulares de Universidad, la mayor parte de Derecho



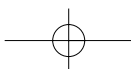


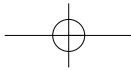
civil, aunque alguno de Derecho administrativo. Han trabajado bajo la coordinación *real* de L. F. REGLERO CAMPOS, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha que sufrió un accidente fatal de espeleología en Cuenca justo cuando estaba ultimando la obra. El *Tratado* es un testimonio del buen hacer de este profesor, al que desde aquí quiero rendir un sentido homenaje: gracias a él, disponemos ya en España de un verdadero tratado que constituye con toda probabilidad la mejor y más completa obra española consagrada al instituto de la responsabilidad por daños.

Se trata de una cuarta edición, pero representa, en realidad, una obra nueva: pasa de uno a tres volúmenes e incluye múltiples temas nuevos y una revisión de todos los inicialmente tratados. Un aspecto muy destacable es que el daño constituye el objeto del primero de los capítulos dedicados a los elementos de la responsabilidad civil. El daño es la fuente y la medida de la responsabilidad civil o patrimonial, pero los trabajos académicos suelen analizarlo después de (y con menos intensidad que) el resto de elementos (hecho ilícito, nexo causal y título de imputación). Además, el estudio del sistema legal de valoración del daño corporal recibe un capítulo de la parte general en lugar de un epígrafe del capítulo de la parte especial sobre el automóvil. Se trata de un criterio verdaderamente acertado: es hora ya de que adjudiquemos a la cuantificación del daño la misma importancia que a la imputación (a la culpa, en particular), que tanto ha interesado e interesa a los académicos; y, a estos efectos, hay que tener en cuenta que el sistema de valoración es, de hecho, un sistema general que utilizan todos los órdenes jurisdiccionales (singularmente el contencioso-administrativo) además del Consejo de Estado y de varios de sus equivalentes autonómicos (después me referiré a algunos dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha que emplean el baremo). Igualmente relevante es que el capítulo sobre la causalidad no se limite al análisis de los criterios de restricción con que negar la responsabilidad en casos de causas probadas (teorías de la causalidad adecuada o de la imputación objetiva). Se aborda también el estudio de los criterios de ampliación con que afirmar esa responsabilidad en ausencia de prueba patente del nexo causal (singularmente, la teoría de la pérdida de oportunidad, a la que luego me referiré). Con esto se aborda una de las cuestiones más espinosas y apasionantes del moderno Derecho de daños que, por lo general, no ha recibido atención suficiente en los estudios generales. Por lo demás, la parte especial es verdaderamente completa e incluye un capítulo muy detallado sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

2. El título de imputación

En 2008 la jurisprudencia ha seguido defendiendo la concepción *panobjetiva* de la responsabilidad patrimonial: sigue siendo habitual que los primeros fundamentos jurídicos de las sentencias afirmen que los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas son sólo la existencia de un daño antijurídico y de relación material de causa a efecto entre éste y el funcionamiento del servicio público. Pero, y al





igual que en años anteriores, esas sentencias, aunque no adjudican *formalmente* relevancia a la culpa ni, en general, a los criterios jurídicos de imputación, suelen analizar lo sucedido y condenan al resarcimiento del daño sólo después de comprobar que concurre uno de tales criterios.

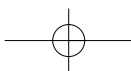
Uno de tantos ejemplos es la *STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 1211, 2008, de 21 de julio, Ar. 30253*, en relación con el atropello de un niño de siete años por un remolque durante el desarrollo de las fiestas patronales de Molvizar. Afirma que para que surja la «responsabilidad directa y objetiva» de la Administración, de conformidad con la Ley 30/1992, los requisitos exigibles son sólo el daño y el nexo causal. Pero condena a la Administración por no adoptar «medidas de protección pertinentes, como pudieran ser las referentes a la colocación de vallas que delimitaran el camino de la cabalgata», lo que es tanto como fundamentar la responsabilidad en un título de imputación: la culpa.

Así pues, aunque los Tribunales declaran que la responsabilidad patrimonial es puramente objetiva, no reconocen el derecho resarcitorio sino en presencia de un título jurídico de imputación que se enmascara tras el requisito de la antijuridicidad (considerando antijurídico el daño cuando hay culpa, movilización de un riesgo específico, sacrificio especial o incumplimiento) o el de la causalidad (apreciándola cuando hay culpa, desencadenamiento de un riesgo específico, sacrificio especial o incumplimiento).

La *culpa* ha funcionado como título de imputación en múltiples pronunciamientos de 2008. Pueden citarse las *SSTSJ Madrid e Islas Canarias (Las Palmas), Salas de lo Contencioso-Administrativo (Secciones 2.ª y 1.ª), núms. 430/2008, de 28 de febrero y 62/2008, de 4 de enero, Ar. 165846 y 323*, respectivamente. La primera condena al ayuntamiento de Majadahonda por «la falta grave de diligencia como es cortar metal con un radial, con profusión de chispas, al aire libre junto a una zona llena de hierba seca en pleno mes de julio, lo que previsiblemente conlleva un alto riesgo de incendio, que no valoraron los operarios». La segunda condena al ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana por no haber evitado o paliado los daños derivados del desbordamiento de un barranco a causa de lluvias, pues debió construir instalaciones de desagüe así como vigilar y controlar el cauce del barranco.

El *riesgo específico* ha funcionado como título de imputación en la *STSJ Castilla y León (Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), núm. 573/2008, de 16 de abril, Ar. 215916*, en relación con los daños ocasionados al vehículo del recurrente por un toro escapado e incontrolado del encierro organizado por el ayuntamiento de Aldeamayor de San Martín. El Tribunal aprecia que, de conformidad con la legislación taurina, la Administración responsable tiene la obligación de procurar la integridad de los participantes y, en el caso, el actor ni siquiera ostenta la condición de participante, por lo que debe indemnizarsele. A mi juicio, es éste un supuesto de responsabilidad por riesgo habida cuenta de que, aunque el ayuntamiento hubiera extremado las medidas de seguridad, si el toro escapado produce daños a los no participantes, debe responder, salvo que acredite la intervención de una fuerza mayor extraña al riesgo desplegado.

El *sacrificio especial* ha funcionado como título de imputación en la *SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 5 de noviembre de 2008, Ar. 366783*, que reconoce el derecho a indemnización de los daños económicos y personales derivados del cierre



cautelar de una discoteca durante tres años con ocasión de la tramitación de un procedimiento que finalizó con una sanción posteriormente anulada en virtud de un recurso de reposición. A mi juicio, se trata de un supuesto de responsabilidad basada en el sacrificio especial habida cuenta de que procede reparar el daño aun en el caso de que la medida cautelar fuera correctamente adoptada.

El incumplimiento ha funcionado como título de imputación en la *STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 27 de mayo de 2008, Ar. 5538*, que indemniza algunos de los daños derivados de la anulación (vía recurso de reposición interpuesto por un tercero) de la licencia para la reforma de garaje: «es claro que la anulación de la licencia ha determinado la modificación del acceso de los vehículos a las plazas de aparcamiento del edificio [...] por lo que ha de indemnizarse el coste de las obras precisas para ello». Aunque el Tribunal no lo diga, es claro que el fundamento de esta responsabilidad se halla en el incumplimiento del principio de confianza legítima. El acto de otorgamiento de la licencia ilegal generó un estado de confianza en el marco del cual el particular llevó a cabo unos actos de disposición (gastos e inversiones para la realización de las obras) que habría dejado de realizar de haber sabido desde el principio que la autorización no podía adoptarse. De ahí que, con base en el principio de confianza, puedan indemnizarse los daños aparejados a los actos de disposición realizados desde que la Administración produjo el acto generador de confianza (el otorgamiento) hasta el momento en que se vio obligada por imperativo del principio de legalidad a adoptar el acto defraudador (la anulación).

3. El nexo causal y su prueba

En relación con el nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad patrimonial se han producido en 2008 interesantes novedades doctrinales y jurisprudenciales. Me refiero, en particular, a la aceptación progresiva de un expediente teórico que sirve para indemnizar en supuestos en que falta la prueba patente del nexo causal: la doctrina de la pérdida de oportunidad.

La teoría general de la causalidad obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso, cuando, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar un nexo causal dudoso, y ordena la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene ese estándar ordinario y niega el nexo causal y la responsabilidad. Es el principio del «todo o nada». La teoría de la pérdida de oportunidad altera este planteamiento, pues distribuye el peso de la incertidumbre causal entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo. De este modo, se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad judicial a la que repugna la liberación del agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le conmine a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de los Entes locales la doctrina de la pérdida de oportunidad está llamada a tener un amplio juego en el sector de los contratos públicos: en casos de irregularidad en la adjudicación, cuando no puede tenerse por cierto el nexo causal porque hay sólo una probabilidad seria (no alta) de que el licita-

dor perjudicado hubiera obtenido el contrato de haber actuado el Ente local conforme a Derecho.

Pues bien, el *Tratado de Responsabilidad Civil* mencionado aborda los perfiles teóricos de la figura dentro del volumen I (Parte General) en el Capítulo dedicado al nexos causal, que firman los profesores L. F. REGLERO CAMPOS y L. MEDINA ALCOZ. A su vez, la catedrática de Derecho civil de la Universidad del País Vasco C. I. ASÚA GONZÁLEZ ha publicado una monografía que analiza críticamente la jurisprudencia de los Tribunales y pone de relieve cómo a menudo el expediente se utiliza, no para indemnizar en casos de falta de demostración del nexos causal, sino para reducir las compensaciones que deberían corresponder en su totalidad por existencia de suficiente prueba (*Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2008, 235 pp.).

En cuanto a la jurisprudencia, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo viene aplicando la teoría de manera subrepticia y no muy precisa en casos de ausencia de consentimiento informado.

Expresiva de esta tendencia es la *STS, Sala 3.^a, de 1 de febrero de 2008, Ar. 1349*, en relación con intervención a una paciente aquejada de cáncer de mama que no evitó la parálisis. Estima demostrado que la paciente fue informada de los riesgos aparejados a la intervención, pero no de los posibles tratamientos alternativos; tratamientos que, al parecer, eran más seguros. Además, no se informó de que la intervención en ningún caso podía evitar la parálisis y la paciente se sometió a ella precisamente para tratar de evitarla. Todo ello determina que deba resarcirse a la víctima, no el empeoramiento de su salud (pues no es seguro que un tratamiento alternativo hubiera podido evitarlo), sino la pérdida de la oportunidad de optar por un tratamiento alternativo, fijando la indemnización en 60.101,21 euros. De este modo y ante la imposibilidad de afirmar el nexos causal, el Tribunal afirma una responsabilidad cuya medida no se corresponde con el valor total del daño personal padecido.

A mi juicio, se trata de una doctrina correcta, aunque debería distinguirse el inequívoco daño moral derivado de la violación del derecho del paciente a autodeterminarse de la pérdida de oportunidad, que es la teoría que sirve para indemnizar parcialmente un daño cuya conexión causal es dudosa. Parece, pues, más acertado que a la partida de daño moral se sume la de pérdida de oportunidad, sin confundirse.

Pero en 2008 la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha aplicado abiertamente la doctrina en otras sentencias, situando su jurisprudencia en línea con la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que viene empleándola desde 2003.

Lo ha hecho en dos asuntos: 1) la *STS, Sala 3.^a, de 7 de julio de 2008*, se refiere a un submarinista que sufre un accidente de descompresión en Cullera. Este tipo de contingencia exige actuar con la máxima celeridad introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica, de modo que, a mayor demora, mayor riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz. En Valencia no había una cámara hiperbárica, por lo que hubo que trasladar al buceador a un hospital barcelonés. El problema fue que el traslado no se hizo en helicóptero, sino en ambulancia, y que ésta salió casi cuatro horas después de que el paciente

ingresara en el hospital «La fe» de Valencia. El tratamiento fue ineficaz quedando el paciente postrado en silla de ruedas. 2) La *STS, Sala 3.ª, de 26 de junio de 2008*, se refiere a un error de diagnóstico: ante la sospecha de enfermedad tuberculosa, se indicaron determinadas medicinas. La paciente no sufría tuberculosis y tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por esas medicinas. Se suspendió el tratamiento, pero la paciente ya había desarrollado una neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual.

En ambos casos el Tribunal afirma que la actuación de la Administración sanitaria no se ajustó al estándar exigible de calidad: en el primero, por la ausencia de cámara hiperbárica en una zona de costa como es Valencia, la no utilización de helicóptero para el traslado y el retraso de la salida de la ambulancia. En el segundo, por la falta de pruebas encaminadas a verificar el diagnóstico de tuberculosis y, en todo caso, por la no indicación de las vitaminas que hubieran podido contrarrestar los efectos de las medicinas antituberculosas. A su vez, en los dos supuestos se descarta que exista la prueba del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño (la paraplejia y la neuritis) porque es posible que éste hubiera seguido produciéndose, aunque la Administración hubiera actuado correctamente (transportando rápidamente al buceador a Barcelona; y diagnosticando adecuadamente la dolencia o, al menos, aconsejando la toma de esas medicinas que contrarrestan los efectos de las antituberculosas). Por eso condenan a abonar en concepto de pérdida de oportunidad unas cantidades (90.000 euros y 30.000 euros) notablemente inferiores a las pretendidas por los recurrentes (123.604 euros y ¿?). En el primer caso se afirma: «aquel principio (de reparación integral) no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que no soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener un resultado distinto, más propicio y benigno». En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara en esta misma línea: «no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de haberse administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros».

Hay que valorar positivamente estas sentencias, pues hacen suyo un expediente que, aunque difícilmente compatible con la teoría clásica de la causalidad, puede servir para proporcionar soluciones equilibradas en supuestos en que no parece justo que se condene a la Administración a reparar totalmente un daño que pudo no haber causado; ni que se obligue a la víctima a pechar totalmente con un perjuicio que pudo no haber padecido. Y resulta comprensible que a tal efecto el Tribunal se acoja al artificio de afirmar que el concepto indemnizado es un daño en sí mismo, distinto del perjuicio *real*, como si la posibilidad de curación fuera un bien integrado en el patrimonio personal de la víctima. Pero es altamente criticable que cuando el Tribunal recobra la instancia y valora el daño deje de acogerse a criterios de racionalidad con que cuantificarlo, estableciendo las indemnizaciones de manera global y a ojo. También que abuse por defecto de la doctrina de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales por haber suficientes elementos de juicio para tener por demostrado el nexo causal. De hecho, este uso abusivo se ha producido, posiblemente, en las dos sentencias referidas.

En la primera el Tribunal hace suyo un informe según el cual se recupera globalmente el 71,5 por 100 de los accidentados disbáricos sometidos a tratamiento durante las primeras seis horas. Y si esto es así, pudo perfectamente afirmarse la prueba de la causalidad, pues el umbral de certeza se sitúa en cifras cercanas a ese porcentaje; o pudo, en todo caso, concederse el 71,5 por 100 del valor de los perjuicios padecidos.

En el segundo pronunciamiento parece que no hay duda de que la medicina tuberculosa generó la neuritis óptica, pudiéndose afirmar el nexo causal. Lo dudoso es, probablemente, que la Administración infringiera la *lex artis* al aplicar un protocolo establecido y no indicar las vitaminas que contrarrestan los efectos adversos de la medicina tuberculosa en el escasísimo número de pacientes en que tales pueden manifestarse. De hecho, la sentencia *a qua* no tuvo problema en afirmar el nexo causal, pero liberó a la Administración por entender que había actuado correctamente.

En este punto son realmente destacables los *dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*. Así, el núm. 91/2008, de 29 de abril, en relación con la reclamación administrativa de un paciente cuyo cáncer de pulmón fue tardíamente diagnosticado e intervenido, lo que «le restó probabilidades de sobrevivir a tan grave dolencia». También el *Dictamen núm. 199/2008*, de 1 de octubre, en relación con la reclamación administrativa por una incorrecta interpretación de síntomas: la paciente fue diagnosticada de gastritis crónica astral y padecía, en realidad, cáncer gástrico.

En ambos casos se aconseja la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, recogiendo el párrafo siguiente: «Creación jurisprudencial que sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de una posibilidad de curación, de manera que del estudio de la casuística jurisprudencial se puede concluir que sería suficiente la existencia de la posibilidad de que la intervención médica hubiera podido evitar el daño para que nazca el derecho a reclamar una indemnización; todo ello en la hipótesis de que un tratamiento más acorde a la *lex artis* hubiera podido producir un resultado final distinto y más favorable (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2003, Ar. 264821)».

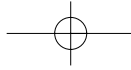
Lo más destacable es que este órgano consultivo se esfuerza, de un lado, en valorar el daño personal y sus consecuencias económicas utilizando al efecto los criterios del sistema legal de valoración incluido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; y, de otro, en proyectar sobre esta valoración un porcentaje que expresa de manera aproximada las probabilidades de curación.

El primer dictamen señala: «la indemnización debe ir referida a la oportunidad y no al daño real. En consecuencia, la indemnización debe ser necesariamente inferior a la que correspondería por éste y, en todo caso, proporcional a las expectativas de éxito (de curación o de supervivencia) de la oportunidad que se perdió. Partiendo de la dificultad de la determinación en cifras de lo que ha supuesto esa pérdida en las posibilidades de sanación, o simplemente, de supervivencia, la propuesta de resolución la ha estimado en un 30 por 100 sobre la indemnización procedente, ya que entiende que, “no todos los daños alegados por la parte reclamante derivan del retraso del diagnóstico y tratamiento del tumor, sino de su propia patología”. Porcentaje en el que se valora el daño consistente en

la pérdida de oportunidad que este Consejo considera adecuado. Difícil es, sin duda, también determinar sobre qué concepto cuantitativo se aplica el anterior porcentaje. La propuesta de resolución —al igual que hizo el Consejo en dictámenes tales como el 142/2005 y 34/2006— toma como referencia la cantidad que, según el baremo del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor de 29 de octubre de 2004, señala para causa de muerte, y que, por aplicación del antecitado 30 por 100, se cifra en 29.766,81 euros. A juicio de este Consejo con relación a la indicada cantidad deben realizarse las siguientes presiones: *a)* El momento al que habría que referir el cálculo de la cuantía no sería el año 2007, como se hace en la propuesta de resolución, sino el año 2006, que fue en el que se produjeron las actuaciones sanitarias por las que se indemniza, y, por tanto, la valoración debe realizarse utilizando la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 3 de febrero de 2006, con lo que la cantidad a tener en cuenta por cónyuge no sería la figurada en la propuesta de 99.222,70 euros, sino 96.614,12 euros. Aplicando a esta cantidad el porcentaje del 30 por 100 ya indicado, la indemnización ascendería a 28.984,23 euros. *b)* Tal cantidad debería ser incrementada en un 10 por 100 por aplicación del factor de corrección previsto en la tabla IV del indicado baremo, por tratarse de un paciente de sesenta y cuatro años al ocurrir los hechos por los que se le indemniza, lo que haría un total de 31.882,66 euros. En la expresada indemnización deben considerarse incluidos los daños morales, conforme señala expresamente el baremo que se ha utilizado para cuantificarla, y debe ser objeto de actualización conforme a lo previsto en el art. 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

En el segundo caso, la propuesta de resolución cuantificó la probabilidad causal en un 45 por 100, pero el Consejo no considera que esta cifra se ajuste a «las verdaderas posibilidades que la paciente hubiera tenido de curarse si el mal hubiera sido detectado cuando se realizó la gastroscopia. Así, a la vista del informe de la inspección, se concluye que, si el análisis histológico se hubiera realizado cuando se efectuó la gastroscopia para confirmar el diagnóstico o bien detectar el cáncer, éste se hubiera descubierto precozmente, lo que habría favorecido que la paciente tuviera un 95 por 100 de probabilidades de sobrevivir a los cinco años». En función de esta probabilidad y en las reglas del baremo, establece cantidades separadas para el viudo (94.261, 565 euros) y cada hijo menor (39.275, 6.505 euros). Y a estas cantidades añade los ingresos de la fallecida que, al no haberse concretado su alcance, se cifran en un 10 por 100, «según criterio reiteradamente señalado por este Consejo en sus dictámenes». Y, por último, para alcanzar la «plena indemnidad del perjuicio causado», se ordena la actualización de la indemnización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de acuerdo con el art. 141.3 de la Ley 30/1992.

Hay en estos dictámenes algún aspecto criticable. Así, el segundo de ellos no tiene por cierto el nexo causal ante un 95 por 100 de probabilidad de que lo haya: la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos en que la probabilidad causal supera un umbral mínimo de seriedad sin llegar al máximo de certeza; y este último se sobrepasa claramente en el caso. A su vez, los dos informes aplican el incremento del 10 por 100 en concepto de lucro cesante una vez proyectada la probabilidad causal sobre el valor de los daños personales (calculados de conformidad con el sistema legal de cuantificación para accidentes de circulación). Aunque no afecta al resultado final, lo estrictamente correcto sería calcular primero el valor de los daños padecidos (tanto personales como

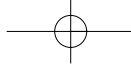


económicos) y multiplicar después la cantidad resultante por el porcentaje de probabilidad. Porque la incertidumbre causal afecta a todos los daños, de uno y otro tipo. Pero, en todo caso, si estas críticas pueden realizarse, es por la ciertamente encomiable voluntad del Consejo de vertebrar y razonar sus soluciones indemnizatorias. Cuando la determinación del alcance de la responsabilidad se ventila con soluciones globales y no muy razonadas, como ocurre habitualmente en la jurisprudencia española, resulta difícil o imposible el análisis crítico que concrete su grado de acierto o corrección. Ahí radica la maravilla institucional de la vertebración y de la motivación, pues son éstas las que permiten la discusión. Son garantías metodológicas con las que, a la postre, resulta más fácil asegurar la justicia de la decisión. Por lo demás, las críticas formuladas no deben ocultar el muy correcto manejo de la teoría de la oportunidad, afirmándose claramente su ámbito de aplicación (casos de incertidumbre causal) y su contenido (una regla de responsabilidad proporcional que exige valorar de manera aproximada el porcentaje de probabilidad causal para multiplicarlo por el importe de los daños padecidos).

4. La acción de regreso de la Administración contra el empleado público causante del daño

Hasta ahora la doctrina ha valorado positivamente el régimen de responsabilidad restringida (sólo si hay dolo o culpa grave) de los empleados públicos frente a la Administración repara el daño al particular (art. 145 de la Ley 30/1992). Se dice que este sistema, por un lado, facilita la ejecución de las tareas públicas, evitando las actitudes excesivamente cautelosas y defensivas que adoptaría un funcionariado sobre el que pesara la amenaza de una amplia responsabilidad; y, por otro, propicia un clima de mayor compromiso, impidiendo la absoluta irresponsabilidad del empleado público y la consecuente injusticia de que la Hacienda pública y, por tanto, los contribuyentes soporten las consecuencias lesivas de las irregularidades más groseras. Pero es bien sabido que la Administración no ejerce la acción de regreso contra sus funcionarios, y ello pese a que la reforma de la Ley 4/1999 ha pretendido configurarla, al menos en alguna medida, como obligatoria.

El profesor de la Universidad de Valencia, G. DOMÉNECH PASCUAL en un reciente artículo publicado en la revista electrónica *Indret 2/2008* («Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», 20 pp.) ha intentado explicar por qué *de facto* la Administración deja de ejercer la acción de repetición a la vez que proponer la eliminación *de iure*, pura y simplemente, de este mecanismo, distanciándose de la posición doctrinal hasta ahora dominante. Se trata de una explicación y de una propuesta basados en un análisis económico del Derecho, lo que es sin duda una virtud habida cuenta de que, en España, lo habitual es que los autores que manejan esta metodología se limiten a dar cuenta de los resultados producidos por analistas norteamericanos. Podrá discutirse la relevancia excluyente que algunos autores asignan a esta metodología, pero no la necesidad de tomarla en consideración.



A juicio de este autor, si con toda normalidad la Administración repercutiera en sus funcionarios las indemnizaciones pagadas en hipótesis de dolo o culpa grave, es posible que cayera en picado la demanda de empleo público: «sólo los más incompetentes, los más insensatos, los peor informados o los más deshonestos estarían dispuestos a ocupar determinados puestos en el sector público». Los «capaces, razonables, bien informados y honrados» no lo estarían salvo que se elevaran sus retribuciones para que pudieran contratar un seguro que cubriese sus responsabilidades frente al ejercicio de la acción de regreso. Pues bien «a la Administración que pretende incorporar y mantener empleados de un nivel de calidad aceptable, le sale más barato asumir directamente el coste de los daños causados negligentemente por aquéllos que subirles el sueldo para que puedan pagarse un seguro». Por eso este autor aboga por eliminar la acción de regreso. Entiende, además, que el mantenimiento de este «bonito florero» contribuye a generar un clima de desconfianza hacia el Derecho, pues esto es lo que ocurre al constatarse que hay normas sistemáticamente incumplidas, sin que se produzca ningún género de efecto.

