Revista Jurídica *de la* Comunidad de Madrid

N.º 30
Enero
Junio
2010

N.º 30 Enero - Junio 2010 **Año 2010**

Estudios

Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares, por *Carlos Alberto Pérez Ginés*.

La protección de la Familia y su incidencia en la aplicación matizada de la regla de acumulación subjetiva del artículo 41.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a efectos de admisión del recurso de casación: El auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2010, por *Alejandra Frías López*.

La regulación jurídico-administrativa de los establecimientos hoteleros de la Comunidad de Madrid, por *Augusto González Alonso*.

Comentarios

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Enfoque Jurisprudencial, por *José Ramón Aparicio de Lázaro*.

Reglas a seguir para la determinación de la base liquidable en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: Principales cuestiones conflictivas, por *Juan Calvo Vérgez*.

Selección de Dictámenes

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid
Primer y segundo trimestre 2010

R.1395.

20 OCT 2010

BIBLIOTECA REGIONAL JOAQUÍN LEGUINA

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 30. Enero - Junio 2010

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 30. Enero - Junio 2010

Director:
Carlos Domínguez Luis
Director General de los Servicios Jurídicos

Subdirector:
Carlos Yáñez Díaz
Subdirector General de lo Consultivo y Asuntos Constitucionales
Correo: revjuridica@madrid.org

Edita:
Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deportes y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 28013 Madrid

Imprime:
Imprenta del organismo autónomo
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
http://www.madrid.org

Puede accederse a ella dentro de «Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno» o, directamente, en
http://www.madrid.org/revista_juridica

Y en Intranet
http://infomadrid/revista_juridica

Tirada: 700 ejemplares
Edición: 08/07
I.S.S.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999
IMPRIME: B.O.C.M.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica cualesquiera trabajos jurídicos que no estén publicados o pendientes de publicación. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación, comunicando a los autores el número en el que se incluirán. Tendrán preferencia todos aquellos trabajos que directa o indirectamente se relacionen con la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, previa autorización de la Dirección de la misma. Los que no se publiquen no serán devueltos, salvo que se solicite por escrito.

Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en disquete, preferentemente en el sistema Word, acompañando una hoja aparte en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, profesión, dirección, NIF, número de teléfono, fax y/o correo electrónico.

No se enviarán pruebas de corrección a los autores por lo que los trabajos deben presentarse en su versión definitiva.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Dirección y conforme a la disponibilidad presupuestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista.

ÍNDICE

Estudios

Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares (Carlos Alberto PÉREZ GINÉS)..... 11

La protección de la Familia y su incidencia en la aplicación matizada de la regla de acumulación subjetiva del artículo 41.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a efectos de admisión del recurso de casación: El auto del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2010 (Alejandra FRÍAS LÓPEZ)..... 33

La regulación jurídico-administrativa de los establecimientos hoteleros de la Comunidad de Madrid (Augusto GONZÁLEZ ALONSO)..... 67

Comentarios

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Enfoque Jurisprudencial (José Ramón APARICIO DE LÁZARO)..... 91

Reglas a seguir para la determinación de la base liquidable en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: Principales cuestiones conflictivas (Juan CALVO VÉRGEZ)..... 165

Selección de Dictámenes..... 193

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid Primer y segundo trimestre 2010..... 209

ESTUDIOS

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

POR
CARLOS ALBERTO PÉREZ GINÉS
SECRETARIO JUDICIAL

Sumario: 1. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. 2. EL PRINCIPIO DE LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL. 3. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS A TENER EN CUENTA. 4. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO. 5. EL PERICULUM IN MORA. 6. EL FUMUS BONI IURIS. 7. MOMENTO PROCESAL DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES. 8. LA VALORACIÓN O PONDERACIÓN DE LOS INTERESES GENERALES O DE TERCEROS. 9. SUPUESTOS ESPECIALES 10. SOBRE EL ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

La Constitución recoge en el título IV los principios que inspiran la actuación administrativa y garantizan el sometimiento pleno de su actividad a la Ley y al Derecho, y configura al Gobierno de la Nación como un órgano eminentemente político que dirige la Administración, ejerce la potestad reglamentaria y además garantiza el sometimiento de las Administraciones Públicas al principio de legalidad, tanto con respecto a las normas que rigen su propia organización, como al régimen jurídico, el procedimiento administrativo y el sistema de responsabilidad.

La Constitución de 1978 alumbra un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno correspondiente, en cuanto que es responsable de dirigirla.

El régimen jurídico de las Administraciones Públicas debe establecerse desde este concepto y trascender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la sociedad a la que sirve, (cosa hoy al parecer olvidada por parte de los funcionarios, de que la Administración Publica nace con vocación de servicio público,

sin este carácter no tiene razón de ser), como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos.

La autotutela de la Administración Pública, potestad que permite articular los medios de ejecución que garanticen la eficacia de la actividad administrativa, queda en todo caso subordinada a los límites constitucionales, debiendo adoptarse los medios precisos para la ejecución, de modo que se restrinja al mínimo la libertad individual y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Dentro del carácter jurídico de la CE como norma, se establecen mandatos identificables y concretos, cuya contravención es sancionada por órganos con competencia expresa para ello (106 CE). La Constitución por tanto es un marco jurídico normativo, dentro de cuyos límites se mueven las fuerzas políticas y sociales y –lo que ha de tenerse en cuenta– también los poderes públicos en el ámbito de su competencia (103 CE). Asimismo la Constitución viene a imponer también unos límites genéricos a la acción de los poderes públicos (incluyendo al legislador): los límites derivados del respeto a una serie de *valores y principios* que se expresan en abstracto en la Constitución, sin relación inmediata con una institución o Derecho concreto, pero que participan del carácter fundamental. En efecto, la Constitución no se limita a regular una serie de Derechos e instituciones, sino que pretende ser elemento básico de todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia, establece mandatos aplicables, no solo a las instituciones diseñadas en la Constitución, sino a todos los aspectos –presentes y futuros– del ordenamiento.

2. EL PRINCIPIO DE LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL

Esta materia reiteradamente desarrollada por el TC, como máximo interprete de la Constitución, así como por el Tribunal Supremo en todas sus Salas y recogido en el art. 24.1 de la CE "proclama el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener del mismo una resolución fundada en Derecho –y, por tanto, motivada– que puede ser de inadmisión cuando concurre una causa legalmente prevista. Exponiéndose también que al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un Derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos, que en cada caso, haya establecido el legislador, quien no puede, sin em-

bargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial a ello hay que añadir el derecho a no sufrir indefensión, esto es, a poder ejercer en el proceso, en apoyo de la propia posición, todas las facultades legalmente establecidas y en su virtud reclama que el control jurisdiccional ha de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. De aquí se establece en primer lugar que todos los ciudadanos tienen derecho a la tutela judicial efectiva, y en segundo lugar se puede incluir la posibilidad de la adopción por parte de los órganos jurisdiccionales competentes de aquellas medidas tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso judicial iniciado, así lo ha establecido el TC en Sentencia 14/92 "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Que cobra máxima importancia en cuanto el art. 56 de la Ley 30/92 establece el privilegio de la ejecutividad del que gozan los actos administrativos.

Manifiesta también el TC en el sentido de que las normas procesales son instrumentos y no objetivos, es decir, que están al servicio del acceso a la tutela judicial y no al contrario; el complemento de esta actitud es la búsqueda de una aplicación de la norma que mas favorable resulte a la efectividad del derecho. Pero también hemos de considerar lo afirmado en sentido negativo: Como tuvimos ocasión de afirmar en la STC 218/1994, de 18 de julio, «cuando únicamente se alega el art. 24.1, debe tenerse presente que no toda vulneración de normas y derechos procesales producida en los procesos relativos a la adopción y ejecución de medidas cautelares es susceptible de convertirse en objeto del recurso de amparo. Desde esta perspectiva, sólo puede atribuirse esta condición cuando lo que se recurre es "un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de los derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los Tribunales" (STC 237/1991, FJ 2), o, en otras palabras, cuando afecta a una medida cautelar que pretenda evitar un daño sobre los derechos e intereses controvertidos en el proceso principal que de producirse llevaría a que el objeto de esos derechos o intereses desapareciera o resultara tan gravemente afectado que sus titulares, aunque obtuviesen una resolución de fondo favorable, no podrían ejercerlo o, cuando menos, no podrían desarrollar todas las facultades que lo conformaban inicialmente. Esta limitación deriva del hecho de que, desde la perspectiva del recurso de amparo y del derecho a la tutela judicial efectiva, la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es

otra, como ya se ha dicho, que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo. El art. 24.1 CE exige que la tutela judicial sea efectiva y para ello debe evitarse que "un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento" (STC 238/1992, FJ 3). Esto no significa que cuando el derecho debatido en el proceso principal tenga contenido patrimonial –como el que aquí nos ocupa–, automáticamente deba rechazarse toda medida cautelar respecto de la que se impetre el amparo, alegando que en este caso nunca se producirán daños irreversibles sobre el referido derecho, ya que siempre podrá ser restablecido en su integridad después de la resolución judicial mediante una indemnización económica. Como ya se apuntó en la tantas veces citada STC 238/1992, en algunos supuestos la indemnización a posteriori de los perjuicios producidos por la pendencia del proceso principal en el derecho de contenido patrimonial puede resultar tan insuficiente para preservar la futura integridad del mismo, como cuando se afecta a otro tipo de derecho, ya que puede darse el caso de que la situación anterior del derecho de contenido patrimonial no pueda ser restaurada en su plenitud mediante una reparación pecuniaria. Con todo, las pretendidas vulneraciones del art. 24.1 CE producidas en el proceso separado de tutela cautelar no pueden ser solventadas en el proceso constitucional de amparo cuando se refieran a medidas cautelares que pretendan evitar unos daños en los derechos o intereses objeto del litigio principal que no afecten a la supervivencia de los mismos en el momento de dictar la resolución del proceso principal» (FJ 3).

A este respecto hay que decir que las decisiones que el Tribunal Supremo ha adoptado en cuanto a medidas cautelares son las que mayor incidencia han tenido en esta cuestión, y que ha dado remedio jurisdiccional contra posibles actuaciones ilegales de las Administraciones Publicas, y para que de esta manera el principio de ejecutividad de los actos administrativos no interfiera en el resultado final del proceso, hasta el punto de que la eventualidad de una sentencia favorable pueda verse desvirtuada para el particular que haya formulado la pretensión, porque a pesar del éxito obtenido en la vía judicial, sin embargo este no pueda traducirse en la práctica en una satisfacción material plena del derecho que la ad-

ministración le había vulnerado, porque ejecutada en su momento legítimamente la decisión administrativa, el transcurso del tiempo durante la tramitación del proceso y el consiguiente cambio de las circunstancias hagan inviable aquella satisfacción, se daría así lugar a que se convirtiera en pírrico el esfuerzo procesal desplegado por el ciudadano para someter a legalidad a la Administración, en orden a que sus derechos o intereses sean respectados por aquélla.

El Derecho Fundamental de los ciudadanos a obtener una tutela judicial efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales, ante los que acuden ejercitando sus pretensiones, exige una decisión judicial según los parámetros que se han expuesto, que resulte perfectamente razonada y razonable. Ciertamente esa tutela judicial efectiva, tiene su expresión más gráfica en las resoluciones que se dicten de forma motivada en los marcos procedimentales correspondientes, pero también son expresión de ella el respetuoso y escrupuloso cumplimento del principio de inmediación, en todas aquellas actuaciones que deban practicarse con intervención del juez o magistrado, o la necesaria audiencia que ha de prestarse, según los casos, a ciudadanos o profesionales, todo ello sin olvidar lo prescrito en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que proclama que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley.

En definitiva, pues, el otorgamiento de una auténtica tutela judicial efectiva, exige a jueces y magistrados la intervención, examen y resolución perfectamente individualizada y motivada en relación con el concreto y particular asunto objeto de controversia, y ese estudio pormenorizado ha de traducirse necesariamente en criterios de calidad y atención individualizada, y con debido tiempo tal como se afirma de que el tiempo preciso para obtener la razón no debe perjudicar a quien la tiene; pero también lo es que la garantía de resolución pacífica de conflictos a que atiende el proceso requiere necesariamente de unos trámites y de una posibilidad de contradicción y audiencia de los concernidos por el mismo; incompatibles en ocasiones con únicas referencias cuantitativas en cuanto a número de asuntos resueltos, según parámetros que resulten puramente productivistas, y por tanto ajenos o alejados de un estudio ponderado y reflexivo.

Y aquí es donde el Art. 25 de la CE pretende garantizar esa tutela expresada por cuanto su contenido alcanza también a la actividad sancionadora deducida de esas infracciones administrativas,

traducida en la obligación de respetar los derechos de defensa reconocidos en el Art. 24 que son aplicables tanto a los procedimientos sancionadores administrativos, cuestión importante en el proceso Contencioso Administrativo en donde los actos administrativos gozan del privilegio de la ejecutividad, y también por cuanto el funcionamiento de la Administración se garantiza mediante el reconocimiento de la ejecutividad de sus actos como medio que permita a la misma satisfacer con objetividad y eficacia los intereses generales, y además que en la actualidad es creciente la problemática dada, en cuanto a la duración del proceso, el control sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto. Y así la supeditación de la actuación administrativa respecto de la judicial implica, desde luego, la prevalencia de las resoluciones judiciales frente a las administrativas, posibilidad de revisión jurisdiccional del ejercicio de dicha potestad administrativa y por lo tanto, excluye la posibilidad de ejercitar la potestad sancionadora administrativa en tanto se halle en curso un proceso por el mismo perjudicado, por los mismos hechos e impone la obligación de respetar la resolución final.

3.CARACTERÍSTICAS BÁSICAS A TENER EN CUENTA

Las características principales de las medidas cautelares podríamos establecerlas en **primer lugar** en su Provisionalidad, una medida cautelar solo puede acordarse provisionalmente en cuanto un proceso se haya iniciado lo que debe ser la regla. Pero también pueden darse una serie de circunstancias que hagan especialmente urgente la necesidad de solicitar y a la vez adoptar una medida cautelar en cuya caso la subsistencia de la misma dependerá de su vinculación ulterior al litigio principal, obligación de subsanar los defectos de los que pudiera adolecer prima facie el petitum inicial e interponer la demanda dentro de los plazos legalmente establecidos.

En un **segundo lugar** una temporalidad en cuanto que la cautela desaparecerá una vez terminado aquel proceso, nacida en previsión de la prestación de una concreta actividad jurisdiccional sea ésta declarativa o ejecutiva, una vez obtenida ésta su mantenimiento deviene fuera de todo lugar, y la temporalidad está presente además por cuanto su mantenimiento está supeditado a una situación real de litis pendencia.

En **tercer lugar** la variabilidad por cuanto las medidas cautelares podrían ser modificadas, o sustituidas si cambiaran los presupuestos

que justificaron su adopción. La ley sigue una sólida directriz jurisprudencial y doctrinal que, bien aludiendo a la falta de eficacia de cosa juzgada de las resoluciones judiciales sobre suspensión en sede jurisdiccional de las actuaciones administrativas recurridas, o bien partiendo de la idea de que, variadas las circunstancias, no concurren los elementos precisos para que la cosa juzgada pueda hacerse valer como excepción, ha admitido que la alteración de la situación existente al pronunciarse habilita para replantear su subsistencia o pedir la modificación de su contenido.

Y en otro orden de cosas la medida cautelar ha de ser adecuada para cumplir esa función asignada de asegurar la efectividad práctica de la decisión definitiva, y debe serlo respecto de quien la demandó y frente a quien resultó ser autor de la resolución cuyo contenido puede poner en peligro un derecho. Es necesario, por tanto, ese nexo de unión que como es obvio se ha de producir entre la medida solicitada, su peticionario y quien la ha de soportar de adoptarse, y por otro lado el contenido de la resolución final y las personas que puedan resultar afectadas. Auto AP de Granada y Málaga de 23 de julio 2002 y 26 de junio 2003.

Vamos a tratar de acercarnos al tema que nos ocupa cual es el de las medidas cautelares y para esto vamos a tratar de hacerlo entre los conceptos y su tratamiento en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 y la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

La LEC en su Art 721 establece. Que las medidas cautelares se harán a "necesaria instancia de parte, y así la LJCA en su art. 129 establece que "*Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*".

1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.
2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas.

El desarrollo de esta afirmación parte de la innegable conexión entre las medidas provisionales y el derecho fundamental a la tu-

tela judicial efectiva del art. 24 de la CE., testimoniada en multitud de resoluciones judiciales. Las medidas cautelares se insertan dentro del haz de facultades y garantías que conforman ese derecho fundamental. Se adoptan para asegurar la efectividad de la sentencia que en su día pueda dictarse o, lo que es lo mismo, para garantizar que el proceso no pierda su finalidad legitima. Por eso el incidente cautelar no tiene sustantividad propia ni se desenvuelve con carácter autónomo, sino que se introduce en el proceso principal a instancia de parte interesada en la adopción de la medida provisional y resulta útil en función de que la decisión adoptada sirva para que la sentencia que en el futuro pueda ser eficazmente ejecutada. No es el incidente cautelar más que una garantía subordinada al desenvolvimiento del proceso principal, de la que las partes pueden hacer uso si les interesa a fin de procurar el eventual éxito real de su pretensión. Es por tanto solo el interés particular del recurrente, libremente valorado por él, es el que puede normalmente poner en marcha el proceso, al formular una pretensión que tiene por efecto someter a examen judicial la actividad de la administración.

El espectacular desarrollo dado a esta materia parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.

La Ley 29/1998 aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. Atrás queda la ley del 56 que hacia alguna referencia a la tutela o justicia cautelar en el art 122 y que no fue hasta que a través de sentencias del Tribunal Supremo se reconoce a través de la doctrina del *"fumus boni iuris"* la aplicabilidad de las medidas cautelares en general en el ámbito de lo Contencioso Administrativo y donde se viene a establecer que para que la tutela judicial sea efectivamente de aseguramiento del cumplimiento efectivo de la sentencia a adoptar no puede ser tal de no poder prever o adoptar medidas cautelares. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

4. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO

Se integra en el Capítulo II del Título VI, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136).

Artículo 130. [Condiciones de aplicación] 1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Cuando de la actuación administrativa pudieran derivarse diversos perjuicios podrán instarse por quien pudiere resultar perjudicado de las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios, es decir, sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

Artículo 131. [Procedimiento] El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, en un plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

Artículo 132. [Vigencia, modificación y revocación] 1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstan-

te, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Artículo 134. [Acuerdo y publicación] 1. El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el Capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2.

2. La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan las medidas inaudita parte debitoris (Art. 135) –con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada–, así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho (Art. 136).

Esta concesión solo puede ser otorgada cuando la ejecución hubiese de producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que debe ser tomados en consideración según la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, es decir, que se debe fundamentar la inefectividad de la tutela judicial circunstancia ésta que ha de acreditar suficientemente al instante de la solicitud de suspensión, conforme a las reglas de la

carga de la prueba que se recogen en el art. 1214 del CC, facilitando al tribunal siquiera sea indiciariamente con un principio de prueba los elementos, fundamentos y circunstancias de los que se deriven los perjuicios que se dicen de imposible o difícil reparación, debe ser prueba susceptible de enervar la ejecutividad de los actos administrativos a favor del interés particular, y que valorándolos en su conjunto por parte del tribunal éste pueda hacer uso de la expresada facultad suspensiva. Y aquí hemos de observar un ATS de 3 de junio de 1997 en cuanto a que la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación. En el supuesto que la petición de suspensión no fuera acompañada de una mínima actividad probatoria por quien la solicita, puede no ser necesario ni siquiera ponderar los intereses en juego ni justificar por los tribunales la conveniencia de su pronta ejecución por razones de interés general, pues todo acto administrativo por mandato constitucional (art. 103.1 CE) se dicta necesariamente en contemplación del interés general y, está inspirado en el principio de eficacia por lo que la necesidad de su ejecución, lo más pronta posible, es un éxito de la actividad encomendada. Por tanto, el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente que daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

De las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la ley 29/1998 debemos destacar los tres aspectos esenciales o presupuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar, que aunque se considere que entre ambos, fomus bonu iuris y periculum in mora, poseen un mismo rango y son interdependientes respecto de la concesión de una solicitud de medidas cautelares, es decir, aquellos son concurrentes razón por la cual la ausencia o defecto de al menos uno da lugar siempre a la desestimación de dicha solicitud. Empero, para algunos doctrinarios, la relación entre ambos es más bien de subordinación en la medida que uno de los elementos sirve para determinar la existencia del otro, pues de nada valdría demostrar los riesgos y peligros a los que uno estaría expuesto sin la intervención cautelar del juez si tales perjuicios no tuvieran bajo ningún supuesto carácter antijurídico.

Artículo 130. [Condiciones de aplicación] 1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar

podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

5. EL PERICULUM IN MORA

En primer término, sin ninguna duda cabe destacar la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado "periculum in mora" como fundamento de las innominadas medidas cautelares, dado que si existe un peligro derivado de la mora para quien recurre, y sin embargo no parece existir dicho peligro para la administración, la ponderación debería ofrecer un resultado positivo para él o la recurrente. El periculum in mora constituye el primer criterio, si bien ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien, se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los tribunales.

El referido conjunto de preceptos no es, empero, el resultado de agrupar la regulación de las medidas cautelares que pudieran considerarse «clásicas», estableciendo sus presupuestos y su procedimiento. Esta Ley ha optado por sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado. Pero la generalidad y la amplitud no son vaguedad, inconcreción o imprudencia. La Ley se apoya en doctrina y jurisprudencia sólidas y de general aceptación.

6. EL «FUMUS BONI IURIS»

O que exista una apariencia de buen derecho, el peligro de la mora procesal por existencia de riesgo, que se hace más que evidente dada la enorme carga de trabajo de los juzgados, hasta que se resuelva mediante la correspondiente resolución judicial el fon-

do del asunto y la prestación de caución son, desde luego, factores fundamentales imprescindibles para la adopción de medidas cautelares. La instrumentalidad de las medidas cautelares respecto de la sentencia que pueda otorgar una concreta tutela y, por tanto, la accesoriedad y provisionalidad de las medidas se garantizan suficientemente con normas adecuadas.

Se procura, con disposiciones concretas, que las medidas cautelares no se busquen por sí mismas, como fin exclusivo o primordial de la actividad procesal. Pero ha de señalarse que se establece su régimen de modo que los justiciables dispongan de medidas más enérgicas que las que hasta ahora podían pedir. Se trata de que las medidas resulten en verdad eficaces para lograr, no sólo que la sentencia de condena pueda ejecutarse de alguna manera, sino para evitar que sea ilusoria, en sus propios términos.

Aunque necesarias para conjurar el «periculum in mora», las medidas cautelares no dejan de entrañar, como es sabido, otros peligros y riesgos. De modo que es preciso también regular cuidadosamente, y así se ha pretendido en esta Ley, la oposición a las medidas cautelares, su razonable sustitución, revisión y modificación y las posibles contracautelas o medidas que neutralicen o enerven las cautelares, haciéndolas innecesarias o menos gravosas. Pero también es necesario un control exhaustivo del cumplimiento de los requisitos establecidos por cuanto vemos cada vez con mas frecuencia un abuso de esta figura en la jurisdicción tanto civil como contenciosa administrativa, y donde se pretende con la solicitud de estas medidas frenar no ya una situación perjudicial o irreparable sino un posible abuso de la administración, no muchas veces justificada.

7. MOMENTO PROCESAL DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 129. [Solicitud] 1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Las medidas cautelares pueden solicitarse antes de comenzar el proceso, junto con la demanda o pendiente ya el litigio. Como regla, no se adoptan sin previa contradicción, pero se prevé que, en casos justificados, puedan acordarse sin oír al sujeto pasivo de la

medida que se pretende. En dichos casos, se establece una oposición inmediatamente posterior. En la audiencia previa o en la oposición, pero también más tarde, puede entrar en juego la contracautela que sustituya la medida cautelar que se pretende o que ya se haya acordado.

Frente a alguna posición partidaria de atribuir el conocimiento y resolución acerca de las medidas cautelares a un órgano jurisdiccional distinto del competente para el proceso principal, la Ley opta por no separar la competencia, sin perjuicio de que no implique sumisión, respecto del proceso, la actuación de la parte pasiva en el procedimiento relativo a medidas solicitadas antes de la interposición de la demanda.

Esta opción no desconoce el riesgo de que la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia. Pero, además de que ese riesgo existe también al margen de las medidas cautelares, pues el prejuicio podría generarse en la audiencia previa al juicio o tras la lectura de demanda y contestación, esta Ley se funda en una doble consideración. Considera la Ley, por un lado, que todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse.

Y, por otra, no se pierde de vista que las medidas cautelares han de guardar siempre relación con lo que se pretende en el proceso principal e incluso con vicisitudes y circunstancias que pueden variar durante su pendencia, de suerte que es el órgano competente para dicho proceso quien se encuentra en la situación más idónea para resolver, en especial si se tiene en cuenta la posibilidad de alzamiento y modificación de las medidas o de su sustitución por una equitativa contracautela. Todo esto, sin contar con la menor complejidad procedimental que comporta no separar la competencia.

A esto puede añadirse que si bien la realidad procesal nos dice que las medidas cautelares viene a cubrir la eventualidad que se pueda producir durante la tramitación de un proceso, dada la actual realidad de la justicia en todas las jurisdicciones que se encuentran desbordadas de procedimientos, y donde aun con la creación de nuevos órganos judiciales ayuda muy poco a este caos, también hay que hacer notar el constante abuso de los profesionales en general y de los particulares en especial que plantean solicitudes de Medidas Cautelares para casos inocuos o que aún no

han culminado en vía administrativa, así por ejemplo notamos solicitudes de medidas cautelares para sanciones de tráfico cuya cuantía es de 30 euros, ¿Dónde está el perjuicio económico, o irreparabilidad de la ejecución de la sanción o el interés general?, o en materia de extranjería donde vemos ya como habituales solicitudes de medidas cautelares para procesos donde recién se ha iniciado un expediente de expulsión esto solo por poner un ejemplo, lo que desvirtúa el verdadero sentido para el que se pie a esta tutela jurisdiccional y que también debido a una cierta desidia por parte de los magistrados, quienes deben resolver estas solicitudes, se quedan sin la debida imposición de costas a que se hacen merecedores ciertos profesionales si nos atenemos a las sanciones que se deben imponer a la temeridad o falta de fe de los actores.

8. LA VALORACIÓN O PONDERACIÓN DE LOS INTERESES GENERALES O DE TERCEROS.

En otro lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio el nuevo sistema legal exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero; en la Exposición de motivos de la Ley 30/92 vemos que en el título IX se regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en su art. 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del Derecho Administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención.

Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etc.

Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los pro-

cedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias. La medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada. El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado que el interés publico esta en juego. Por consiguiente, deben ponderarse las circunstancias que concurren caso por caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada; y como reitera la jurisprudencia "cuando las exigencias de la ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrá determinar la suspensión de la ejecución del acto"(ATS 3 de junio de 1997, entre otras). Agregamos que "la intensidad de esta cobertura legal será diferente según que la actividad sancionadora tenga lugar o no en el marco de una relación de supremacía especial: si así es, la actividad sancionadora se concibe mas como una capacidad administrativa de autoordenación que como una expresión del "ius puniendo" estatal, por lo que la intensidad de la reserva de ley será más débil; pero si no existe tal relación de supresión especial, la intensidad de la reserva cobra mayor fuerza. Ello no impedirá las remisiones a normas reglamentarias, pero exigirá que en la norma con rango legal queden "suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que solo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley) y la naturaleza y limites de la sanción a imponer (STC 3/88).

La doctrina jurisprudencial permite una valoración provisional y limitada de los fundamentos de la pretensión; doctrina de la apariencia de buen derecho o el llamado fumus boni iuris. La necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón y que esa tutela cautelar, a fin de evitar la frustración de la sentencia final, ha de otorgarse al que en principio ostente el fumus boni iuris, es decir, la apariencia de un buen derecho, esto es, se traslada al recurrente la apariencia de un buen derecho que le confiere el de obtener una tutela cautelar eficaz, que en este caso no puede ser otra que la de

suspender su ejecutividad en tanto dure la pendencia del proceso en que son impugnados, ya que en caso contrario, la obtención futura y dilatoria del reconocimiento de su presumible razón, no le supondría una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones, por más que posteriormente fuese resarcido de sus daños y perjuicios. Hay que tener en cuenta, por tanto, que a veces el fumus boni iuris encuentra en muchas ocasiones dificultades para su aplicación, bien por pérdida de la finalidad legítima del recurso o por haberse convertido en un daño de imposible restablecimiento a su estado primario o natural. La jurisprudencia hace una aplicación mucha más matizada de la doctrina de la apariencia de buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril 1997 de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula un acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la administración opone una resistencia contumaz), pero, advirtiendo al mismo tiempo de los riesgos de la doctrina al señalar que la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesaria de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración y decisión, pues de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la CE., cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros). Por tanto, también hemos de tener en cuenta tal como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar extraña un juicio de cognición limitada en que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal", es decir, habría de tener en cuenta que la adopción de tales medidas en ningún caso se pueda confundir con un enjuiciamiento sobre el fondo del asunto. El problema estriba –tratándose de una petición de justicia cautelar, esto es, provisional, y no de justicia definitiva– en comprobar si hay un principio

de prueba que permita tener por verosímil *prima facie* las circunstancias que alega el interesado (...). Para lo cual parece conveniente empezar por recordar una vez más –pues nuestra sala lo ha hecho ya en ocasiones en que se ha pronunciado sobre casos análogos– que sea eso de un "principio de prueba" una expresión que con más frecuencia de lo que fuera deseable, parece utilizarse en un sentido puramente vulgar, a modo de recurso lingüístico o sucedáneo retórico y no como la unidad jurídica que, en verdad, es: tal suele suceder cuando se mezcla en el discurso jurídico con los significantes indicio y presunción.

(...) pues bien, cuando el indicio, por su menor potencia indicativa, permite únicamente presumir que el hecho a deducir es verosímil, estamos ante lo que técnicamente se llama principio de prueba. Este concepto de prueba semiplena (semiplena probatio se lee en el derecho histórico) o prueba no totalmente persuasiva pero que vale para algo (concepto cualitativo que no debe confundirse con el mínimum de prueba, concepto meramente cuantitativo que se exige por la jurisprudencia para destruir la presunción de inocencia (suficiencia a tal efecto de una sola prueba de cargo)), Art. 381.5 de la LEC. (*STS Sala 3ª Secc. 6ª de 23.10.02*). y a mayor abundamiento : según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo "basta que exista un principio de prueba de los perjuicios que puedan irrogarse al solicitante en el caso de que sea denegada la tutela provisional para que se tenga por verosímil lo por el alegado; de manera que no se exige –a esos limitados efectos de obtener una justicia provisional– una prueba plena de esos perjuicios, siendo suficiente con la mera probabilidad o verosimilitud de la concurrencia del hecho para que la medida solicitada deba concederse– siempre y cuando concurran las restantes circunstancias que la ley reclama como requisitos: periculun in mora y fumus boni iuris, y siempre que, además, la ponderación de los intereses en conflicto permita otorgar prevalencia al interés del peticionario y máxime a que una posible ejecución pueda hacer perder su finalidad legitima al recurso, que opera como criterio decisorio de la suspensión cautelar, la jurisprudencia viene señalando que ello significa, entre otras interpretaciones posibles, que de ejecutarse el acto se crearían situaciones irreversibles que harían ineficaz para el recurrente la sentencia favorable que se pudiera dictar como consecuencia de su imposible cumplimiento en sus propios términos.

Según el art 129.1 así como se establece en el art. 700 LEC "El tribunal a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la sentencia". Lo que además viene a confirmar el principio *"ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine actore"*.

Es finalidad básica de las medidas cautelares asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictase, es por tanto a los tribunales a quien incumbe impedir cualquier situación de inefectividad que conduzca a la conversión de las resoluciones emitidas en simple papel mojado, en puras afirmaciones doctrinales o retóricas de derechos. Porque si con esta modalidad de actividad jurisdiccional se contribuye a un eficaz comportamiento de los otros procesos –declarativo y de ejecución–, siempre acontecerá un interés público, más allá del exclusivamente privado, y para que de acuerdo a las previsiones del 116 CE las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se desarrollen de manera correcta, conveniente y útil.

Es decir como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero". Resulta claro entender que, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia a la hora de decidir a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado, puede denegarse la medida cautelar.

Establece el art. 133 de la LJCA, así como el Art. 728 de la LEC. En cuanto a peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución.

Artículo 133. [Caución o garantía] 1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.

3. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio ór-

gano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida.

Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos. Es decir, salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El Tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. En los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

9. SUPUESTOS ESPECIALES

Artículo 135. El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

Artículo 136. 1. En los supuestos de los artículos 29 y 30 , la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que

habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

Si bien las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal, o en cualquier estado del proceso, se podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad. Así el art. 136.2 establece que las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso.

En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedaren sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos. No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el art. 548. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas. Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida.

Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado. Terminada la vista, el tribunal deberá convocar a las partes en el plazo de tres días, a una comparecencia donde decidirá me-

diante auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de las medidas cautelares.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites, sin oír al demandado, así el art. 135. el Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.

Si el tribunal estimare que concurren todos los requisitos establecidos y considerare acreditado, a la vista de las alegaciones y las justificaciones, el peligro de la mora procesal, atendiendo a la apariencia de buen derecho, accederá a estas medidas. Y también observamos que las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas.

10. SOBRE EL ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Absuelto el demandado, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta y el tribunal, oída la parte contraria, atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere procedente acceder a la solicitud, mediante auto. Si la estimación de la demanda fuere parcial, el tribunal, con audiencia de la parte contraria, decidirá mediante auto sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas cautelares acordadas. Firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas y se tendrán que tener en cuenta los daños que hubiere podido sufrir el demandado. Lo mismo se ordenará en los casos de renuncia a la acción o desistimiento de la instancia.

LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y SU INCIDENCIA EN LA APLICACIÓN MATIZADA DE LA REGLA DE ACUMULACIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 41.2 LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA A EFECTOS DE ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MARZO DE 2010

POR
ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ[1]

Sumario: 1. LA NATURALEZA EXTRAORDINARIA DEL RECURSO DE CASACIÓN. 2. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA: 2.1. EL ARTÍCULO 41.1 LRJCA 29/1998: EL VALOR ECONÓMICO DE LA PRETENSIÓN OBJETO DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 2.2. LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES: EL ARTÍCULO 41, APARTADOS 2 Y 3, LRJCA 29/1998 Y LOS SUPUESTOS DE ACUMULACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA. 2.3. LA CARENCIA DE CAPACIDAD PROCESAL NO ALTERA EL VALOR ECONÓMICO DE LA PRETENSIÓN OBJETO DE RECURSO. 2.4. LA SUCESIÓN PROCESAL POSTERIOR A LA FORMALIZACIÓN DEL ESCRITO DE DEMANDA NO AFECTA AL VALOR ECONÓMICO DE LA PRETENSIÓN DEDUCIDA: EL ARTÍCULO 16 DE LA LEC 1/2000. 2.5. PLURALIDAD DE RECURRENTES Y RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN GLOBAL. 2.6. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: LOS BIENES DE CARÁCTER GANANCIAL CORRESPONDEN POR MITAD A CADA UNO DE LOS CÓNYUGES. 2.7. EL PRINCIPIO PROCESAL DE IGUALDAD DE LAS PARTES: PERSIGUE EVITAR LA MEJOR CONDICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN CUANTO AL ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN. 3. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y LA APLICACIÓN MATIZADA DE LA REGLA DE ACUMULACIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 41.2. LRJCA 29/1998: EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MARZO DE 2010. 3.1. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO POR LA SENTENCIA DE INSTANCIA RECURRIDA EN CASACIÓN: STSJ DE LA RIOJA DE 16 DE JUNIO DE 2009, RECURSO Nº 79/2008, (FD 2º Y 3º): RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INADECUADO CONTROL PRENATAL LLEVADO A CABO POR LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA Y LAS MALFORMACIONES SUFRIDAS POR EL HIJO DE LOS RECURRENTES. 3.2. EL FALLECIMIENTO COMO HECHO QUE PERMITE INDIVIDUALIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS RECLAMADOS A PERSONAS EN LOS SUPUESTOS DE RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL FORMULADAS POR PROGENITORES O FAMILIARES.

1. LA NATURALEZA EXTRAORDINARIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación contencioso-administrativo, regulado en los artículos 86 y siguientes de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establecido por Ley 10/92,

[1] Letrado de la Comunidad de Madrid. Letrado del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

presenta, se configura como un recurso de naturaleza extraordinaria, siendo al efecto una de sus notas tradicionales la necesidad de estar fundado en los motivos o causas tasados previstos en la Ley, (a diferencia de lo que ocurre con los recursos de naturaleza ordinaria, como pueda ser el recurso de apelación, que lejos de tener tasados los motivos de impugnación, permite sea fundado en cualquier infracción del ordenamiento jurídico):

> *"El artículo 92.1 de la vigente LRJCA dispone que el escrito de interposición del recurso "expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas", motivo o motivos que han de hallarse comprendidos en algunos de los supuestos que se contienen en el artículo 88.1 del propio texto legal, pues al ser la casación un recurso extraordinario sólo cabe en virtud de los motivos que la ley señala.*
> *La expresión del "motivo" casacional en el escrito de interposición no es una mera exigencia rituaria desprovista de sentido, sino más bien un elemento determinante del marco dentro del que ha de desarrollarse la controversia y en torno al que la sentencia debe pronunciarse. Como retiradamente ha dicho esta Sala (por todos, Auto de 22 de noviembre de 2007 -recurso de casación nº 5219/2006), la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga a la observancia de los requisitos formales que la ley establece para su viabilidad, requisitos que no constituyen un prurito de rigor formal sino una clara exigencia del carácter extraordinario que el recurso posee, sólo viable, en consecuencia, por motivos tasados, y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del Derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia. De lo anterior se deduce que no resulte susceptible de admisión aquel recurso en que no se cumplan las previsiones del citado artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional, sin que, por otro lado, pueda aceptarse que esta inexcusable carga procesal, que sólo a la parte recurrente afecta, pueda ser suplida por la colaboración del órgano jurisdiccional."*
> (ATS de 25 de marzo de 2010, RC 3560/2009).

Esta naturaleza extraordinaria y eminentemente jurisdiccional del recurso de casación exige acentuar el rigor formal de su formulación[2],

[2] ATS de 28 de enero de 2010, Rec. de Queja 212/2009: "Junto a lo anterior, ha de recordarse que, sobre el acceso a los recursos, existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, reiterada en su Sentencia nº 252/2004, de 20 de diciembre, puede resumirse en lo siguiente: "...como hemos sintetizado en la STC 71/2002, de 8 de abril, "mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto,

evitando que pueda convertirse en una nueva instancia procesal en que pueda volver a examinarse la total problemática del conflicto intersubjetivo que haya sido planteado ante el Tribunal inferior, y todo ello ligado al fundamento mismo del recurso de casación que, como ha declarado de forma reiterada el propio Tribunal Supremo no es sino la "finalidad nomofiláctica o de protección del ordenamiento jurídico y del carácter especial del recurso de casación en todas sus modalidades" (STS de 23 de febrero de 2010, RCUD num. 114/2008):

> *"...olvida la parte recurrente que la mera reiteración de los argumentos expuestos en la instancia resulta incompatible con la técnica procesal de la casación, cuyo objeto es la impugnación de la resolución judicial recurrida y no el acto administrativo, y donde el debate y consiguiente examen del litigio por el Tribunal Supremo queda limitado a la crítica de las eventuales infracciones jurídicas en que pudiera haber incurrido la resolución judicial que pretende ser casada, y no la resolución administrativa precedente. De ahí que constituya una desnaturalización del recurso de casación repetir lo alegado ante el Tri-*

se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, 'ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)'. En fin, 'no puede encontrarse en la Constitución –hemos dicho en el mismo lugar– ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)' (STC 37/1995, FJ 5). Como consecuencia de lo anterior, 'el principio hermenéutico pro actione no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión' que 'es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos' (SSTC 37/1995, 58/1995, 138/1995 y 149/1995".

Finalmente, no estará de más añadir que, como ha declarado también el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 230/2001, de 26 de noviembre, entendiéndose incorporado el sistema de recursos a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las Leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, "estas leyes pueden establecer distintos requisitos procesales para la admisión de los recursos, cuya interpretación es competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales ordinarios. Y el respeto que, de manera general, ha de observarse en relación con las decisiones de los órganos judiciales adoptadas en el ámbito de la interpretación y de la aplicación de la legalidad ordinaria, "debe ser, si cabe, aún más escrupuloso cuando la resolución que se enjuicia es ... del Tribunal Supremo –a quien está conferida la función de interpretar la ley ordinaria (también, evidentemente la procesal) con el valor complementario del ordenamiento que le atribuye el Código Civil (art. 1.6)–, y ha sido tomada en un recurso, como el de casación, que está sometido en su admisión a rigurosos requisitos, incluso de naturaleza formal" (SSTC 119/1998, FJ 2, y 160/1996, de 15 de octubre, FJ 3)"."

bunal "a quo", limitándose el recurrente a manifestar su disentimiento frente a la sentencia recurrida, pero sin razonar adecuadamente las infracciones de que adolece, a su juicio, la resolución judicial impugnada. Lo contrario supondría convertir la casación en una nueva instancia o, lo que sería igual, confundir este recurso extraordinario con un recurso ordinario de apelación (en este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005, y 31 de enero, 7 de abril y 19 de mayo de 2006, recursos de casación núms. 4392/2002, 8184/2002, 2643/2003 y 4011/2003, entre otras muchas)." (ATS de 18 de febrero de 2010, RC 4869/2009).

La regulación del recurso de casación se abre con la determinación, en el artículo 86 LRJCA, de las resoluciones recurribles, recogiendo una regla general, (artículo 86.1 LRJCA), a la que siguen determinas excepciones, (artículo 86.2 LRJCA) y una cláusula que se configura como contraexcepción a las excepciones, (artículo 86.3 LRJCA).

Como regla general, a la exigencia de tratarse de sentencias dictadas en "única instancia"[3], el artículo 86.1 LRJCA añade, desde el punto de vista subjetivo, la necesidad de ser procedentes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

De esta forma quedan fuera del recurso de casación las sentencias dictadas en asuntos que, conforme al artículo 8.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sean competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, y en estos casos, aun cuando se tratara de sentencia dictada por Tribunal Superior de Justicia, estaría sujeta al régimen de recursos establecido en la LRJCA para las sentencias de segunda instancia, con la consiguiente exclusión del recurso de casación (art. 86.1 de la misma Ley) ya que, en definitiva, el recurso contencioso-administrativo habría sido resuelto por el órgano jurisdiccional que, con arreglo a la Ley 29/1998, es el Tribunal de apelación[4]. Y estas exigencias se aplican igualmente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003,

[3] La necesidad de tratarse de sentencias dictadas en única instancia excluye necesariamente del recurso de casación a las sentencias dictadas en apelación: Auto de 16 de julio de 2009, RC 5510/2008: Recurso de casación interpuesto contra sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra sentencia de Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo en relación con resolución de Concejal Delegado de Urbanismo: "Como reiteradamente ha dicho esta Sala, sólo son susceptibles de recurso de casación las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional –ex artículo 86.1 LRJCA– lo que no acontece en el caso en examen, en que la sentencia impugnada ha recaído en un recurso de apelación, por lo que, en consecuencia, procede declarar la inadmisión del presente recurso, con arreglo a lo previsto en el artículo 93.2.a), en relación con el mencionado artículo 86.1 de la Ley de esta Jurisdicción."

[4] STS de 17 de diciembre de 2009, RC 6423/2005: STSJ de Valencia de 27 de junio de 2005, en el recurso nº 1408/2002, interpuesto por la "Comunidad de Propietarios del Edificio X" contra la Resolución del Concejal-Delegado de urbanismo del Ayuntamiento de Calpe de 25 de julio de 2002, desestimatoria de lo solicitado en fecha 4 de julio de 2002 sobre las obras, la licencia urbanística, el convenio urbanístico suscrito entre el agente urbanizador y el Ayuntamiento de Calpe, y los actos de aprobación definitiva y selección de agente urbanizador del Programa para el desarrollo de una Actuación Integrada relativos a la manzana sita en las calles B, B, Avda. G y Avda. V de la localidad de Calpe; e indirectamente contra el Plan de Reforma Interior de mejora del referido ámbito, aprobado por resoluciones de la Comisión Territorial de Urbanismo de Alicante de 23 de julio y 20 de noviembre de 2001: "Este recurso de casación es inadmisible, por las razones que pondremos a continuación.

La sentencia recurrida, de fecha 27 de junio de 2005, ha sido dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducida por la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial. (El proceso comenzó el día 17 de Septiembre de 2002).

Con arreglo a dicha reforma y a partir de la entrada en vigor de la misma, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán, ex artículo 8.1 de la Ley Jurisdiccional en su nueva redacción, "de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico"; correspondiendo, por lo tanto, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia -artículo 10.2-.

Y la actuación municipal impugnada directamente en el proceso ahora en grado de casación (licencia de obras, convenio de gestión, PAI y adjudicación de agente urbanizador) queda comprendida en el ámbito de ese artículo 8.1 de la Ley de la Jurisdicción. Debe considerarse a tales efectos que los Programas de Actuación Integrada valencianos (PAI), cuando, como ocurre en este supuesto, no modifican por sí la ordenación del ámbito, constituyen instrumentos de gestión o ejecución urbanística, careciendo de naturaleza reglamentaria, y correspondiendo, por tanto, el conocimiento de su impugnación en primera instancia, tras la referida reforma legal, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (en este sentido, sentencias de esta Sala, referidas a PAI valencianos, de 28 y 29 de abril de 2009 -RC 6641/2005 y 2282/2007-, 27 de mayo de 2008 -RC 5748/2005-, 24 de marzo de 2004 -RC 6461/2001, FJ 2º-, 4 de octubre de 2006 -RC 2807/03, FJ 5º-, 29 de noviembre de 2006 -RC 1980/2003, FJ 13º- y 6 de junio de 2007 -RC 7376/2003, FJ 8º- y auto de 30 de octubre de 2008 -RC 5445/2007-).

A partir de ahí, la cuestión a resolver es la referida al tratamiento que a efectos impugnatorios ha de darse a sentencias que, como la aquí recurrida, han sido dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de aquella Ley Orgánica 19/2003 en procesos pendientes ante ellas que, sin embargo y tras esa reforma, son de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo.

Pues bien, al igual que hemos declarado en numerosas resoluciones respecto de casos en los que se planteaba esta misma cuestión que ahora nos ocupa, el presente recurso de casación debe ser declarado inadmisible, ya que, habiendo sido dictada la sentencia recurrida en fecha

de 23 de diciembre, sobre materias cuya competencia corresponda a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, tras la modificación operada por la citada Ley Orgánica[5], habiendo ratificado expresamente el Tribunal Constitucional este criterio, así las SSTC 92/2008, de 21 de julio y 119/2008, de 13 de octubre.

Tras la regla general, el apartado 2 del artículo 86 LRJCA regula las excepciones al "principio general de recurribilidad" que establece el apartado anterior, y a tal efecto no tendrán acceso al recurso de casación:

"a) Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

b) Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 150.000 euros[6], excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso.

---

9 de diciembre de 2004, le es plenamente aplicable el régimen de recursos establecido en las normas transitorias de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, así como las de la Ley Jurisdiccional 29/98, de 13 de Julio, pues es doctrina consolidada y uniforme de esta Sala (Autos de 16 de Junio, 30 de Octubre, 13 de Noviembre, 4 y 18 de Diciembre de 2000, entre otros) que debe aplicarse a esas sentencias la disposición transitoria primera, apartado 2, último inciso, de la mencionada Ley, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en ella para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo procede -artículo 86.1- contra las recaídas en única instancia."

[5] Auto de 25 de febrero de 2010, RC 3809/2009: "La resolución dictada en las presentes actuaciones y contra la que se intenta recurrir en casación, de fecha 27 de febrero de 2009, ha sido dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducida por la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

Con arreglo a dicha reforma y a partir de la entrada en vigor de la misma, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán, ex artículo 8.1 de la Ley Jurisdiccional en su nueva redacción, "de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico"; correspondiendo, por lo tanto, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia –artículo 10.2–.

Pues bien, como ya ha dicho constantemente esta Sala, dichas resoluciones no son susceptibles de recurso de casación, ex artículos 8.1, 86.1 y disposición transitoria tercera de la Ley de esta Jurisdicción y disposición transitoria décima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre."

[6] Según la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, (BOE de 4 de noviembre).

c) Las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el artículo 122.

d) Las dictadas en materia electoral."

De todas estas excepciones nos interesa, a los efectos de estudiar la doctrina sentada de manera innovadora por la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el Auto de 4 de marzo de 2010, la excepción recogida en el apartado b) en relación a la cuantía.

Dejando de lado apreciaciones personales en relación a la valoración de este límite legalmente establecido, y que desde el punto de vista práctico implica, cuanto menos, que asuntos de escasa cuantía queden excluidos del recurso de casación cuando su trascendencia jurídica puede ser inmensamente mayor que la de otros, que por tener una cuantía elevada, sí acceden al recurso de casación a pesar de que desde el punto de vista jurídico pueden tener escasa o incluso nula relevancia jurídica, lo cierto es que ya la propia Exposición de Motivos de la LRJCA 29/1998 hace referencia al límite de la cuantía, como uno de los criterios esenciales, para acceder al recurso de casación[7], (Apartado VI, punto 2 relativo al procedimiento):

"La Ley eleva sustancialmente la cuantía de los que tienen acceso a la casación ordinaria y en menor medida la de los que pueden acceder a la casación para unificación de doctrina. Aunque rigurosa, la medida es necesaria a la vista de la experiencia de los últimos años, pues las cuantías fijadas por la Ley 10/1992 no han permitido reducir la abrumadora carga de trabajo que pesa sobre la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Si bien las nuevas reglas eliminan la posibilidad de doble instancia en muchos supuestos, la alternativa sería consentir el agravamiento progresivo de aquella carga, ya hoy muy superior a lo que sería razonable. Los efectos de tal situación son mucho más perniciosos, pues se corre el riesgo de alargar la resolución de los recursos pendientes ante el Tribunal Supremo hasta extremos totalmente incompatibles con el derecho a una justicia efectiva. Por otro lado, no es posible aumentar sustancialmente el número de Secciones y Magistrados del Alto Tribunal, que ha de poder atender a su importantísima función objetiva de fijar la doctrina jurisprudencial."

Conforme al artículo 93.2,a) LRJCA *"la Sala podrá rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada, de oficio o a instancia de la parte recurrida, si ésta lo solicita dentro del término del emplazamiento"*, de forma que, como se ha dicho reiteradamente, a los efectos de la inadmisión del recurso de casación, es irrelevante que se haya tenido

---

[7] Piénsese que la Sala Tercera del Tribunal Supremo recibe unos 9.000 asuntos de media anual.

por preparado por la Sala de instancia o su ofrecimiento al tiempo de notificarse la resolución recurrida, siempre que la cuantía litigiosa no supere el límite legalmente establecido, pues, **dicha exigencia, en cuanto presupuesto procesal, es materia de orden público que no puede dejarse a la libre disponibilidad de las partes**, siendo doctrina reiterada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que no se quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución porque un proceso contencioso-administrativo quede resuelto definitivamente en única instancia.

Así, por ejemplo, el ATS de 22 de enero de 2009, Recurso de Queja 180/2008:

"Por último, no hay que olvidar que la interpretación favorable a la admisión de un recurso tiene el límite de que sea legalmente posible su utilización, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es garantía de todas las partes del proceso, no de una de ellas (STC 109/1987, de 29 de junio), por lo que la Sala no puede forzar la interpretación de las normas al extremo de desconocer los límites que al recurso mismo impone el legislador. Y sin que, como se ha dicho también reiteradamente, se quebrante el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución porque un proceso contencioso-administrativo quede resuelto definitivamente en única instancia."

La STS de 18 de enero de 2010, Recurso de Casación para Unificación de Doctrina 322/2008:

"Dado el carácter improrrogable de la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo, que establece el artículo 8º de la Ley de esta Jurisdicción, ha de examinarse de oficio y con carácter previo a los motivos de casación que propone la recurrente, la posible inadmisibilidad del presente recurso en atención a la cuantía del mismo.
...
La jurisprudencia de este Tribunal tiene declarado reiteradamente que la fijación de cuantía puede ser efectuada en cualquier momento, incluso de oficio, por el órgano jurisdiccional ya que se trata de una materia de orden público procesal, máxime cuando es determinante de la procedencia o improcedencia del recurso de casación (por todas S. de 12 de febrero de 1997)."

O el ATS de 18 de marzo de 2010, RC 5852/2009, en el que además se insiste en la prohibición de modificación al alza de las cuantías solicitadas en la instancia, con ocasión del trámite de audiencia del ar-

tículo 93.3 LRJCA –puesta de manifiesto para alegaciones, a las partes personadas, de la posible causa de inadmisión del recurso de casación–, o de la formalización del escrito de interposición[8] del recurso de casación, (artículos 90.1 y 92 LRJCA):

"Como ha dicho reiteradamente esta Sala, la exigencia de que la cuantía del recurso supere los 150.000 euros, en cuanto presupuesto procesal, es materia de orden público que no puede dejarse a la libre disponibilidad de las partes, y de aquí que su examen y control corresponda inicialmente al Tribunal "a quo" –ante el que se debe preparar el recurso–, y en último término a este Tribunal, que esta facultado –artículo 93.2.a) de la LRJCA– para rectificar fundadamente, de oficio o a instancia de la parte recurrida, la cuantía inicialmente fijada, rectificación que no resulta procedente en el caso que nos ocupa, ya que deben los órganos jurisdiccionales juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes (art. 33.1 de la LRJCA), no siendo admisible elevar la petición de indemnización solicitada en la instancia en vía del tramite de audiencia dado para alegar sobre la causa de inadmisión por razón de la cuantía del recurso de casación."

Tampoco ha permitido el Tribunal Supremo que los reclamantes perjudicados puedan renunciar a su porcentaje de indemnización para que acrezca a otro reclamante, a efectos de dar lugar a la admisibilidad del recurso de casación, toda vez que *"no es dado cambiar las pretensiones expresadas en la demanda, y, además, la renuncia que eventualmente pudieran manifestar algunos de los recurrentes no tendría incidencia en la reclamación formulada por los otros, habida cuenta de que estamos ante tres reclamaciones formuladas, conjuntamente, ante la Administración en primer lugar y posteriormente en vía jurisdiccional, sin que se trate de una reclamación de carácter solidario"*, (Auto de 25 de marzo de 2004, RC 1477/2002).

Del mismo modo, resulta irrelevante, a los efectos de admisión del recurso de casación, que se trate de un asunto cuya cuantía, haya si-

[8] ATS de 26 de noviembre de 2009, RC 1291/2009: "no puede pretenderse que en el escrito de interposición del recurso de casación, el recurrente pretenda alterar las cantidades que corresponden a cada uno de los tres recurrentes puesto que la propia naturaleza revisora de este recurso de casación impide tal actuación, y, en segundo término se oponen a la reiterada doctrina de esta Sala de que la cuantía litigiosa no puede quedar a la libre disponibilidad de las partes, siendo indiferente, por tanto, la naturaleza de los argumentos en que se hayan sustentado las pretensiones de las partes, que carecen de virtualidad para modificar las reglas legales en virtud de las cuales se determina la cuantía litigiosa."

do fijada en la instancia como indeterminada siempre y cuando se trate de asuntos cuya cuantía sí sea determinable[9], y todo ello por tener la exigencia de cuantía el carácter de presupuesto procesal, de orden público, apreciable de oficio e indisponible para las partes:

> *"No obstan a esta conclusión las alegaciones efectuadas por la parte recurrente con ocasión del trámite de audiencia, en las que sin discutir las cuantías reflejadas en el razonamiento jurídico anterior, aduce que es procedente la admisión del recurso de casación por cuanto la cuantía del recurso fue fijada en la instancia como indeterminada, pues la exigencia de que la cuantía del recurso supere los 150.000 euros, en cuanto presupuesto procesal, es materia de orden público que no puede dejarse a la libre disponibilidad de las partes, de aquí que su examen y control corresponda inicialmente al Tribunal "a quo" –ante el que se debe preparar el recurso–, y posteriormente, en su caso, al Tribunal Supremo, a lo que debe añadirse que la circunstancia de que la Sala de instancia haya tenido por preparado el recurso de casación no cambia las cosas, ya que el sistema de recursos es el establecido en la Ley, estando apoderada esta Sala por el artículo 93.2.a) de la LRJCA para dictar auto de inadmisión "si, no obstante haberse tenido por preparado el recurso, se apreciare en este trámite que la resolución impugnada no es susceptible de recurso de casación", como es el caso por defecto de cuantía."* (ATS de 4 de febrero de 2010, RC 5207/2009).

[9] ATS de 22 de abril de 2010, RC 2706/2009: "En este asunto, aunque en la instancia fue fijada la cuantía como indeterminada, la misma es susceptible de determinación, pues lo cierto es que ninguna de las cuatro liquidaciones trimestrales del año 2002 en concepto de canon de saneamiento exceden de 150.000 euros, ya que la cuantía de cada una de ellas asciende a 11.376,28 euros.

La anterior conclusión no se desvirtúa por las alegaciones realizadas por la parte recurrente en el trámite de audiencia, pues, por un lado, aunque la Sala de instancia fijó la reseñada cantidad global, el citado artículo 93.2.a) de la Ley de la Jurisdicción faculta a esta Sala para "rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada", lo que cabe hacer "de oficio", como aquí ha sucedido, al tratarse de un elemento de orden público procesal (por todos, Auto de 13 de marzo de 2008, recurso de casación nº 1.361/2007). Y por otro lado, tampoco el hecho de que también se recurra la determinación individualizada del canon de saneamiento por fijación de la carga contaminante, ya que dicha determinación es notoriamente inferior al límite legal para tener acceso al recurso de casación teniendo en cuenta los volúmenes de agua sujetos a la aplicación del canon de saneamiento y los tipos de gravamen, debiendo añadirse que, como ha declarado esta Sala, a los efectos de la admisión o inadmisión del recurso de casación por razón de la cuantía litigiosa no pueden tenerse en cuenta efectos posteriores o de futuro (Autos de 24 de mayo de 1995, 22 de diciembre de 1997, 20 de abril, 15 de junio, 28 de septiembre, 26 de octubre de 1998, 23 de septiembre de 2002 y 19 de abril de 2007). En consecuencia, conforme a los expuesto, procede inadmitir el recurso interpuesto en base al artículo 93.2.a) de la Ley de la Jurisdicción, por no ser susceptible de casación la sentencia impugnada".

Similar ATS de 4 de febrero de 2010, RC 5207/2009, sobre "sobre actualización de tarifas en relación con el contrato de concesión para la construcción, explotación y conservación del tronco de la autovía del Noroeste y construcción de accesos y enlaces": "En este asunto, la cuantía litigiosa no alcanza el límite mínimo establecido para acceder al recurso de casación, pues aunque la Sala de instancia la consideró como indeterminada, lo cierto es que es susceptible de evaluación económica, expresada en la diferencia entre las tarifas actualizadas según la Orden impugnada y las tarifas resultantes de aplicar los criterios de la recurrente. Efectivamente, ésta reclama que la actualización sea del 100% del IPC y no del 95% como sostiene la Administración; pues bien, como pone de manifiesto la parte recurrida en su escrito de personación del recurso, y no ha sido negado por la recurrente, la diferencia asciende a la cantidad de 19.076,22 euros -diferencia entre la cantidad pagada en el año 2005 según las tarifas de la Orden impugnada (11.931.974,59 euros y la actualización realizada según las pretensiones de la recurrente (11.951.050,81 euros)."

2.CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Para la determinación de la cuantía a los efectos del recurso de casación ha de estarse a los criterios específicos, que para la determinación de la cuantía, recogen los artículos 40 a 42 de la LRJCA.

2.1. El artículo 41.1 LRJCA 29/1998: El valor económico de la pretensión objeto de recurso contencioso-administrativo

En esta materia cobra especial importancia el artículo 41 LRJCA que cuenta con tres apartados. El primero de ellos recoge la regla general conforme a la cual "la cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo". Los apartados 2 y 3 tratan, respectivamente, de los supuestos de acumulación subjetiva y objetiva.

Así, en recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución confirmatoria en reposición de otra que declaró ilegalizables, y acordó la demolición de las obras de construcción de dos edificaciones: *"aunque la cuantía fue considerada indeterminada, el valor económico de la pretensión (artículo 41.1 de la Ley Jurisdiccional) es susceptible de estimación y viene constituida por el valor de las obras cuya demolición se trata que asciende a 112.329,14 euros, por lo que no se supera el límite legal para tener acceso al recurso de casación"*, (ATS de 7 de mayo de 2009, RC 1103/2008).

Puede citarse también, en relación a la determinación del valor de la pretensión en las órdenes de demolición el ATS de 4 de marzo de 2010, RC 5642/2009: *"En este caso, aunque la cuantía fue considerada indeterminada, el valor económico de la pretensión (artículo 41.1 de la Ley Jurisdiccional) es susceptible de estimación y viene constituida por*

el valor de las obras cuya demolición se ha acordado al ser ilegalizables, que según consta en las actuaciones, tanto en la resolución por la que se denegó la licencia de obras como en el informe de valoración de dichas obras, es inferior a 100.000 euros. Es más, en el trámite de audiencia, la parte actora alega que el valor de dichas obras asciende alrededor de 50.000 euros.

Sin que la imposición de una multa coercitiva en caso de incumplimiento de la obligación de la orden de demolición modifique esta conclusión, pues además de tratarse de una compulsión subsidiaria para el cumplimento de una obligación principal cuyo importe no supera el límite casacional, el importe mensual de dicha multa asciende a la cuantía entre 1.000 a 10.000 euros, sin que pueda entenderse que la cuantía del recurso se obtiene de multiplicar el importe mensual de dicha multa coercitiva por el numero de meses que la parte no ha cumplido con la obligación principal acordada, pues ello dejaría en manos de la propia parte recurrente, mediante el simple transcurso del tiempo, el poder determinar la cuantía del recurso de casación. No siendo objeto del recurso contencioso-administrativo la posible sanción que se le pueda imponer."

Tampoco pueden considerarse de cuantía indeterminada a efectos de admisión del recurso de casación aquellos casos en que el valor económico de la pretensión ejercitada, aún no estando determinado ni siendo determinable en términos exactos, "notoria o razonablemente" no exceda del umbral cuantitativo fijado por la Ley para acceder al mencionado recurso. Recogen la doctrina reiterada del Tribunal Supremo al efecto numerosos Autos como los de 25 de marzo de 2010, RC 5123/2009; 4 de marzo de 2010, RC 2725/2009; 17 de diciembre de 2009, RC 3189/2009; 16 de noviembre de 2006, RC 519/20056, o de 20 de octubre de 2005, RC 1742/2004.

2.2. La acumulación de pretensiones: El artículo 41, apartados 2 y 3, LRJCA 29/1998 y los supuestos de acumulación subjetiva y objetiva

Es claro exponente de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en esta materia la sentencia de 28 de mayo de 2008, recurso de casación nº 4107/2004, en el que la acción se ejercitaba por un padre y dos hijas, una menor de edad representada por su padre, en sucesión de la esposa y madre fallecida, y en la que se reclamaba una indemnización conjunta de 30.000.000 pesetas. Se dice a modo de conclusión en dicha sentencia, con cita de las sentencias de 23/9/04, 13/10/04 y 24/10/07, que para la determinación de la

cuantía ha de atenderse al valor deducido por cada uno de ellos, y no a la suma de la de todos.

Conforme al Auto de 9 de julio de 2009, RC 656/2009:

"A ello hay que añadir, que el artículo 41.2 de la misma Ley establece que para determinar la cuantía del recurso, cuando existen varios demandantes –en este caso hay varios copropietarios–, hay que atender al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos. La cuantía litigiosa, en los supuestos de comunidad de bienes, y, específicamente, en los de comunidad hereditaria, como aquí sucede, se determina en función de la participación de cada comunero en la titularidad compartida y, a falta de previsión especial o de su constancia, por iguales partes entre todos ellos, en aplicación de la regla sobre acumulación subjetiva de acciones (artículo 41.2 de la Ley Jurisdiccional) y de la presunción establecida en el artículo 393, regla segunda, del Código Civil, siendo expresión de esta doctrina los Autos de esta Sala de 9 de febrero y 6 de julio de 2001 y 17 de julio de 2000, entre otros)."

La STS de 23 de abril de 2010, RC 5173/2005, analiza un supuesto de inadmisibilidad del recurso de casación por razón de la cuantía en cuanto ninguna de las indemnizaciones individualmente consideradas alcanza la cuantía mínima de acceso casacional. Se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento del esposo y padre de las reclamantes y en el que la pretensión indemnizatoria se formula de forma diferenciada por la viuda del fallecido y por cada una de sus dos hijas menores de edad, concluyendo al efecto que *"no puede apreciarse una única cuantía casacional que comprenda las indemnizaciones reconocidas a favor de la viuda e hijas"*. Lo relevante de esta sentencia es que realiza una comparación con el supuesto enjuiciado en la STS de 12 de julio de 2007, RC 92/03, en el que la reclamación de responsabilidad patrimonial se formulaba por una cuantía indemnizatoria única para la viuda e hijas de un fallecido, actuando la primera en su nombre y en el de sus hijas menores de edad, esto es, sin concreción de cantidad o cuota indemnizatoria individual, supuesto en el que la sentencia de mención rechazó la inadmisibilidad aducida por el Abogado del Estado por razón de cuantía, con el argumento de que la única actora era la recurrente, en cuanto actuó en su nombre y en el de sus hijas menores de edad en el momento de los hechos, mientras que en el caso enjuiciado por la STS de 23 de abril de 2010 la acción ejercitada individualizó las cuantías o cuo-

tas indemnizatorias a favor de la recurrente y de sus hijas menores de edad, dando lugar a un típico supuesto de acumulación de pretensiones. Esta diferencia sustancial existente entre el caso enjuiciado en el RC5173/2005 y el contemplado en la sentencia de 12 de julio de 2007, lleva a la Sala a afirmar que "*es razón suficiente para concluir que en el de autos se formularon tres pretensiones diferenciadas que, por ser susceptibles de formularse en procedimientos autónomos, a efectos de cuantía, deben considerarse como reclamaciones independientes.*

Es de significar que incluso a igual conclusión se llegaría cuando la reclamación por varios demandantes se realiza sin concreción de cuantías indemnizatorias o cuotas.

A diferencia de lo que sucede con el ejercicio de la acción por un coheredero en beneficio de la comunidad hereditaria o por un cónyuge en interés de la sociedad de gananciales, en el de autos no hay una comunidad hereditaria en la que el ejercicio de la acción puede realizarse por un coheredero en beneficio de la comunidad ni, por supuesto, una sociedad de gananciales en la que uno de los cónyuges pueda demandar en interés de la sociedad, ni nada asimilable. La viuda e hijas del fallecido actúan no como herederas y sí como perjudicadas individualmente por el fallecimiento de su esposo y padre. La circunstancia de que las hijas sean menores de edad no permite observar la existencia de ninguna clase de comunidad o sociedad y el hecho de que en nombre y representación de ellas actúe la madre, no modifica su consideración de perjudicadas. Son ellas las recurrentes o demandantes aún cuando por su minoría de edad la acción se ejercite por su madre."

El mismo criterio de inadmisión por razón de la cuantía, ex artículo 41.2 LRJCA, –existiendo varios demandantes se atenderá al valor de la pretensión deducida por cada uno de ellos y no a la suma de todos–, se recoge en el Auto de 17 de diciembre de 2009, RC 4134/2009:

"La cuantía litigiosa para cada uno de los recurrentes, queda determinada por lo solicitado por la parte recurrente en el suplico de la demanda para cada uno de los reclamantes que se cifra en 90.272 € para Doña A y 37.616 € para cada uno de los hijos menores. Por ello, la cuantía para cada recurrente no supera los 150.000 euros, cifra inferior a la que exige el artículo, 86.2.b) de la LRJCA para permitir el acceso al recurso de casación.

CUARTO.- No obstan a esta conclusión la alegación vertida en el trámite de audiencia, por ser contradictoria con la reiterada doctrina de esta Sala en interpretación del artículo 41.2 de la LRJCA, regulador de los supuestos de acumulación subjetiva de pretensiones, como aquí sucede, pues el hecho de que la recurrente actuase

como única recurrente no desvirtúa el hecho de que ejercitase la acción no solo en su propio nombre sino también en nombre de sus hijos menores, ya que la reclamación formulada en la vía administrativa y posteriormente en la jurisdiccional lo fue para todos ellos haciendo valer su condición de perjudicados que invocaban aquéllos en una única reclamación, dando lugar con ello a un caso de acumulación subjetiva, al que se refiere el artículo 41.2 de la Ley Jurisdiccional.

Cabe añadir a lo anterior que, aunque la reclamación haya sido única y también lo fuera el hecho que la motivó, no por ello dejan de ser aplicables las normas procesales que, en orden a la determinación de la cuantía, se han citado como pertinentes, pues lo que caracteriza a la acumulación de pretensiones, sea objetiva o subjetiva, es la reunión en un sólo procedimiento, finalizado con una resolución única, de diversas pretensiones que bien pudieron entablar individualmente la reclamación que conjuntamente ejercitaron.

En otras palabras, lo que caracteriza a la cuantía litigiosa es lo que los recurrentes hayan pedido (artículo 41.1. de la LRJCA), con o sin razón para ello, pues tal es lo que el proceso trata de dilucidar, de suerte que individualizada la cantidad reclamada para cada uno de los recurrentes, como viuda o como hijos del fallecido, al considerar que el perjuicio sufrido por cada uno de ellos era diferente en función del vínculo familiar con la víctima, la edad o cualquier otra circunstancia".

En cuanto a los supuestos de acumulación objetiva, es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo aplicable al supuesto de la acumulación de pretensiones del artículo 41.3 de la Ley Jurisdiccional, poniendo de manifiesto que lo que caracteriza a esta figura procesal es, precisamente, la reunión de dos o más pretensiones en un mismo procedimiento para ser resueltas en una sola decisión[10].

[10] ATS de 24 de mayo de 2007, RC 6955/2005: "...la cualidad de herederos de los recurrentes es indiferente en materia de responsabilidad patrimonial, pues la reclamación formulada se debió a la condición de perjudicados que invocaban aquéllos (por todos, Auto de 8 de febrero de 2002 y más recientemente de 18 de noviembre de 2004), dando lugar con ello a un caso de acumulación subjetiva, al que se refiere el artículo 41.2 de la Ley Jurisdiccional.

...lo que caracteriza a la acumulación de pretensiones, sea objetiva o subjetiva, es la reunión en un sólo procedimiento, finalizado con una resolución única, de diversas pretensiones, en este caso las que ejercita cada uno de los recurrentes, que bien pudieron entablar individualmente la reclamación que conjuntamente ejercitaron, y ello con independencia del vínculo de parentesco que pueda existir entre los reclamantes (Autos de esta Sala de 10 de abril y 8 de mayo de 2003)."

Conforme al artículo 41.3 de la Ley 29/1998, en los supuestos de acumulación de pretensiones –es indiferente que tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional– aunque la cuantía venga determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquélla, no comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de casación[11].

Por ejemplo, el ATS de 4 de febrero de 2010, RC 4365/2009, concluye que estamos ante un supuesto de *"acumulación de pretensiones –es indiferente que ésta tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional– aunque la cuantía del recurso venga determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquélla, no comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de recurrir, como aquí sucede, toda vez que existen diferentes procedimientos sancionadores con diversas sanciones impuestas, mientras que la cuantía de cada multa debe ser considerada individualmente, con independencia de que se hayan o no impuesto en uno o varios expedientes y de que se hayan recurrido conjuntamente"*, inadmitiendo el recurso de casación respecto de las sanciones de cuantía inferior a 150.000 euros y admitiendo exclusivamente el recurso interpuesto en lo atinente a una sanción que sí superaba el citado umbral cuantitativo.

El ATS de 21 de enero de 2010, RC 1374/2008, analiza la imposición, a cada uno de los ahora recurrentes, de una sanción de 150.000 euros y la obligación de la reconstrucción de un inmueble demolido ilegalmente, concluyendo la Sala que *"las resoluciones impugnadas tienen un doble contenido. De una parte imponen una*

[11] Auto de 25 de febrero de 2010, RC 3671/2009: *"En el presente caso, las cuantías de los justiprecios fijados por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, a cuya consignación obliga la Resolución administrativa impugnada en la instancia, son las siguientes: - finca número 57: 16.040,92 euros/- finca número 58: 98.470,21 euros/- finca número 59: 86.443,15 euros/- finca número 801: 283.226,02 euros/- finca número 802: 294.171,36 euros/- finca número 803: 41.728,41 euros/- finca número 46 P: 5.561,68 euros/- finca número 48 P: 9.598,38 euros/- finca número 50 P: 11.721,39 euros/- finca número 51 P: 3.696,11 euros.*

Por consiguiente, se aprecia que únicamente se supera el límite cuantitativo legal con respecto a las fincas números 801 y 802, de manera que, de conformidad con lo establecido en el artículo 93.2.a), en relación con los artículos 86.2.b), 41 y 42 de la Ley de la Jurisdicción, sólo cabe admitir el recurso de casación en relación a dichas fincas, debiendo inadmitirse para las demás.

La anterior conclusión no se ve desvirtuada por las alegaciones formuladas por la recurrente en el trámite de audiencia, puesto que, aunque la Administración se haya pronunciado sobre la consignación de los indicados justiprecios en un único acto y la actora sostenga que las fincas constituyen una unidad económica, cada una de las fincas se encuentra perfectamente individualizada en las actuaciones, siendo también individualizada la valoración económica de cada una de ellas, resultando por todo ello preceptiva la consideración autónoma de la valoración de cada una de tales fincas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41.3 de la Ley de la Jurisdicción."

multa, y de otra una obligación de reconstrucción de un bien inmueble. Ambos elementos son perfectamente separables, ostentando distinta naturaleza jurídica y rigiéndose por una normativa también distinta, como ha señalado la doctrina especializada y una reiterada jurisprudencia.

La multa se dictó en ejercicio de una potestad sancionadora de la Administración, regida por los principios establecidos en los arts. 127 y ss. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entre los que se sobresale el de responsabilidad o culpabilidad (art. 130). Por el contrario, la orden de restauración física de la legalidad infringida obedece al ejercicio de una potestad de autotutela administrativa, desvinculada de la potestad sancionadora y de los principios que la caracterizan.

Consecuentemente la acción impugnatoria de los demandantes sobre cada una de las resoluciones administrativas recurridas conlleva implícita una acumulación de dos objetos y pretensiones distintos. Uno referido a la multa, y otro a la orden de reconstrucción del edificio. Objeto plural del recurso que, para la determinación de la cuantía a efectos casacionales, debe ser diseccionado y examinado por separado, sin que resulte posible a estos efectos adicionar o acumular los importes que representa cada uno de ellos.

B).- De lo antedicho se deriva la conclusión evidente de que las multas impugnadas en ningún caso podrían alcanzar el recurso de casación, pues no superan, individualmente consideradas, los 150.000 euros establecidos en el referido artículo 86.2.b) LRJCA.

...

C).- En lo que se refiere a la cuantificación de la orden de reconstrucción de la edificación derribada, frente a lo alegado por las recurrentes en el trámite de audiencia, resulta razonable considerar que su coste efectivo –excluido el valor del suelo– no supera los 150.000 euros."

También podemos traer a colación el ATS de 8 de octubre de 2009, RC 4854/2008:

"En este asunto, la cuantía del recurso contencioso-administrativo no supera los 150.000 euros para cada uno de los dos recurrentes, y sí lo hace respecto a la cantidad fijada a favor del hijo, toda vez que, al margen de la cantidad total reclamada, hay que tener en cuenta que el artículo 41.2 de la LRJCA establece que cuando existan varios demandantes se atenderá al valor de la pretensión deducida por cada uno de ellos y no a la suma de todos.

Por otra parte, la cantidad que representa el interés casacional de la entidad recurrente viene constituida, conforme a una reiterada doc-

trina jurisprudencial, por la cantidad que está obligada a pagar la entidad aseguradora que se corresponde con la cantidad a la que fue condenada la Administración en la sentencia de instancia.
Por ello, tan solo supera el umbral casacional la cantidad fijada en sentencia a favor del menor N.
CUARTO.- No obstan a esta conclusión las alegaciones vertidas por la entidad recurrente en el trámite de audiencia, por ser contradictorias con la reiterada doctrina de esta Sala en interpretación del artículo 41.2 de la LRJCA, regulador de los supuestos de acumulación subjetiva de pretensiones, como aquí sucede, pues aunque la reclamación haya sido única y también lo fuera el hecho que la motivó, no por ello dejan de ser aplicables las normas procesales que, en orden a la determinación de la cuantía, se han citado como pertinentes, pues lo que caracteriza a la acumulación de pretensiones, sea objetiva o subjetiva, es la reunión en un sólo procedimiento, finalizado con una resolución única, de diversas pretensiones, en este caso las que ejercita cada uno de los recurrentes, que bien pudieron entablar individualmente la reclamación que conjuntamente ejercitaron.
En consecuencia, procede declarar la inadmisión parcial del presente recurso, por no ser susceptible de casación la sentencia recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.2.a), inciso segundo, en relación con el 86.2.b) y 41.2 de la LRJCA, por no ser susceptible de impugnación la sentencia recurrida, dada la insuficiencia de la "summa gravaminis" en lo que respecta a las cuantía fijadas a favor de los progenitores y solo resulta admisible en relación a la cantidad fijada en sentencia a favor del menor."

2.3. LA CARENCIA DE CAPACIDAD PROCESAL NO ALTERA EL VALOR ECONÓMICO DE LA PRETENSIÓN OBJETO DE RECURSO

En las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, donde, frecuentemente se acciona por uno de los progenitores y por sus hijos menores de edad, se ha planteado si la ausencia de capacidad procesal de éstos últimos tiene o no incidencia de la determinación del valor económico de la pretensión ejercitada, habiendo sido negativa la respuesta que ofrece la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Así, el ATS de 7 de octubre de 2009, Rec. de Queja 54/2009, analiza un supuesto de responsabilidad patrimonial ejercitada por el progenitor del fallecido, la viuda y sus cuatro hijos menores de edad, en el que los recurrentes ale-

garon, con invocación del artículo 24 de la Constitución, la existencia de un litisconsorcio formado por el progenitor del fallecido y la viuda, en tanto que son dos demandantes cuya causa de pedir coincide, alegaron que no existe litisconsorcio entre la viuda del fallecido y sus hijos, "en tanto que los menores no son parte en el procedimiento, ya que: - los cuatro hijos son todos menores de por lo tanto no tienen capacidad de obrar, no pueden ser considerados como demandantes, ya que no accionan por sí solos. - Nos encontramos con una sola acción que ejercita la madre, por tanto, ella es la única parte en el procedimiento. - No es posible proceder ni pretender una división de la acción", añadiendo a lo anterior que la cuantía que se reclamaba por la viuda era única. Ante tales alegaciones el precitado ATS pone de manifiesto lo siguiente:

"En este asunto, la cantidad reclamada en la demanda, conjuntamente por los seis recurrentes, asciende a 265.688,68 euros, cifra que resulta de la suma de lo reclamado por Dª. A y por sus cuatro hijos –257.637,68 euros–, y de lo pretendido por D. A –8.051,18 euros–. Como quiera que en la demanda no se especifica la cantidad en que cada uno de los demandantes –la Sra. A y sus cuatro hijos– pretende ser indemnizado, habrá de estarse a la presunción que establece el artículo 393, párrafo segundo, del Código Civil (en este mismo sentido, Autos de 26 de mayo, 30 de junio y 1 y 22 de septiembre de 2000), regla que hay que conectar con la establecida en el artículo 41.2 de la Ley de esta Jurisdicción. En consecuencia, la pretensión deducida por cada uno de los recurrentes es inferior al límite que establece el artículo 86.2.b) de la Ley Jurisdiccional, por lo que procede declarar la inadmisión del recurso de casación, de conformidad con lo que establece el artículo 93.2.a) de la LRJCA, por no ser susceptible de impugnación la sentencia recurrida, dada la insuficiencia de la cuantía litigiosa.
CUARTO.- No obstan a esta conclusión las alegaciones vertidas por la parte recurrente en queja, relativas en primer lugar a que sus hijos son menores de edad, ya que los derechos e intereses legítimos de éstos no dejan de ser tales por el hecho de carecer de capacidad procesal, dada su minoría de edad, pues su defensa es ejercida por la persona que ostenta la patria potestad (artículos 18 LRJCA y 7.2 LEC); a lo que puede añadirse que lo que realmente importa como elemento definidor de la cuantía del recurso es el valor económico de la pretensión, constituida en este caso por la indemnización reclamada por los seis recurrentes (artículo 41, apartados 1 y 2, de la Ley Jurisdiccional).

En otras palabras, lo que caracteriza a la cuantía litigiosa es lo que los recurrentes –y en este caso existen seis, constituidos por Dª. A y sus cuatro hijos, en virtud de la representación legal que ostenta, y D. A, solicitando la cantidad de 265.688,68 euros– hayan pedido (artículo 41.1. de la LRJCA), pues tal es lo que el proceso trata de dilucidar (por todos, Auto 27 de marzo de 2008 Rec. 4853/07 y 3 de abril de 2007 Rec. 4289/07).

En segundo lugar, cabe añadir a lo anterior que, aunque la reclamación haya sido única y también lo fuera el hecho luctuoso que la motivó, no por ello dejan de ser aplicables las normas procesales que, en orden a la determinación de la cuantía, se han citado como pertinentes, pues lo que caracteriza a la acumulación de pretensiones, sea objetiva o subjetiva, es la reunión en un sólo procedimiento, finalizado con una resolución única, de diversas pretensiones, en este caso las que ejercita cada uno de los recurrentes, que bien pudieron entablar individualmente la reclamación que conjuntamente ejercitaron."

2.4. LA SUCESIÓN PROCESAL POSTERIOR A LA FORMALIZACIÓN DEL ESCRITO DE DEMANDA NO AFECTA AL VALOR ECONÓMICO DE LA PRETENSIÓN DEDUCIDA: EL ARTÍCULO 16 DE LA LEC 1/2000

En ocasiones se ha planteado si ante el fallecimiento del recurrente y la sucesión procesal que éste hecho lleva consigo, se produce una alteración de la pretensión ejercitada que pueda afectar a las reglas de determinación de la cuantía, con incidencia en la admisión del recurso de casación. Analiza un supuesto de este tipo, –examinado la posible inadmisibilidad del recurso de casación por razón de la cuantía y en atención a la comunidad hereditaria que formaban los expropiados recurridos– el ATS de 21 de enero de 2010, RC 2357/2009, concluyendo que:

"…procede la admisión del recurso puesto que la sucesión procesal se ha producido durante la tramitación de las actuaciones de instancia y con posterioridad por tanto a la demanda presentada que lo fue de forma exclusiva por Dña. R.Las alegaciones expresadas deben ser acogidas, pues el artículo 16.1 de la LEC, relativo a la sucesión procesal por muerte, dispone que la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en el proceso la misma posición que éste, a todos los efectos, y en el caso que nos ocupa dicha sucesión efectivamente ha tenido lugar y se ha producido con posterioridad a la formalización del escrito de demanda, y es sabido que es precisamente en dicho escrito donde se concreta la pretensión que se formula ante el órgano jurisdiccional, pues con arreglo a lo que establece el artículo 56.1 de la Ley Jurisdiccional, en él "se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan" (entre otros, AATS, 22-5-03, recurso 7286/2000; 26-2-04, recurso 1795/02; 16-9-04, recurso 2406/2003; 27-9-07, recurso 1583/06, y, más recientemente, 17-12-2009, recurso 241/2009).

En consecuencia, en la instancia se ha deducido una única pretensión al ser un único el demandante inicial, posteriormente fallecido, sin que la sucesión procesal por sus herederos, posterior a la formulación de la demanda en la instancia, altere dicha consideración."

No existirá, sin embargo, sucesión procesal por muerte en los términos del artículo 16 LEC 1/2000, en los supuestos en que ésta se produzca con anterioridad a la formalización del escrito de demanda, dando lugar por tanto a un supuesto de acumulación de pretensiones con incidencia directa en las reglas de determinación de la cuantía. Así lo recoge el ATS de 4 de febrero de 2010, RC 5021/2009:

"La sucesión procesal de dos de los actuales recurrentes en casación (D. A y Doña M) lo son por sucesión procesal por razón de fallecimiento de uno de los demandantes (Doña P), sin que la sucesión procesal de los herederos en la posición procesal del causante, una vez formulada demanda, altere la cuantía (ATS, Contencioso sección 1 del 10 de Septiembre del 2009 (recurso: 2284/2008) "la sucesión procesal que tuvo lugar en la instancia no afecta a la determinación de la cuantía" y a sensu contrario el ATS, Contencioso Sección 1 del 16 de Septiembre del 2004 (recurso. 2406/2003) "En cuanto a la invocación por los recurrentes del artículo 16.1 de la LEC, relativo a la sucesión procesal por muerte, en el sentido de que dicha sucesión no ha de afectar a la cuantía inicialmente fijada en la instancia, deviniendo por tanto admisible el recurso interpuesto, no puede acogerse dicho argumento por cuanto el citado precepto establece que la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en el proceso la misma posición que éste, a todos los efectos, y en el caso que nos ocupa dicha sucesión efectivamente ha tenido lugar, sin embargo, la misma se ha producido antes de la formalización del escrito de demanda –el cual es finalmente suscrito por los he-

rederos del causante– y es sabido que es precisamente en dicho escrito donde se concreta la pretensión que se formula ante el órgano jurisdiccional, pues con arreglo a lo que establece el artículo 56.1 de la Ley Jurisdiccional, en él "se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan". En consecuencia, en la instancia se han deducido tantas pretensiones como demandantes se han personado en el proceso, por lo que la cuantía del recurso viene entonces determinada por el valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos (artículo 41.2 de la LRJCA)."

2.5. PLURALIDAD DE RECURRENTES Y RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN GLOBAL

En los supuestos de ejercicio acumulado por varios sujetos de una acción de responsabilidad patrimonial, por mandato expreso del artículo 41.2 LRJCA, debe atenderse al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos y no a la suma de todos, surgiendo en estos casos la problemática derivada de la individualización de las cuotas cuando la reclamación se haya formulado solicitando una indemnización global para todos los recurrentes. Partiendo de la existencia de una pluralidad de pretensiones derivada del litisconsorcio activo, para la determinación del valor de la cuota correspondiente, habrá de acudirse a la regla general que para la comunidad de bienes, contiene el párrafo segundo del artículo 393 del Código Civil, conforme a la cual "se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad", y por tanto presumirse que las porciones de la indemnización postulada conjuntamente son iguales.

A ello se refiere el ATS de 26 de noviembre de 2009, RC 1291/2009:

"En este asunto, la cuantía del pleito quedó fijada en la instancia en la cantidad de 300.000 euros, indemnización postulada conjuntamente por los tres recurrentes en el escrito de demanda, no constando en la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante la Administración ni tampoco en la demanda, individualización alguna que permita conocer las alícuotas de dicha cantidad que cada uno de los interesados pretende para sí.

Pues bien, habida cuenta que en todo litisconsorcio activo existe una pluralidad de pretensiones aunque se ejerciten mediante

una demanda común, cuando, como aquí ocurre, no se ha especificado por los demandantes la indemnización pretendida por cada uno de ellos, debe presumirse que las porciones de indemnización postulada conjuntamente son iguales –en el presente caso, 100.000 euros para cada uno de ellos–, con arreglo a lo que establece el artículo 393, párrafo segundo, del Código Civil (en este sentido, Autos de 8 y 22 de febrero y 17 de mayo de 2002, 10 de abril, 8 y 29 de mayo, 2 de octubre y 6 de noviembre de 2003, entre otros)". Criterio reiterado en otros ATS como los de 26 de marzo de 2009, RC 773/2008 o de 18 de septiembre de 2008, RC 1222/2006, entre otros muchos.

Como excepción a la regla anterior que el Tribunal Supremo viene aplicando, en el ámbito expropiatorio, y para los supuestos en que exista alguna cuota de participación que exceda del límite cuantitativo establecido legalmente para el acceso al recurso de casación, entendiendo que procederá la admisión del mismo en relación a todos los copropietarios (ATS de 17 de septiembre de 2009, RC 646/2009 o de 14 de enero de 2010, RC 4734/2009). Debe tenerse en cuenta además que esta doctrina sólo resulta procedente cuando la operación que motiva la indemnización o justiprecio afecta a una sola parcela y no cuando afecta a dos o más parcelas (por todos, ATS de 22 de abril de 2010, RC 4626/2009 y ATS de 18 de septiembre y de 9 de octubre de 2008, RC 5383/2007 y 4480/2007).

2.6. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: LOS BIENES DE CARÁCTER GANANCIAL CORRESPONDEN POR MITAD A CADA UNO DE LOS CÓNYUGES

El supuesto de la sociedad de gananciales no supone sino una peculiaridad de la regla anteriormente examinada de aplicación de la presunción establecida en el artículo 393 del Código Civil. Analiza este supuesto el Auto de 21 de enero de 2010, RC 4455/2008:

"QUINTO.- Analizaremos a continuación la causa de inadmisión relativa a la insuficiente cuantía del recurso interpuesto por D. M y Dª. V, en cuanto a la finca nº 155.

Pues bien, en el presente caso y en relación con dicha finca existe una acumulación subjetiva de acciones, por lo que la cuantía de la pretensión casacional debe determinarse atendiendo a la diferencia entre el justiprecio interesado por los recurrentes (367.759,03 euros), y el determinado en la resolución del Jurado

Provincial de Expropiación de Valencia (104.286,56 euros), resultando una cantidad de 263.472,47 euros, y, teniendo en cuenta la cuantía que corresponde a cada copropietario de dicha finca (50%), por lo que resulta notorio que la cantidad final que corresponde a cada uno de los recurrentes (131.736,23 euros) no supera el límite legal exigible de 150.00 euros, siendo inadmisible, por tanto, el recurso por razón de la cuantía respecto de la finca nº 155 (expediente nº 1335/2003, recurso contencioso-administrativo nº 882/2005) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86.2.b) y 41.2, de la LRJCA.

SEXTO.- En el trámite de audiencia conferido los recurrentes sustentan la admisión del recurso en cuanto a la finca nº 155 aduciendo que se trata de un matrimonio en régimen de sociedad de gananciales, por lo que nos encontramos ante una comunidad en mano común o de derecho germánico, teniendo declarado la Sala 1ª del Alto tribunal (cita diversas sentencias) que en este caso cada uno de los diversos bienes o derechos comunes no está atribuido individualmente por cuotas (por mitad) a uno y otro cónyuge, sino que recae sobre la masa patrimonial, y, añadiendo que, caso de que la Sala no tuviera en cuenta dicha alegación, no obstante también sería admisible el recurso en cuanto a la finca nº 155 pues en el presente caso, resulta de aplicación el artículo 252 LEC, ya que el justiprecio proviene de un mismo y único título de propiedad, un único expediente expropiatorio, una única resolución del Jurado, y un único recurso y una única sentencia.

SEPTIMO.- Sin embargo dichas alegaciones no combaten en forma alguna la conclusión de inadmisión de la Sala, pues es jurisprudencia reiterada de esta Sala que la cuantía litigiosa, en los supuestos de comunidad de bienes, se determina en función de la participación de cada comunero en la titularidad compartida y, a falta de previsión especial o de su constancia, por iguales partes entre todos ellos, en aplicación de la regla sobre acumulación subjetiva de acciones (artículo 41.2 de la Ley Jurisdiccional) y de la presunción establecida en el artículo 393, regla segunda, del Código civil). Siendo expresión de esta doctrina los Autos de esta Sala de 9 y 30 de junio y 17 de julio de 2000 –todos ellos dictados en materia de expropiación forzosa-.

Además, y en cuanto a lo expresado por los recurrentes sobre que la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales comporta que la titularidad recaiga sobre el patrimonio como conjunto, pero sin que existan cuotas sobre bienes concretos y determinados, tal postura no se corresponde con el régimen legal de dicho régimen económico matrimonial que implica que aquellos bien-

es de carácter ganancial corresponden por mitad a cada uno de los cónyuges (AATS, Sala 3ª, de fechas 19 de octubre de 2006, recurso nº 4547/05, 23 de abril de 2009, recurso nº 3834/08 y 28 de octubre de 2009, recurso nº 160/09, entre otros, en materia de justiprecio).

Por otro lado, y en cuanto a que el justiprecio proviene de un mismo y único título de propiedad, un único expediente expropiatorio, una única resolución del Jurado, y un único recurso y una única sentencia, la expresada tesis se opone frontalmente a la reiterada doctrina de esta Sala en interpretación de los artículos 41.3 y 41.2 de la Ley Jurisdiccional, aplicables a los supuestos de la acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones, pues lo que caracteriza a esta figura procesal es, precisamente, la reunión de dos o más pretensiones en un mismo procedimiento para ser resueltas en una sola decisión, que es justamente lo que aquí ha ocurrido."

2.7. EL PRINCIPIO PROCESAL DE IGUALDAD DE LAS PARTES: PERSIGUE EVITAR LA MEJOR CONDICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN CUANTO AL ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN

Finalmente hemos de aludir a la incidencia del principio procesal de igualdad de las partes, como novedoso criterio que viene aplicando el Tribunal Supremo desde el Auto de 22 de mayo de 2008, recaído en el recurso de casación número 2.162/2007, en materia expropiatoria, y extendido posteriormente también al ámbito de las acciones de responsabilidad patrimonial, y en virtud del cual, con independencia de la posición procesal que ocupa cada una de las partes, en aquellos casos en que el recurso de casación no resultaría admisible por razón de la cuantía si el recurso fuera interpuesto por los recurridos, tampoco lo será con respecto a la Administración recurrente, y todo ello con la finalidad de no hacer de mejor condición a la Administración en cuanto a su acceso al recurso, dado que ésta recurre por la suma total lo que le permitiría alcanzar más fácilmente la summa gravaminis o cuantía mínima casacional, (Autos de 22 de mayo de 2008 dictados en los recursos números 3.838/2005 y 2.162/2007, Auto de 26 de febrero de 2009, recurso de casación 1.609/2008, entre otros muchos).

Auto de 28 de enero de 2010, RC 3546/2009:

"TERCERO.- En el supuesto que nos ocupa la entidad recurrente en su condición de beneficiaria de la expropiación sostiene la proceden-

cia de mantener el justiprecio fijado por el Jurado de Expropiación ascendente a 27.951,70 € frente a la cantidad fijada en la sentencia de instancia recurrida en casación que lo fijó en 328.288,8 € por lo que la diferencia representa 300.337,1 €. Ahora bien, dado que la finca expropiada pertenecía a una comunidad de bienes formada por cuatro propietarios por lo que la cuantía resultante aplicable sería 75.084,275 €.

No obsta a esta conclusión el hecho de que la parte recurrente sea la entidad beneficiaria de la expropiación y que los copropietarios tengan la condición de parte recurrida pues, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en diversas resoluciones (entre ellas ATS de 22 de mayo de 2008, rec. 3838/2005) "son las expresadas cantidades, en sí mismas –y no la suma de las mismas–, las que representan el interés casacional en el presente recurso (por todos, Autos de 16 de marzo de 2001 –recurso de casación nº 3573/1999– y de 31 de marzo de 2005 –recurso de casación nº 5461/2003–), razón por la cual, siendo la cuantía litigiosa inferior al límite fijado en el reseñado artículo 86.2.b) de la Ley Jurisdiccional procede, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.2.a) de la misma Ley, declarar la inadmisión del presente recurso de casación por no ser susceptible de impugnación la sentencia recurrida.

Ello debe entenderse así tanto cuando los recurrentes en casación son los particulares afectados susceptibles de dividir entre ellos la cuantía litigiosa total, como si recurre la Administración o la beneficiaria de la expropiación, como en este caso sucede, puesto que de otro modo (si se atendiese exclusivamente al interés casacional de la concreta parte recurrente, que en este caso sería la suma total), se haría de mejor condición en cuanto a su acceso al recurso, a la Administración o la beneficiara de la expropiación (que recurren por la suma total y por ello alcanzarían más fácilmente la cuantía mínima casacional), lo que no puede considerarse aceptable dado el principio procesal de igualdad de las partes".

En casos de responsabilidad patrimonial, por ejemplo ATS de 4 de junio de 2009, RC 4293/2008; de 26 de marzo de 2009, RC 3878/2008 o de 8 de octubre de 2009, RC 5357/2008:

"tal y como este Tribunal ha señalado en diversas resoluciones (entre ellas ATS de 22 de mayo de 2008, rec. 3838/2005) el importe del recurso de casación para la Administración obligada al pago de una determinada indemnización viene constituido por la cantidad que la sentencia le obliga a pagar a cada uno de los recurrentes, pues

"son las expresadas cantidades, en sí mismas –y no la suma de las mismas–, las que representan el interés casacional en el presente recurso (por todos, Autos de 16 de marzo de 2001 –recurso de casación nº 3573/1999– y de 31 de marzo de 2005 –recurso de casación nº 5461/2003–), razón por la cual, siendo la cuantía litigiosa inferior al límite fijado en el reseñado artículo 86.2.b) de la Ley Jurisdiccional procede, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.2.a) de la misma Ley, declarar la inadmisión del presente recurso de casación por no ser susceptible de impugnación la sentencia recurrida.

Ello debe entenderse así tanto cuando los recurrentes en casación son los particulares afectados susceptibles de dividir entre ellos la cuantía litigiosa total, como si recurre la Administración o la compañía aseguradora, como en este caso sucede, puesto que de otro modo (si se atendiese exclusivamente al interés casacional de la concreta parte recurrente, que en este caso sería la suma total), se haría de mejor condición en cuanto a su acceso al recurso, a la Administración o la compañía aseguradora (que recurren por la suma total y por ello alcanzarían más fácilmente la cuantía mínima casacional), lo que no puede considerarse aceptable dado el principio procesal de igualdad de las partes".

Es por ello que habiendo sido condenada la Administración en la sentencia de instancia a pagar la cantidad total de 158.584,87 €, y tomando en consideración que dicha cantidad habrá de repartirse entre los cuatro demandantes el importe de la pretensión casacional no supera los 150.000 euros, resultando revelador a estos efectos el silencio observado por la parte recurrente en el trámite de audiencia conferido al efecto." (ATS de 8 de octubre de 2009, RC 5357/2008).

3. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y LA APLICACIÓN MATIZADA DE LA REGLA DE ACUMULACIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 41.2 LRJCA 29/1998: EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MARZO DE 2010

En el caso examinado por el ATS de 4 de marzo de 2010, RC 4353/2009, la resolución judicial impugnada estaría, en principio, excluida del recurso de casación por razón de la cuantía pues se trata de un supuesto en el que dos recurrentes reclamaban en la instancia la cantidad de 265.000 euros, ejemplo típico de acumulación subjetiva del que se deriva que las cantidades reclamadas, considerando de forma individualizada a cada uno de los recu-

rrentes, no alcanza el límite de los 150.000 euros que marca el artículo 86.2.b) LRJCA como *summa gravaminis* para acceder al recurso de casación.

Después de realizar un análisis de la doctrina general del Tribunal Supremo en esta materia, y aquí empieza a vislumbrarse lo novedoso del Auto que examinamos, el Razonamiento Jurídico Octavo comienza razonando que la existencia de tal doctrina general, *"no es obstáculo para que puedan apreciarse singularidades en supuestos que, como el que nos ocupa, deben merecer un tratamiento específico y diferenciado"*.

3.1. El supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia de instancia recurrida en casación: STSJ de La Rioja de 16 de junio de 2009, recurso nº 79/2008, (FD 2º y 3º): responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del inadecuado control prenatal llevado a cabo por la Administración sanitaria y las malformaciones sufridas por el hijo de los recurrentes, nacido el 1 de diciembre de 2001

Indica la STSJ recurrida en casación que:

"Para un correcto conocimiento de los hechos, conviene recordar las siguientes circunstancias:
A primeros de junio de 2.001 la recurrente acude al Hospital de Logroño para que se inicie el control de su embarazo.
Desde el 4 de junio, fecha en que se efectúa la primera ecografía hasta el uno de diciembre de 2.001, día en que nace el hijo de la recurrente, se efectúan las revisiones y pruebas pertinentes y habituales en el curso de un embarazo, tales como, ecografías, citología, urocultivo, análisis de sangre y orina. En todas las pruebas el resultado es de normalidad. El uno de diciembre de 2.001 nace el hijo de la recurrente diagnosticado tras las observaciones postnatales de ano imperforado, motivo que conlleva el traslado urgente al hospital Miguel Servet de Zaragoza donde se le practicó una colostomía permaneciendo ingresado 20 días.
Conforme al informe de alta de la unidad neonatal, aportado por la demandante como documento número ocho, anexo uno, en el apartado juicio clínico se detallan las siguientes patologías: Atresia anal, malformación vertebral, escoliosis; ectasia piélica; riñón derecho ectópico; comunicación interauricular; ictericia de pretérmino.
Fue intervenido cinco veces más, continuando en tratamiento en la actualidad.
En una de las revisiones, tras una ecografía renal el cuatro de septiembre de 2.007 se le diagnostica agnesia renal derecha.

Como consecuencia de las malformaciones que sufre X, el hijo de la recurrente, tiene incontinencia, menor capacidad de desarrollo locomotriz y menor desarrollo del brazo izquierdo.
El 18 de junio de 2.007 los recurrentes presentan escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial en la Consejería de Sanidad. El día 18 de julio de 2.007 se tiene por iniciado dicho procedimiento.
Frente a la desestimación por silencio administrativo se interpone el presente recurso contencioso-administrativo."

En la instancia los progenitores alegaban "que no se han cumplido las Recomendaciones de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia respecto a las visitas a realizar en un control de embarazo ni en el número de ecografías a realizar."

Basaron su recurso en que las malformaciones sufridas por su hijo X en la columna y los riñones deberían haberse detectado, todo ello afirmado conforme a los informes periciales de parte aportados al procedimiento, siguiendo las indicaciones de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia e incumpliéndose los protocolos obstétricos vigentes.

Reclamaron responsabilidad patrimonial basada en el incumplimiento del derecho de la paciente a recibir información oportuna y adecuada, conforme al artículo 10.5 de la Ley 14/1986 General de Sanidad, que abarca el derecho a recibir información en forma comprensible, completa y que alcance al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y alternativas posibles. Todo ello en relación con la obligación del ginecólogo de poner en conocimiento de la paciente los medios de diagnóstico que conoce la ciencia para que pudiese optar por ser diagnosticada según esos medios.

Para llegar a la reclamación de la responsabilidad patrimonial establecieron una relación causa-efecto entre las malformaciones y la falta de utilización de medios para un correcto control de la gestación y diagnóstico, llegando a plantear la posibilidad sustraída de interrupción terapéutica del embarazo.

Los recurrentes señalaban literalmente en su demanda que "Entienden que existe responsabilidad de los facultativos que realizaron el seguimiento del embarazo de doña E al no detectar y no avisar sobre las anomalías que sufría su feto a tiempo de que ésta pudiese optar por un aborto eugenésico".

En resumen, la responsabilidad patrimonial de la Sanidad pública se basa a juicio de los recurrentes en la mala diagnosis prenatal, la falta de información para optar por la interrupción del embarazo, la falta de medios del centro hospitalario y la inconsistencia del juicio médico al hablar de una normalidad no existente.

Doctrinalmente la descripción de los hechos nos permite recordar la distinción que se realiza entre los supuestos conocidos con la expresión inglesa de wrongful conception y, en ocasiones también con la wrongful pregnancy, –que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas–, de aquellos otros, distintos de los anteriores, y que son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se habla de wrongful birth, y de wrongful life, si quien lo hace es el propio hijo.

Existe además una diferencia esencial con el derecho anglosajón y es que conforme al ordenamiento jurídico español el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, es decir, no cabe lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth, nacimiento equivocado o lesivo, ya que el artículo 15 de la Constitución proclama como derecho fundamental el derecho a la vida y ello implica que toda vida humana es digna de ser vivida. Y hay que destacar igualmente que los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen, en principio y circunstancias normales[12], un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres y a tal efecto el artículo 39.3 CE, principio rector de la política social y económica, establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

3.2. El fallecimiento como hecho que permite individualizar los daños y perjuicios reclamados *ad personam* en los supuestos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por progenitores o familiares

Con carácter general queremos poner de manifiesto que dentro de la heterogeneidad existente en el conjunto de "derechos y deberes de fundamentales" que recoge el Titulo I de nuestra Constitución se diferencian claramente aquellos preceptos que atribuyen a los ciudadanos auténticos derechos subjetivos, –como los dere-

[12] STS de 4 de noviembre de 2008, RC 4936/2004: "...pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización."

chos fundamentales y libertades públicas de la Sección Primera del Capítulo II– de otros que, aún reconociéndoseles la condición de auténticas normas jurídicas, tienen un carácter meramente programático, estando ubicados sistemáticamente, gran parte de ellos dentro del Capítulo III del citado Título I de la Constitución, bajo la rúbrica "de los principios rectores de la política social y económica"[13] y dentro de ellos, en el artículo 39, cuyo precedente se encuentra en la Constitución portuguesa, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

Conforme al artículo 53,3 CE, en cuanto a los efectos que despliegan estoa principios rectores: "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, *la práctica judicial* y la actuación de los poderes públicos". Como recuerda ÁLVAREZ CONDE[14] su existencia implica en primer lugar la prohibición de cualquier actividad en sentido contrario por parte de los poderes públicos, sirviendo de guía para la interpretación y aplicación de las normas, siendo el problema de fondo el grado de vinculación de los poderes públicos respecto de estos principios rectores, sin que en ningún caso, a juicio el citado autor, puedan conducir a una actividad abstencionista de los poderes públicos a los que debe exigirse una actitud positiva en aras a concretizar dichos principios y desarrollar su actividad conforme a los mismos.

Centrándonos ya en el caso que examinamos, es frecuente que en determinados ámbitos de acciones de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, como las derivadas de la asistencia sanitaria y dentro de ellas, de forma especial, aquellas en las que se ha producido el fallecimiento de una persona, éstas vengan ejercitadas por el conjunto de familiares directamente afectados por el hecho fatal, ascendientes, descendientes, cónyuge o pareja de hecho[15]...

En tales casos, conforme al ATS de 4 de marzo de 2010, resultaría de plena aplicación la regla general contenida en el artículo 41.2 de la LRJCA, atendiéndose "al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de los reclamantes no decae por el he-

[13] En palabras de Lucas Verdú estos principios rectores "son la expresión constitucional (normativa e institucional) de una de las opciones ideológicas sobre finalidades socioeconómicas que atañen al Estado-Comunidad, cuya realización es obligatoria por parte de los órganos estatales".

[14] Curso de Derecho Constitucional, Vol. 1, pags. 591 y ss. Quinta edición. Ed. Tecnos.

[15] Por vínculo de parentesco o de convivencia. ATS de 18 de marzo de 2010, RC 5852/2009 o ATS de 16 de febrero de 2006, RC 1593/2004.

cho de que pueda existir un vínculo de parentesco o de convivencia entre los perjudicados que reclaman una indemnización", valor económico que se habría de calcular conforme a las reglas que hemos expuesto en el presente trabajo y todo ello porque entiende el Tribunal que el hecho del fallecimiento, en sí mismo, determina la posibilidad de individualizar "unos eventuales daños y perjuicios ad personam que pueden concretarse desde el mismo momento que se produce el citado evento".

Tras esta afirmación general se incide en la "singularidad" del supuesto que examina y que no es otra que "la existencia de daños y perjuicios que puedan permanecer durante toda la vida del menor"[16].

Ante la existencia de daños y perjuicios de esta índole que, "exceden de la propia órbita individual de cada progenitor para trasladarse al ámbito familiar", argumenta el Auto comentado que:

> "***una mera individualización y división de la indemnización globalmente reclamada entre los dos progenitores no se acomoda a la índole de los perjuicios que éstos aducen*** *en el propio escrito de demanda al "destacar el padecimiento que tienen dados los imponderables que sufre su hijo, el riesgo continuado tras cada intervención de la posibilidad de lo peor, o la incertidumbre de cómo el tiempo determinará la evolución de J, tanto en el ámbito de su autogestión como por los innumerables contratiempos que pueden seguir y de hecho seguirá sufriendo su hijo".*
> ***Se trata****, pues,* ***de daños y perjuicios que, tal y como se expresan, exceden de la propia órbita individual de cada progenitor para trasladarse al ámbito familiar; institución ésta, la familia, que la propia Constitución protege al incorporar entre sus principios rectores de la política social y económica la protección social, económica y jurídica de la misma por parte de los poderes públicos (apartado primero del artículo 39 de la Constitución), así como el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (apartado tercero del citado precepto).***"

En base a lo anterior concluye el ATS que "en supuestos singulares como el presente, se impone una aplicación matizada de la regla del

[16] En concreto, señala el ATS de 4 de marzo de 2010 que: "el escrito de demanda desgrana toda una serie de malformaciones, padecimientos, secuelas y perjuicios tanto de tipo físico como, incluso, de carácter social, que los recurrentes aducen que sufre su hijo y que necesariamente van a afectar al desenvolvimiento de la vida familiar y a la necesaria atención que aquéllos han de prestar a éste".

artículo 41.2 LRJCA y una consideración de la indemnización global reclamada como propia de la unidad familiar y que reclaman, en este caso, ambos progenitores".

Este criterio interpretativo que, con gran acierto, a nuestro humilde entender, recoge de forma novedosa el Auto de 4 de marzo de 2010, abre una vía de escape a la enorme rigidez que la Ley confiere al criterio de la cuantía como límite para el acceso al recurso de casación, y supone una aplicación matizada no sólo de la regla del artículo 41.2 LRJCA sino también de las propias pautas jurisprudenciales fijadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo respecto de la interpretación del citado precepto. Esperamos se consolide.

LA REGULACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LOS ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

POR
AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO
CUERPO SUPERIOR DE ADMINISTRADORES CIVILES DEL ESTADO

Sumario: 1. EL SECTOR HOTELERO EN EL MARCO DE LAS COMPTENCIAS SOBRE TURISMO. 2. NORMATIVA ESTATAL SOBRE ETSABLECIMIENTOS HOTELEROS. 3. NORMATIVA DE LA COMUNIDAD DE MADRID SOBRE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS. 3.1. LEY 1/1999, DE 12 DE MARZO, DE ORDENACIÓN DEL TURISMO DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 3.2. DECRETO 159/2003, DE 10 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 4. EL TURISMO EN LA COMUNIDAD DE MADRID: ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS. 5. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN MATERIA DE TURISMO.

1. EL SECTOR HOTELERO EN EL MARCO DE LAS COMPETENCIAS SOBRE TURISMO

La hostelería y la restauración, instrumentos claves del sector servicios en nuestro país (el cual supone hoy casi el 67 % del producto interior bruto español), no cuenta actualmente con una normativa sistematizada e integradora que clarifique los múltiples y complejos requisitos de acceso y de ejercicio de la actividad, que defina y determine las modalidades de establecimientos hoteleros y que codifique un estatuto de derechos y deberes de las partes en esa relación de servicios.

La antigua normativa del Estado, propia del régimen centralista anterior, ha ido cediendo el paso a la normativa autonómica desde el preciso momento en que el artículo 148.1,18ª de la Constitución Española de 1978 (CE) reconoció a las comunidades autónomas competencias en materia de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial. Y ello por cuanto los establecimientos hoteleros en general son encuadrables competencialmente en el sector turístico y, por ende, en dicho precepto constitucional, completado por ese otro título habilitante más amplio que consiste en el fomento del desarrollo económico de la comunidad autónoma dentro de los objetivos arcados por la política económica nacional (ex artículo 148.1,13ª CE).

El turismo, desde una perspectiva material y sustantiva, aún ostentando un alcance transversal y multidisciplinar, en que las competencias autonómicas son ejercidas y han de ser complementadas por la normativa comunitaria y estatal en ámbitos conexos como los transportes, la ordenación del territorio y el urbanismo, las telecomunicaciones, la protección y defensa de consumidores y usuarios, la normativa civil y laboral o la prolija normativa sobre protección del medio ambiente, es una materia en que el protagonismo competencial de las comunidades autónomas es evidente por cuanto afecta de modo directo a un modelo de desarrollo económico regional, siempre que case pacíficamente con el modelo económico general cuyas reglas de juego corresponde establecer al Estado ex artículo 149.1,13ª CE.

La legislación autonómica, en todo caso, adolece de algunas deficiencias formales y materiales, ya que la normativa dictada es antigua, dispersa (sin codificación o refundición alguna) y poco precisa en algunos aspectos de tanta relevancia para un sector como el hotelero. Tomando como punto de partida una norma del Estado, hoy no aplicable a muchas comunidades autónomas[1], que clasifica los establecimientos hoteleros en dos grupos, un grupo primero para los hoteles (entre los cuales cabía distinguir los hoteles propiamente dichos, los hoteles-apartamentos y los moteles) y un grupo segundo para las pensiones, las comunidades autónomas se apresuraron a partir de 1984 a dictar sus propias normas de clasificación de empresas hoteleras, quedando el real decreto estatal como un paraguas que cubría el vacío normativo existente en las autonomías que no habían hecho uso de esa potestad. Hoy en día todas ellas han desplegado su potestad normativa en la materia, con una regulación que sigue precisando de mayor sistemática y ánimo codificador.

El sector de la hostelería, por tanto, se inserta en un ámbito más amplio del Derecho Administrativo como es el turismo, por el poderoso estatus de intervención que ostenta la Administración pública, y que experimenta una abrumadora contingencia en la normativa de aplicación. Es reseñable, antes de analizar la normativa específica de la Comunidad de Madrid en materia hotelera, que el Consejo de Ministros del pasado 27 de marzo de 2009 aprobó la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios (que transpone una norma comunitaria conocida como "Directiva de Servicios"[2]) con el fin de reformar en profundidad este sector. Dicho proyecto de ley deberá acompañarse de una nueva norma que modificará un gran número de normas estatales (hasta 46

[1] Real Decreto 1634/1983, de 15 junio, de Ordenación de los establecimientos hoteleros.

[2] Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

leyes) y, de manera obligada, de las comunidades autónomas, para adaptarla al nuevo marco comunitario y estatal que lo transpone. El Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios establece obligaciones legales para que todas las Administraciones públicas simplifiquen los trámites, faciliten los procedimientos y el acceso electrónico, creando una ventanilla única y reforzando las garantías y los derechos de los consumidores. Con ello se persigue que los prestadores de servicios puedan operar sin necesidad de solicitar autorización previa, bastando con enviar una comunicación o notificación a posteriori a la Administración pública competente en la que se comprometan a desarrollar las funciones propias de su actividad. Será la Administración la que proceda a un control posterior de la actividad, si procede. La norma proyectada es trascendente porque, por primera vez, se van a establecer obligaciones legales para que todas las Administraciones evalúen sus autorizaciones, trámites y cualquier requisito que se exija para el desarrollo de una actividad, con criterios objetivos, transparentes y contrastables, creándose un instrumento legal para que todas las Administraciones públicas se pongan de acuerdo entre ellas y eviten solicitar trámites por duplicado y presenciales.

Se supone, por tanto, que el sector de la hostelería –como parte del sector servicios– se verá beneficiado por una simplificación de los procedimientos administrativos, por una mayor agilidad y uniformidad en los requisitos de acceso y de ejercicio de la actividad, y por un incremento de la calidad, superando la maraña legislativa actual y simplificando los trámites.

2. NORMATIVA ESTATAL SOBRE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS

En esta materia específica, la normativa del Estado está compuesta por las siguientes disposiciones, algunas de ellas sin vigor en la actualidad, pero otras muchas –a pesar de su antigüedad– siguen siendo aplicables en todas aquellas comunidades autónomas que no han dictado su propia normativa en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de turismo:

a) Real Decreto 1634/1983, de 15 de junio, por el que se establecen las normas de clasificación de los establecimientos hoteleros. Esta disposición, a pesar de no resultar de aplicación a muchas comunidades autónomas que han aprobado su normativa propia mediante sus correspondientes Decretos, sigue en vigor y constituyó la norma más importante sobre establecimientos hotele-

ros hasta mediados de los años 80. La norma se aplica a todas las empresas y establecimientos dedicados de modo profesional y habitual al alojamiento de personas mediante precio, exceptuando sólo a la simple tenencia de huéspedes con carácter estable a que se refiere la Ley de Arrendamientos Urbanos, y los apartamentos turísticos.

El Real Decreto 1634/1983 clasifica los establecimientos hoteleros en dos grupos, uno primero para los hoteles (entre los que distingue las modalidades de hoteles, hoteles-apartamentos y moteles) y un grupo segundo para las pensiones. Los hoteles y los hoteles-apartamentos son clasificados en cinco categorías, identificadas por estrellas, mientras que los establecimientos que no reúnan las condiciones del grupo hoteles serían clasificados en el grupo de pensiones, que estarán divididos en dos categorías, identificadas por estrellas. Los moteles se clasifican en una categoría única, exigiéndose que sus habitaciones reúnan las condiciones exigidas para los hoteles de dos estrellas. La norma exige que todos los establecimientos hoteleros exhiban, junto a la entrada principal, una placa normalizada en la que figure el distintivo correspondiente al grupo y categoría. Un anexo recoge pormenorizadamente los requisitos técnicos mínimos a que deben ajustarse los hoteles en función de la categoría a la que quieran acogerse.

El Real Decreto 1634/1983 otorgó un plazo de dos años a aquellos establecimientos clasificados en el grupo de hostales, pensiones, fondas y casas de huéspedes, para optar por su pertenencia al grupo de hoteles o de pensiones que establece la norma. Aquélla clasificación era la propia de la antigua Orden de 19 de junio de 1968, por la que se dictan normas sobre la clasificación de los establecimientos hoteleros, disposición no derogada formalmente y que podría entenderse vigente en todo aquello que no contradiga al real decreto citado. Muchas de sus previsiones han debido servir de inspiración a la normativa autonómica al respecto, dada la similitud de los términos empleados que se ha podido observar.

b) Decreto 3787/1970, de 19 de diciembre, sobre requisitos mínimos de infraestructura en alojamientos turísticos. Esta disposición desarrollaba la antigua Ley 48/1963, de 8 de julio, sobre competencias en materia turística, hoy derogada, y pretendía sistematizar y dar un tratamiento unitario a los dispersos reglamentos y ordenaciones sobre las medidas de ordenación y vigilancia de las empresas y actividades que se relacionan o pueden influir en el fenómeno turístico. A pesar del tiempo transcurrido, se trata de una disposición en vigor, a la que se sujetan todos los establecimientos hoteleros y de alojamiento turístico que mencionan los artículos 4 y 5 de la Ley 48/1963, cualesquiera que sea su naturaleza y régimen de explotación, con una capacidad igual o superior a 50 plazas, así como, aún cuando no sean objeto de explotación mercantil, los edificios con 10 o más apartamentos y los conjuntos de 10 o más villas o "bungalows" con servicios comunes dentro de una urbanización que constituyan una segunda residencia para sus propietarios o arrendatarios con motivo de sus vacaciones. Habrá que entender, por tanto, que esta disposición reglamentaria sigue en vigor en aquellas comunidades autónomas que no cuenten con normativa propia al respecto.

El objetivo de la norma es exigir unas instalaciones de infraestructuras mínimas en relación con el agua potable, el tratamiento y evacuación de aguas residuales, la electricidad, los accesos, el aparcamiento y el tratamiento y eliminación de basuras. Estos requisitos, además de exigirse a los establecimientos hoteleros y de alojamiento turístico mencionados, también podrá aplicarse a toda clase de alojamientos turísticos aunque no alcancen los límites de capacidad citados, cuando sea aconsejable dada la densidad de alojamientos en la zona, localidad o núcleo de población. El Decreto también exige que todos los proyectos de construcción o ampliación de los alojamientos turísticos deban someterse a una autorización previa del órgano administrativo correspondiente, que deberá comprobar el cumplimiento de los requisitos de la citada disposición normativa.

c) Orden de 15 de septiembre de 1978 sobre régimen de precios y reservas en alojamientos turísticos (modificado por Orden de 4 de octubre de 1979). Esta disposición obliga a todos los alojamientos turísticos, cualquiera que sea su clase y categoría, a fijar sus precios máximos y mínimos sin más obligación que la de notificarlos a la Administración pública turística competente. Ahora bien, la disposición contiene un interesante catálogo de derechos y deberes de los establecimientos y de los clientes en la forma convenida, en relación con el precio del alojamiento, la prohibición de su alteración durante el transcurso del año de su vigencia, el precio máximo de la pensión alimenticia y de la pensión completa, la exigencia o no a un cliente de sujetar su estancia al régimen de pensión completa, los servicios complementarios y gratuitos del alojamiento en concepto de hospedaje, el precio a percibir en habitaciones dobles, el precio por camas supletorias y requisitos para instalarlas, el concepto de jornada por

unidad de alojamiento, los límites y requisitos para que el alojamiento exija una señal en concepto de reserva de plaza, los requisitos a cumplimentar por las facturas y el régimen de publicidad de precios. Esta Orden fue modificada por la Orden de 4 de octubre de 1979, y permanece vigente, sin derogación expresa, a salvo de las disposiciones posteriores a las que pueda contravenir.

d) Orden Ministerial de 25 de septiembre de 1979, sobre prevención de incendios en establecimientos turísticos (modificada por Orden de 31 de marzo de 1980). Esta disposición recoge las obligaciones que deben cumplir dichos establecimientos en materia de instalaciones y de medidas de prevención y protección contra incendios: alumbrado de emergencia, señalización, indicaciones, planes de emergencia, planos, dispositivos de alarma, paneles, medidas de ignifugación, y canalizaciones de servicio. La Orden exige que cada establecimiento acredite el cumplimiento de todos esos requisitos presentando ante el organismo turístico competente un certificado librado por el servicio de prevención de incendios del Ayuntamiento del lugar o de otro servicio oficial si dicho Ayuntamiento careciera del mismo. Estos requisitos no sólo se exigen a los establecimientos de alojamiento turístico ya abiertos y existentes a la entrada en vigor de la Orden (a los que concede un plazo de seis meses para cumplir con la nueva norma, plazo que se flexibilizó para el cumplimiento de ciertos requisitos con la Orden de 31 de marzo de 1980, además de completarse la disposición anterior para ciertos alojamientos y formas de acreditación), sino también a todos los que se sean abiertos con posterioridad, condicionando su apertura a la acreditación del cumplimiento de las citadas condiciones.

e) Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (CTE), norma que deroga el anterior Real Decreto 2059/1981, de 10 de abril, por el que se aprueba la norma básica de edificación. En el nuevo CTE se recogen importantes previsiones y exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios e instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad, en desarrollo de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Por supuesto, a dichos requerimientos han de responder los edificios turísticos y establecimientos de hostelería.

f) Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos y viviendas vacacionales. Esta disposición reglamentaria, hoy en vigor, define los apartamentos turísticos como aquellos bloques o conjuntos de apartamentos, y los conjuntos de vi-

llas, chalés, bungalows y similares que sean ofrecidos empresarialmente, de modo habitual, debidamente dotados de mobiliario, instalaciones, servicios y equipo para su inmediata ocupación, por motivos vacacionales o turísticos. Los apartamentos turísticos podrán ser ofrecidos para su ocupación en las modalidades de bloques y conjuntos: se entiende por bloque el edificio o edificios integrados por apartamentos que se ofrezcan en su totalidad bajo una sola unidad empresarial de explotación; y se entiende por conjunto el agregado de apartamentos turísticos situados en uno o varios edificios, y/o bungalows, villas, chalés o similares, que se ofrezcan como alojamientos turísticos bajo una sola unidad empresarial de explotación. La norma dispone que todos los apartamentos turísticos serán clasificados en atención a sus instalaciones, mobiliario, equipo y servicios, en las categorías de lujo, segunda y tercera categoría con distintivos, respectivamente, de cuatro, tres, dos y una llaves.

Por lo que respecta a las viviendas turísticas vacacionales, la norma las define como las unidades aisladas de apartamentos, bungalows, villas y chales y similares y, en general cualquier vivienda que con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezcan en régimen de alquiler por motivos vacaciones o turísticos.

El real decreto establece unos requisitos a cumplir por las empresas explotadoras de bloques o conjuntos de apartamentos turísticos en materia de fianzas, relaciones con los propietarios, y designación de un director o cargo de responsabilidad, entre otros. También se recogen ciertas previsiones sobre la publicidad o propaganda impresa de dichos alojamientos, sobre los servicios particulares y comunes a cuyo disfrute tienen derecho los clientes con motivo de la cesión del alojamiento, sobre precios de estancia, sobre la duración del contrato, y unas mínimas previsiones sobre las viviendas turísticas vacacionales.

g) Orden INT/1922/2003, de 3 de julio, sobre libros-registro y partes de entrada en establecimientos de hostelería. Esta Orden deroga expresamente la antigua Orden de 14 de febrero de 1992, que regulaba la misma materia, y respeta las competencias que tienen reconocidas las comunidades autónomas en materia de protección de las personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana. La Orden INT/1922/2003 complementa la obligación genérica contenida en el Decreto 1513/1959, de 18 de agosto, sobre documentos de entrada de viajeros en establecimientos de hostelería, disposición en vigor en el que se exige que todos esos establecimientos lleven un li-

bro-registro en el que se inscriban los nombres de las personas que ingresen en los mismos, siempre que se trate de personas mayores de 16 años.

El fundamento del dictado de la nueva Orden INT/1922/2003 se debió al artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que señala que las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades relevantes para la seguridad ciudadana, entre ellas las de hospedaje, deberán llevar a cabo las actuaciones de registro documental e información previstas en la normativa vigente. Además, y puesto que España se comprometió, conforme al artículo 45 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, a adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo las actividades de control sobre los viajeros que utilizan establecimientos de hospedaje, resultaba preciso el dictado de una Orden de desarrollo de dichas previsiones.

Así, se exige a los establecimientos de hostelería y a los campings, apartamentos, bungalows y otros alojamientos similares de carácter turístico la cumplimentación de unos impresos de partes de entrada de viajeros, por medios manuales o informáticos, confeccionando un libro-registro ordenado correlativamente y que debe ponerse a disposición, en todo momento, de las fuerzas y cuerpos de seguridad con competencias en la materia. Se exige igualmente a los establecimientos conservar los citados libros-registro durante un plazo de tres años. La norma permite comunicar a las comisarías de policía o a los puestos de la Guardia Civil que corresponda la información contenida en los libros-registro por diversos medios: por correo ordinario, por fax, entregando directamente unos soportes magnéticos o mediante la transmisión de ficheros vía Internet. En todo caso, la remisión de la información debe hacerse dentro de las 24 horas siguientes al comienzo del alojamiento de cada viajero.

En consecuencia, la única normativa vigente sobre los establecimientos hoteleros resulta de la que hayan ido aprobando las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias en materia de turismo, que en la Comunidad de Madrid lo constituyen, como se verá en el apartado siguiente, la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, y el Decreto 159/2003, de 10 de julio, de Ordenación de Establecimientos Hoteleros de la Comunidad de Madrid.

A pesar del traspaso de medios y servicios a dicha comunidad autónoma por la disposición que más tarde se detallará, la Administra-

ción General del Estado ha mantenido algunas competencias en esta materia, tales como:

a. Las relaciones internacionales, si bien la Comunidad de Madrid debe ser informada en la elaboración de los convenios internacionales concernientes al turismo, quien adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los mismos en lo que afecten a las materias atribuidas a su competencia.
b. La coordinación de la ordenación general de la actividad turística.
c. Promover, elaborar y, en su caso, aprobar la legislación en materia de agencias de viajes que operen fuera del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, así como promover, elaborar y, en su caso, aprobar la legislación en materia de prestación de servicios turísticos.
d. La promoción y comercialización del turismo en el extranjero y las normas y directrices a las cuales se habrá de sujetar la Comunidad de Madrid cuando lleve a cabo actividades de promoción turística en el extranjero.
e. Las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos profesionales del turismo.
f. Requerir la actuación inspectora y de vigilancia de los órganos de la Comunidad de Madrid cuando así se estime conveniente para la buena marcha del turismo, así como requerir la iniciación de actuaciones sancionadoras cuando llegue a su conocimiento la existencia de casos de presunta infracción.
g. Requerir, desde el momento en que se produzca el asiento, cuantos datos sean necesarios para la formación y continuidad del Registro General de Empresas y Actividades Turísticas.

3. NORMATIVA DE LA COMUNIDAD DE MADRID SOBRE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS

El marco jurídico competencial propio de la Comunidad de Madrid en materia de turismo, en ejercicio de la competencia genérica atribuida en el artículo 148.1,18ª CE, está definido en la actualidad por dos preceptos de su Estatuto de Autonomía[3] (en adelante, EAM) que le atribuyen: la plenitud de la función legislativa en materia de promoción y ordenación del tu-rismo en su ámbito territorial (ex ar-

[3] Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de Madrid.

tículo 26.1.21 EAM), y el fomento del desarrollo económico, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional (ex artículo 26.1.17 EAM).

Desde el 1 de enero de 1984, la Comunidad de Madrid cuenta con los medios materiales, personales y financieros precisos para el ejercicio de esta competencia, tal y como previó el Real Decreto 697/1984, de 25 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de turismo. En virtud de dicha disposición normativa, esta comunidad autónoma asume, en el ámbito de su territorio, las facultades y servicios de la Administración del Estado en materia de turismo, y se le traspasan los correspondientes servicios y medios personales, materiales y presupuestarios precisos para el ejercicio de aquéllas.

3.1. Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid

Determinadas esas competencias autonómicas en la norma institucional básica, la Asamblea de Madrid aprobó la vigente Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, modificada en dos ocasiones hasta el momento: por la Ley 1/2003, de 11 de febrero, y por la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

De conformidad con dicha norma, los establecimientos turísticos que proporcionan a los usuarios turísticos servicios de alojamiento son considerados una actividad turística, siendo usuarios turísticos las personas físicas o jurídicas que utilizan los establecimientos, instalaciones y recursos turísticos.

Dentro de las empresas turísticas, la ley incluye a las empresas de alojamiento, de modo que, para ejercer su actividad, deben contar previamente con la correspondiente autorización, título-licencia o habilitación expedida por la Consejería competente en materia de turismo, sin perjuicio, por supuesto, de cualquier otras autorización o licencia que deban obtener de otras Administraciones públicas (especialmente, la municipal). Una de las novedades más importantes que introdujo en la Ley 1/1999 la reciente Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, ha sido reconocer efectos positivos o estimatorios al transcurso del plazo establecido en los procedimientos de concesión de dichas autorizaciones o licencias. Con ello se pretendía dinamizar el acceso a esta actividad de servicios así como reducir las trabas administrativas y burocráticas. Una vez obtenida la li-

cencia, la empresa de alojamiento turístico debe inscribirse en el registro público y oficial denominado Registro General de Empresas y Entidades Turísticas[4], cuya llevanza le corresponde a la Subdirección General de Empresas y Actividades Turísticas, de la Dirección General de Turismo de la Comunidad de Madrid, siendo el encargado de este registro el jefe del servicio de empresas y actividades turísticas, al que le corresponden las tareas administrativas relacionadas con la práctica de inscripciones, modificaciones, cancelaciones y certificaciones, así como la vigilancia y buen funcionamiento del mismo. La inscripción se efectúa de forma automática una vez emitida la resolución de autorización o concesión de la licencia turística.

El artículo 24 de la ley entiende como actividad turística de alojamiento la ejercida por las empresas que presten servicios de hospedaje al público mediante precio, de forma profesional y habitual, bien sea de modo permanente o temporal, con o sin prestación de servicios complementarios. Las modalidades que prevé la norma autonómica como servicios de alojamiento turístico son: los establecimientos hoteleros, los apartamentos turísticos, los campamentos de turismo, los establecimientos de turismo rural, y cualquier otra que reglamentariamente se determine.

Ya en concreto dentro de los establecimientos hoteleros, la Ley 1/1999 los define como *"aquellas instalaciones que ofrecen alojamiento con o sin servicios complementarios, ocupan la totalidad de un edificio o parte independizada del mismo constituyendo sus dependencias un todo homogéneo con entradas, ascensores y escaleras de uso exclusivo, y reúnen los requisitos técnicos mínimos que reglamentariamente se establezcan"*. La ley realiza la siguiente clasificación: los establecimientos hoteleros propiamente dichos, los hoteles-apartamentos, los hostales, las pensiones y las casas de huéspedes como subtipo de las pensiones.

Así, son hoteles-apartamentos aquellos establecimientos hoteleros que, además de reunir las características propias de éstos, por sus estructuras y servicios dispongan de las instalaciones adecuadas para la conservación, elaboración y consumo de alimentos dentro de cada unidad de alojamiento. Y se entiende por pensiones aquellos establecimientos que, ofreciendo alojamiento en habitaciones, con o sin comedor u otros servicios complementarios, por sus estructuras y características no alcanzan los niveles exigidos para los hoteles. Son hostales aquellas pensiones que tienen más de 20 plazas de alojamiento y un mínimo de 10 habitaciones. Por últi-

[4] Regulado en el Decreto 94/2002, de 6 de junio.

mo, son casas de huéspedes aquellas pensiones, con o sin comedor, que ofrecen elementales servicios, sin alcanzar los niveles necesarios para ser clasificados con estrellas.

Por último, y en relación con la disciplina turística, la Ley 1/1999 establece que la consejería competente por razón de la materia se encargará de realizar las labores de comprobación, vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones en materia turística, funciones que corresponderá ejercer a los servicios de inspección turística. Dentro de esas funciones inspectoras, la norma menciona, a los efectos que interesan aquí, y además de la genérica misión de vigilancia y comprobación del cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de turismo, la verificación de las condiciones generales y de los requisitos técnicos mínimos exigidos en la normativa turística a las empresas turísticas, pudiendo acordar la clausura o cierre de establecimientos en los supuestos previstos en la normativa turística, en virtud de resolución adoptada por el órgano competente en materia de turismo.

Como mecanismo más ágil y eficiente de solución de conflictos entre los establecimientos hoteleros y los clientes o usuarios, el artículo 72 de la Ley 1/1999 establece la posibilidad de que el órgano competente en materia de turismo establezca sistemas de arbitraje, de conformidad con la legislación vigente reguladora de esta materia, para la resolución con carácter vinculante y definitivo de los conflictos que pudieran surgir entre los prestadores de los servicios turísticos y los usuarios de los mismos, sin perjuicio de la protección administrativa y jurisdiccional que corresponda, naturalmente.

3.2. Decreto 159/2003, de 10 de julio, de Ordenación de Establecimientos Hoteleros de la Comunidad de Madrid

En desarrollo de la Ley 1/1999, el Gobierno de la Comunidad de Madrid dictó el Decreto 159/2003, que constituye en la actualidad la normativa autonómica más importante con la que se cuenta en relación con los establecimientos hoteleros. Este Decreto del año 2003 vino a derogar al antiguo Decreto 120/1985, de 5 de diciembre, por el que se aprobaban las Normas para la autorización y clasificación de los Establecimientos de Hostelería en la Comunidad de Madrid, además de derogar igualmente a dos Órdenes de la entonces Consejería de Economía, que desarrollaban aquél. La nueva disposición reglamentaria pretendía apuntalar el principio de libertad de precios, establecer una mayor liberalidad para fijar

los requisitos mínimos de los establecimientos hoteleros, deslindar las competencias municipales exclusivas en materia de seguridad de los requisitos técnicos mínimos necesarios para la clasificación turística, permitir la utilización de nuevas tecnologías informáticas y telemáticas, elevar la calidad de los hostales y pensiones de categoría media, así como de los establecimientos incluidos en áreas de preferente uso turístico o en zonas turísticas saturadas, y refundir los textos vigentes en uno solo, más sistematizado.

La norma otorgó inicialmente un plazo de cinco años a los establecimientos hoteleros autorizados antes de su entrada en vigor para adaptar sus instalaciones a las nuevas prescripciones normativas, plazo que se reconoció pronto como escaso y hubo se ser ampliado a 10 años con una modificación operada por Decreto 77/2006, de 28 de septiembre (en consecuencia, el citado plazo finalizará el próximo 24 de julio de 2013). Esta última modificación también se aprovechó para realizar dos retoques puntuales en el Decreto 159/2003: uno para homogeneizar el tratamiento jurídico establecido en relación con el régimen de precios y el cómputo de la jornada, y otro por el que se modifica el régimen aplicable a los hoteles de 4 estrellas con el fin de otorgar una mayor libertad empresarial en lo referente al equipamiento de los servicios en las habitaciones.

En consecuencia, el Decreto 159/2003 ordena los establecimientos hoteleros, definiéndolos como establecimientos comerciales abiertos al público, dedicados a prestar alojamiento turístico de carácter temporal, profesional, habitualmente y mediante precio, en habitaciones y/o apartamentos, con o sin otros servicios de carácter complementario, y de acuerdo con las especificaciones que en el mismo se determinan. La norma sólo excluye de su ámbito de aplicación a todos aquellos alojamientos que se sometan a la Ley de Arrendamientos Urbanos, los albergues, residencias de ancianos y de estudiantes, los apartamentos turísticos, los establecimientos de turismo rural y los alojamientos con menos de cuatro plazas.

La norma distingue cuatro modalidades de establecimientos hoteleros: los hoteles, los hoteles-apartamentos, los hostales, las pensiones y las casas de huéspedes como subtipo de las pensiones. Se mantiene, por tanto, la clasificación de la Ley 1/1999, así como las definiciones de cada uno de estos establecimientos, que no se reiterarán aquí, con la única salvedad añadida en relación con las pensiones, puesto que el Decreto 159/2003 permite que estos establecimientos condicionen la estancia de los clientes a que se acojan al

régimen de pensión completa, siempre que dispongan de comedor y cocina adecuados a su categoría. Todos esos establecimientos hoteleros se clasifican en tres grupos y unas categorías dentro de cada grupo, debiendo exhibir en la entrada de los mismos una placa normalizada en la que figura el distintivo correspondiente a su grupo y categoría:

a. Grupo primero: Hoteles, que de acuerdo con los requisitos mínimos establecidos en el Decreto ostenten las categorías de 5, 4, 3, 2 y 1 estrellas. Además, se prevé la posibilidad de que la Dirección General de Turismo otorgue el calificativo de «Lujo» a aquellos hoteles de 5 estrellas que, en atención a sus especiales características y calidad de instalaciones y servicios, merezcan ostentarlo.
b. Grupo segundo: Pensiones y Hostales (3, 2 y 1 estrellas).
c. Grupo tercero: Casas de huéspedes (sin categorías).

Por lo que respecta a los requisitos de acceso a la actividad hotelera, el Decreto que se comenta exige: obtener una autorización y clasificación turística, que otorga en un solo acto la Dirección General de Turismo (dependiente de la Consejería de Cultura, Deporte y Turismo), además de la licencia municipal de funcionamiento, cuya concesión debe comunicarse en un plazo de 10 días a la citada consejería, una vez otorgada. Con el fin de acelerar el procedimiento de concesión de la autorización mencionada, la norma autonómica permite que el interesado solicite un informe previo sobre clasificación turística que pueda corresponder a un establecimiento turístico proyectado. Ese informe previo no excluye la solicitud preceptiva de la autorización correspondiente, que se otorgará una vez que el proyecto esté edificado y concluido y se cumplan los requisitos exigidos. El otorgamiento de la autorización supone, como ya se anticipó, la inscripción automática en el Registro General de Empresas y Entidades Turísticas. De todos estos requisitos de acceso sólo quedan dispensados aquellos establecimientos que determine la consejería competente en materia de turismo porque así lo aconsejen sus características especiales o el número, calidad y demás circunstancias (por ejemplo, los establecimientos instalados en edificios protegidos por sus valores arquitectónicos, históricos o artísticos).

Los establecimientos hoteleros deben cumplir otros requisitos no sólo para el acceso, sino para el ejercicio de la actividad: es el caso de la fijación y publicidad de los precios máximos de los servicios de alojamiento, comedor y otros servicios que presten, de las obligaciones en materia de facturación de los servicios prestados, y de los requisitos mínimos obligatorios que deben cumplir cada uno de los grupos en que se clasifican los establecimientos hoteleros, en función de su categoría (ex artículos 21 a 37), con importantes diferencias en lo que respecta a las instalaciones generales, comunicaciones, zona de clientes (que incluyen prescripciones sobre la recepción del establecimiento, superficie mínima de las habitaciones y de los cuartos de baño), zona de servicios y otros servicios prestados al cliente. Por su peculiaridad, se recogen algunas previsiones específicas para los hoteles-apartamentos, para las pensiones, los hostales y las casas de huéspedes. También se exige el cumplimiento permanente de ciertos requisitos para el acceso y utilización por personas de movilidad reducida, un equipamiento mínimo en los dormitorios y los cuartos de baño, así como el cumplimiento de las condiciones de salubridad e higiene contenidas en la normativa aplicable.

Apenas se desglosan unos derechos y deberes por parte de las dos partes en la prestación de un servicio de alojamiento turístico, pero pueden extraerse los siguientes:

- Los establecimientos están obligados a entregar al cliente una factura por la prestación del servicio, con un contenido mínimo, además del previsto en la normativa general aplicable.
- Los establecimientos deben dar publicidad en todo momento, al menos en la recepción, de los precios máximos de los servicios de alojamiento y de comedor que ofrecen, además de los demás servicios en el interior de las habitaciones.
- Los clientes están obligados a pagar el precio de los servicios utilizados, en metálico o por el medio admitido por el empresario.
- Las dos partes han de pactar expresamente el régimen de reservas y de anulaciones.

4. EL TURISMO EN LA COMUNIDAD DE MADRID: ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS

Para contar con datos precisos sobre el sector económico turístico en el que se encuadra la actividad hotelera en la Comunidad de Madrid, es preciso apuntar brevemente que, de acuerdo con los datos de la Encuesta de Ocupación Hotelera del Instituto Nacional de Estadística (INE), durante el año 2008 la Comunidad de Madrid registró 9.150.351 visitantes, una cifra muy elevada a pesar de registrar un descenso del 1,26 % en el número de turistas nacionales, probablemente debido a los efectos incipien-

tes de una crisis financiera que empieza a damnificar a múltiples sectores económicos. Según los datos de la Encuesta de Movimientos Turísticos en Fronteras (FRONTUR), en 2008 la región recibió 4.564.345 viajeros internacionales, lo que supone un incremento del 3,6 % respecto al año 2007. Además, en el año 2008 la Comunidad de Madrid se ha situado en la tercera mejor posición en el ranking de comunidades autónomas en turistas alojados en hoteles.

En cualquier caso, parece claro que el turismo se ha convertido hoy en día en un potente motor económico de España en general y de Madrid en particular. Nuevas circunstancias sociales, demográficas y culturales han hecho que el turismo haya ganado un peso específico sin parangón en los últimos lustros, debido, entre otros motivos, a la mejora de los transportes y las comunicaciones, a la liberalización del sector servicios y la apertura a la competencia que ha mejorado la competitividad del mismo, al incremento de los intercambios en el mundo de los negocios, a la reducción de las jornadas laborales, al incremento de la esperanza de vida y a la ampliación del tiempo de ocio y vacaciones de los ciudadanos del mundo más desarrollado.

La Comunidad de Madrid se ha convertido en la comunidad autónoma más vigorosa en el turismo de congresos y convenciones, además de ir ganando peso específico progresivo en los segmentos del turismo cultural, histórico-artístico, monumental y, a mayor distancia, de ocio y naturaleza.

A continuación se exponen los últimos datos estadísticos disponibles[5] en relación con el número de establecimientos hoteleros existentes en la Comunidad de Madrid, el número de plazas disponibles en los mismos, el grado de ocupación de los establecimientos hoteleros por plazas y por habitaciones, y los movimientos turísticos de los españoles:

[5] Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE) e Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid. Último año disponible: 2006.

ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS Y PLAZAS	2006
Establecimientos hoteleros	
Hoteles	339
5 estrellas	22
4 estrellas	128
3 estrellas	118
2 estrellas	51
1 estrella	20
Hostales	903
3 estrellas	267
2 estrellas[1]	0
1 estrellas[2]	636
Plazas	
Hoteles	69.666
5 estrellas	9.609
4 estrellas	36.138
3 estrellas	17.580
2 estrellas	5.374
1 estrella	965
Hostales	19.910
3 estrellas	9.643
2 estrellas[1]	0
1 estrellas[2]	10.267

[1] Incluidos en los hostales de 3 estrellas a partir del año 2000.
[2] A partir de 1999 incluyen pensiones.

GRADO DE OCUPACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS POR PLAZAS Y POR HABITACIONES	2006
Por plazas	52,94
Estrellas de oro	52,85
Estrellas de plata	53,25
Por habitaciones	65,56
Estrellas de oro	67,42
Estrellas de plata	59,46

MOVIMIENTOS TURÍSTICOS DE LOS ESPAÑOLES. VIAJES	2005
Viajes	
Total	29.410.121
Por destino	
España	27.407.897
Andalucía	2.441.962
Aragón	460.485
Asturias	324.301
Baleares	428.842
Canarias	300.219
Cantabria	374.275
Castilla - La Mancha	6.832.869
Castilla - León	4.939.255
Cataluña	856.589
Extremadura	1.388.858
Galicia	757.814
Comunidad Valenciana	2.805.657
Murcia	479.322
Navarra	211.761
Madrid	4.290.795
La Rioja	87.232
País Vasco	416.152
Extranjero	2.002.224
Por medio de transporte	29.410.121
Coche	
Autobús	23.490.356
Avión	1.793.559
Tren	2.749.565
Barco	1.078.126
Otros	46.851
No consta	50.183
Por tipo de alojamiento	
Hoteles o similares	5.631.225
Complejo turístico	34.148
Camping/caravana	403.666
Vivienda propia/multipropiedad	8.414.001
Vivienda de alquiler a particulares	926.494
Vivienda de alquiler a agencias	279.969
Vivienda familiar o de amigos	12.370.110
Especializados	405.553
Casa rural	505.762
Otros	439.194
Pernoctaciones (miles)	145.294
Estancia media (días)	4,9

Fuente: Movimientos turísticos de los españoles. (Familitur). Instituto de Estudios Turísticos. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio

5. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN MATERIA DE TURISMO

Por último, resulta interesante mencionar los órganos y servicios administrativos puestos a disposición del turismo en general y de los establecimientos hoteleros en particular en la Comunidad de Madrid.

Así, dentro de la Consejería de Cultura, Deporte y Turismo, y dependiente de la Viceconsejería de Cultura y Turismo, se encuentra la Dirección General de Turismo, la cual ostenta las siguientes competencias, de conformidad con la normativa orgánica propia[6]:

a) La planificación de la actividad turística.
b) La ordenación del sector turístico y de su infraestructura.
c) La coordinación con otros órganos de la Administración de la Comunidad de Madrid, incluida la institucional, así como con las Corporaciones Locales y sus empresas y entidades públicas en cuantas actuaciones con incidencia en el sector turístico realicen en el ejercicio de sus respectivas compe-tencias.
d) La promoción del sector turístico madrileño a nivel nacional e internacional.
e) El fomento del sector turístico y la coordinación con otros órganos de la misma o distinta Administración que en sus respectivos ámbitos de actuación concedan también ayudas a este sector.
f) El ejercicio de las competencias administrativas y el fomento de las profesiones turísticas, así como la formación y el perfeccionamiento de los profesionales del turismo en el marco de las competencias del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.
g) La Declaración de Interés Turístico y Áreas Especiales.
h) El control de calidad e inspección de las instalaciones y de la prestación de los servicios de las empresas, profesiones y actividades turísticas, sin perjuicio de las competencias que en materia de vigilancia y control correspondan a otros Organismos y Administraciones Públicas.
i) El ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística en los términos establecidos en la legislación sectorial y sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos en esta materia.

[6] Decreto 152/2007, de 5 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Cultura y Turismo, y Decreto 10/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se crea la Consejería de Cultura, Deporte y Turismo.

j) La resolución de los conflictos por vía de conciliación en materia turística.
k) Autorización, clasificación, apertura y cierre de los establecimientos de las empresas y entidades turísticas.
l) El ejercicio de las competencias administrativas en materia de concesión y revocación de agencias de viajes, con sede social en la Comunidad de Madrid y autorización de sucursales de agencias de viajes domiciliadas en otras Comunidades Autónomas y en los Estados miembros de la Unión Europea.
m) La información sobre la oferta turística de la Comunidad de Madrid y su coordinación con otras Administraciones e Instituciones.

Dentro de ese órgano directivo, deberá corresponder a la Subdirección General de Empresas y Actividades Turísticas tanto la autorización, clasificación, apertura y cierre de los establecimientos de las empresas y entidades turísticas, como el control de calidad e inspección de las instalaciones y de la prestación de los servicios de las empresas turísticas, sin perjuicio de las competencias que en materia de vigilancia y control correspondan a otros organismos y Administraciones.

Como empresa pública en materia turística en la Comunidad de Madrid, es preciso hacer referencia a "Turmadrid", sociedad anónima de capital público prevista en la disposición adicional primera del Decreto 152/2007, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Cultura y Turismo, y en el artículo 2 del Decreto 10/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se crea la Consejería de Cultura, Deporte y Turismo. Su objeto es impulsar el desarrollo turístico de la Región de Madrid.

La base legal de las empresas públicas en materia turística de la Comunidad de Madrid se encuentra en el artículo 45 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, que permite, para el cumplimiento de sus objetivos, que la comunidad autónoma, a través de la consejería competente en materia de turismo, promueva y participe directa o indirectamente en sociedades, organismos u otras entidades cuyo objeto social esté vinculado a la actividad de la promoción turística.

Igualmente prevista en los dos decretos orgánicos mencionados anteriormente, existe también la empresa pública "Consorcio Turístico de Madrid", sociedad anónima de capital público autonómico que ha sido sustituida por la actual sociedad pública "Turismo de Madrid, S.A.", empresa pública para la promoción turística de la Comunidad de Madrid, donde se integran los esfuerzos e intereses de las iniciativas pública y privada (forman parte de la misma la propia Comunidad de Madrid, el Ayuntamiento de Alcalá de Henares, el Ayuntamiento de Aranjuez, el Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, la Cámara de Comercio de Madrid, la Confederación Empresarial de Madrid (CEIM) y la entidad de crédito Caja Madrid). Sus objetivos son: realizar acciones orientadas a la promoción nacional e internacional de la oferta turística de la Comunidad de Madrid; contribuir a la generación de la actividad económica de la Comunidad de Madrid, teniendo como base al sector del ocio y el turismo; promover la creación y desarrollo de nuevas áreas con potencial turístico; promover un turismo de calidad compatible con el mantenimiento y mejora del entorno medioambiental en la Comunidad de Madrid; orientar los servicios turísticos de la comunidad autónoma al mantenimiento y mejora de la competitividad del sector turístico madrileño, adecuándolos a las nuevas necesidades del mercado; impulsar las iniciativas y actividades del sector privado en orden a la promoción turística de la Comunidad de Madrid y a la prospección y apertura de mercados; impulsar la colaboración y coordinación de la política turística autonómica en sus relaciones con otras Administraciones públicas y organismos de finalidad similar en el conjunto del Estado y a nivel internacional: apoyar la modernización e implantación de nuevas tecnologías en el sector turístico madrileño; y fomentar acciones orientadas hacia la mejora de la cualificación de los profesionales del sector del turismo dentro de la Comunidad de Madrid.

Dentro de los órganos colegiados en materia turística hay que mencionar al Consejo de Madrid para la Promoción Turística, órgano mixto de carácter consultivo, de concertación y coordinación, cuya finalidad es promover e impulsar el desarrollo competitivo del sector turístico de la Comunidad de Madrid, dinamizando la rentabilidad de los negocios, la generación de empleo y propiciando la participación y coordinación de todos los agentes implicados. Fue creado por el artículo 43 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, y desarrollado por el Decreto 146/1997, de 30 de octubre, por el que se aprueba la creación del Consejo de Madrid para la Promoción Turística.

COMENTARIOS

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

POR
JOSÉ RAMÓN APARICIO DE LÁZARO
TÉCNICO SUPERIOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID[1]

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2.1. DERECHO COMPARADO. 2.2. DERECHO ESPAÑOL. 3. LEGISLACIÓN VIGENTE. CARACTERES DEL ACTUAL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 3.1. NORMAS REGULADORAS 3.2. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA. 3.2.1. *CARACTERÍSTICAS*. 3.2.2. *EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL*. 4. LESIÓN RESARCIBLE. 5. LA IMPUTACIÓN Y SUS CRITERIOS. 5.1. CONCEPCIÓN AMPLIA DEL SERVICIO PÚBLICO. 5.2. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. 6. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS. 7. LA RELACIÓN DE CASUALIDAD. 8. CRITERIOS DE REPARACIÓN. LA REPARACIÓN INTEGRAL. 9. LA ACCIÓN DE RESPOBNSAIBILIDAD. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA LA EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. 10. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DE ACTUACIONES POLICIALES. 11. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO PÚBLICO. 12. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. 13. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO JUEZ.

1. INTRODUCCIÓN

Los principios de legalidad de las Administraciones Públicas –con su garantía de control jurisdiccional de su actividad– y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen los dos grandes soportes estructurales no solo del Derecho administrativo, sino también del Estado de Derecho, según los tratadistas[2] y la jurisprudencia[3].

[1] Funcionario de carrera del Cuerpo de Técnicos Superiores de la Administración General de la Comunidad de Madrid.

[2] LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (directores): "La nueva Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". TECNOS, 1993.

[3] STS de 12 de mayo de 1997 que sostiene que la responsabilidad patrimonial es garantía de la seguridad jurídica con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado Social y Democrático de Derecho. De igual modo, SSTS de 6 de noviembre de 1979, 4 de julio de 1980 y 7 de julio de 1982, entre otras.

Las Administraciones Públicas inciden en todas las manifestaciones de la vida colectiva con una secuela incidental de daños residuales en los bienes y derechos de los particulares y con la creación de unos riesgos que es preciso evitar que reviertan sobre determinados patrimonios, con verdadera injusticia amparada en un privilegio de exoneración administrativa.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones constituye una de las garantías individuales que deriva del Estado social de Derecho que aparece en el artículo 1 de nuestra Constitución Española[4] (CE).

La CE contempla en 4 artículos la responsabilidad de las Administraciones Públicas:

1.- El artículo 9.3, junto al principio de interdicción de la arbitrariedad, establece el de responsabilidad de los poderes públicos como contrapartida a la acción de esos poderes públicos.
2.- El artículo 106 condensa el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas de nuestro ordenamiento.
3.- El artículo 149.1.18 que hace que ese sistema de responsabilidad resulte aplicable a todas las Administraciones Públicas: el sistema de responsabilidad patrimonial es único y corresponde al Estado su regulación sustancial.
4.- El artículo 121 consagra la responsabilidad del Estado por errores judiciales y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Responsabilidad que es objeto de desarrollo en los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, (LOPJ).

Ahora bien, el referido reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es el punto de llegada de una evolución legislativa que parte de una inicial irresponsabilidad de los poderes públicos y que tuvo que superar posiciones contrarias a su formulación.

2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En la actualidad, ha quedado ampliamente superado el principio general de irresponsabilidad de la Administración expresado por el conocido aforismo inglés *"the king can do not wrong"*[5] que, como dice

[4] Constitución Española de 27 de febrero de 1978; BOE de 29 de diciembre.
[5] El rey no puede equivocarse.

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ[6], era fruto de la potestas imperial romana y de la concepción medieval del poder monárquico teocéntrico. Puede afirmarse que la idea expresada en este aforismo no cedió ni en el ancien régime, obviamente, ni tampoco con el advenimiento de las ideas revolucionarias, ya que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 –que sienta las bases del instituto expropiatorio mediante justa y previa indemnización– no hace referencia alguna a los daños no expropiatorios, que siguen siendo reducto exento de la soberanía del Estado.

La consolidación del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración no se produjo hasta finales del siglo XIX, y ello por tres causas fundamentales: el aumento de la actividad administrativa, la elaboración de la teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas y la progresiva atenuación del carácter absoluto de la soberanía.

2.1. Derecho comparado

En el Derecho inglés, para la ruptura legislativa del sistema de responsabilidad exclusiva del funcionario, se acudió primero a una formula precaria por la que la Administración designaba al funcionario que debía asumir en el proceso de responsabilidad la posición de demandado, respaldándole económicamente para hacer frente a una eventual condena. Esta práctica fue rechazada por la Cámara de los Lores en 1946 y en 1947 se aprobó la "*Crown Proceedings Aact*"[7] que sometió a la Corona a la misma responsabilidad que si fuera una persona privada capaz, tanto por razón de los daños ocasionados por los funcionarios como por el incumplimiento de las obligaciones que se tiene para con sus servidores y agentes.

En el Derecho Norteamericano se aprobó la "*Federal Tort Claims Act*" en 1946 y reconoció la responsabilidad del Estado en aquellos supuestos de actuación culposa de los funcionarios públicos autores del daño, culpa apreciada según las reglas comunes[8].

En el Derecho continental europeo la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tiene una formulación jurispruden-

[6] FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2002), Curso de Derecho administrativo, II, pág. 359 ss.
[7] Motivado por la muerte de un niño al entrar en un campo minado, que no se encontraba debidamente señalizado, en Liverpool.
[8] Así, en el Caso US v. OLSON (362 F 3d 1236) se señala que, con determinadas excepciones, la FTCA prescinde de la inmunidad soberana de los Estados Unidos para daños específicos producidos por empleados federales que actúen en el ejercicio de sus funciones, reconociendo responsabilidad "en la misma forma y con la misma extensión que tendría un sujeto privado en las mismas circunstancias".

cial. El Consejo de Estado francés reconoció el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración con base en normas propias y no del Derecho civil desde el famoso "*arrêt Blanco*"[9] de 1873. Desde entonces se ha venido exigiendo como condición necesaria para la responsabilidad del funcionario la falta personal o culpa; pero tal requisito no se proyecta a la responsabilidad de la Administración que se extiende a toda clase de daños configurándose como una responsabilidad objetiva o sin necesidad de culpa del funcionario. Es la simple lesión o daño injustificado derivado de la actuación de la Administración o indemnidad del administrado lo que justifica la responsabilidad de aquélla.

En este apartado jurisprudencial merecen mención especial las aportaciones jurisprudenciales alemanas (fundamentalmente una sentencia del *Bundesverfassungsgericht* –Tribunal Supremo Federal, de Karlsruhe–, de 9-10 junio de 1952).

2.2. Derecho español

En España, la evolución legislativa del instituto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tiene los siguientes hitos fundamentales:

1) En el siglo XIX, y principios del XX, sólo existen preceptos concretos y puntuales que atribuyan responsabilidad al Estado, como la Ley de 9 abril 1842, que establecía la responsabilidad por daños causados durante la Primera Guerra Carlista, así como la Ley de Policía de Ferrocarriles o la Instrucción de Sanidad de 1904.

2) El Código Civil (CC), de 1889, en su artículo 1902, consagró el principio general de que toda persona responde de los daños "*que por acción u omisión causa a otro, interviniendo culpa o negligencia*"; responsabilidad que, según el artículo 1903 del mismo texto legal "*es exigible no sólo por actos propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder*", en cuyo ámbito –responsabilidad por hecho de tercero– se incluyó expresamente al Estado "*cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior*".

[9] Arret Blanco emitido por el Tribunal de Conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873. Se trata del caso del Sr. Blanco quien interpuso una acción en nombre de su hija atropellada por una vagoneta de la "Manufacture de Tabacs" y que solicitaba de la empresa una indemnización. En la Sentencia se dice: "Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a particulares por el hecho de personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el código civil para las relaciones de particular a particular".

El juego combinado de estos dos preceptos permitía, en efecto, declarar la responsabilidad del Estado por actos propios, según el artículo 1902, cuando obrase por medio de "*funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada*", dada la remisión que a él realiza expresamente el artículo 1903, y por hecho de tercero, de acuerdo con el tenor literal de este último, cuando actuase "*por medio de un agente especial*", es decir, mediante personas a quienes, por no ser funcionarios no puede predicarse la cualidad de órganos del propio Estado. Esta interpretación llegó a ser acogida, de manera aislada, por alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero era mayoritaria la doctrina según la cual la responsabilidad del Estado quedaba restringida al supuesto de que éste actuase a través de un agente especial, pues "*tratándose de actos ejecutados por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos no cabe suponer de parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible*".

3) La primera normativa específica del régimen de responsabilidad pública que rompe con el modelo del Código Civil se produce en el ámbito de la Administración Local y trae causa de la Constitución Republicana de 1931[10], en cuyo artículo 41 se disponía: "*Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirvan serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determina la Ley*".

La Ley de Bases Municipal de 10 de julio de 1935 y su texto articulado concretaron este precepto constitucional y, así, el artículo 209 disponía que: "*Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroguen la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente según los casos*".

No obstante, la responsabilidad que se reconocía en dicho precepto venía atenuada por su párrafo segundo, que se remitía a la Ley de 5 de abril de 1904, de Responsabilidad Civil de los Funcionarios, con lo que la responsabilidad de los entes locales corría el riesgo de convertirse en responsabilidad de los funcionarios.

4) Ya en época Franquista, la Ley de Régimen Local, 1950-1955, en sus artículos 405 y siguientes reproducen los términos de la regulación de la

[10] Aprobada el 9 de diciembre de 1931 por las Cortes Constituyentes.

responsabilidad patrimonial de las Administraciones locales, si bien partía de una distinción previa: en el supuesto de que las entidades locales actuaran como personas jurídicas de Derecho privado, en cuyo caso se aplicaban los artículos 1902 y 1903 CC, en los términos que precisaba el artículo 379 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, de 17 de mayo de 1952, o en el caso de que actuaran como personas jurídico-públicas, en la esfera de sus atribuciones respectivas, en cuyo caso se establecía, a su vez, una diferencia según que el daño hubiere sido causado por culpa o negligencia graves imputables personalmente a las autoridades o funcionarios en el ejercicio de sus cargos, o que no existiera tal culpa. En el primer caso, la entidad local sólo respondía subsidiariamente, previa declaración judicial de la infracción legal cometida y con posibilidad de acción de regreso contra el funcionario por parte de la Corporación (artículo 410). Sólo en el segundo supuesto, esto es, cuando no existiera culpa o negligencia del funcionario, la entidad local respondía directamente, siempre que el daño fuera efectivo, material e individualizado. Sólo en este caso cabe hablar de una responsabilidad directa de la Administración.

5) La Ley de Expropiación Forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954 -LEF-) modificó profundamente el sistema. Introduce la responsabilidad en el ámbito estatal con planteamientos distintos a los de la normativa local y con pretensiones unificadoras.

Del artículo 121 LEF se deduce el carácter directo que tendrá siempre la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de las responsabilidades que ésta pueda exigir a sus funcionarios mediante la acción de regreso. El fin es garantizar al perjudicado, que encontrará la cobertura de las Administraciones Públicas en todo momento, independientemente de que haya o no culpa o negligencia del funcionario, superándose así la dicotomía entre responsabilidad directa y subsidiaria. Se asume, por tanto, un criterio mucho más favorecedor para los afectados. Se trata, además de un principio general de responsabilidad objetiva (al margen de la idea de culpa o negligencia, como así sucede en el citado artículo 1902 CC), que se plasma en los artículos 121 y 122 LEF.

El artículo 121 LEF establece que "*Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios*".

El artículo 122 LEF exigía que el daño fuese efectivo, evaluado económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

El Reglamento de Expropiación Forzosa[11] disipó las dudas planteadas en relación con los bienes que podían ser lesionados al admitir como indemnizable toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente (artículo 133), evitando así una interpretación restrictiva de la Ley que sólo incluyera los bienes y derechos a los que se refería la Ley, esto es a los que podían ser objeto de expropiación con exclusión de la responsabilidad por la pérdida de la vida, daños a la integridad física y por otros perjuicios personales y morales.

Desde el punto de vista jurisdiccional, la LEF mantiene la dualidad de jurisdicciones, pero esa dualidad no se basaba, como en la LRL, en el carácter del derecho lesionado, sino en las normas reguladoras de la actividad productora del daño.

6) La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), de 27 de diciembre de 1956, sustituye el sistema de dualidad de jurisdicciones por el de unidad jurisdiccional atribuyendo a la Jurisdicción Contencioso-administrativa el conocimiento, sin excepción, de las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública [artículo 3.c)].

La Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), de 26 de julio de 1957, reguló el nuevo régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración y volvió a introducir el sistema de dualidad jurisdiccional en su artículo 41. Cuando el Estado actuase en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños causados por sus autoridades, funcionarios y agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.

Por su parte, el artículo 40 LRJAE regulaba la responsabilidad de la Administración en los siguientes términos:

"*1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.*

2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

[11] Aprobado mediante Decreto de 26 de abril de 1957.

El artículo 41 LRJAE preveía que cuando el Estado actuara en relaciones de Derecho privado respondía por los daños causados por sus autoridades y funcionarios, "*considerándose la actuación de los mismos como actos propio de las Administraciones*", aunque en este caso la responsabilidad se exigía ante los Tribunales ordinarios, conforme a las normas sustantivas civiles.

Desde el punto de vista sustantivo la fórmula de la LRJAE, con respecto a la de la LEF, introduce las siguientes modificaciones:

a) Incluye la referencia a la fuerza mayor como causa de exoneración.

b) Elimina la alusión a los actos discrecionales, que a partir de la LJCA son recurribles en vía contenciosa. De ahí que el precepto se refiera sólo a la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa, pero no aludía a la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa.

c) Calificaba el plazo de un año para reclamar de caducidad, en lugar de prescripción.

3. LEGISLACIÓN VIGENTE. CARACTERES DEL ACTUAL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

3.1. Normas reguladoras

La actual regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se encuentra en:

1) La Constitución que, como se indicó al inicio del presente estudio, aborda la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en los artículos 9.3 –*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*–, 106.2 –*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*– y 149.1.18. –*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades*

derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas–. En particular, el artículo 121 consagra la responsabilidad del Estado por errores judiciales y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

2) La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ y PAC), cuyo Título X regula la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, dividido en dos Capítulos, el primero, artículos 139 a 144, referente a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, y el segundo, artículo. 145 y 146, relativo a la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas.

Los artículos 121 y siguientes de la LEF no han sido formalmente derogados, si bien la LRJ y PAC conlleva su derogación implícita.

Entre las innovaciones más relevantes de la LRJ y PAC figura el reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador (artículo 139.3). Y la reforma operada mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha introducido importantes novedades, entre las cuales merece una atención especial la exclusión de la responsabilidad de la Administración en los supuestos en que los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

En cuanto a la responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración, la LRJ y PAC no la regula. La de los primeros aparecía contemplada en los artículos 121.2 y 123 LEF, pero la posterior Ley 13/1995, de 16 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas se refirió a la responsabilidad de los contratistas en términos no del todo coincidente con la regulación anterior. En la actualidad, deben tenerse en cuenta el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público[12], que será objeto de estudio más pormenorizado más adelante.

[12] 1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

3) El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, que deroga el Capítulo II del Título IV (artículos 133 a 138) del Reglamento de Expropiación Forzosa.

3.2. Características del sistema

3.2.1. Características

En síntesis, los caracteres del sistema son:

1) Es un sistema unitario de responsabilidad, en cuanto rige para todas las Administraciones Públicas (estatal, autonómica y local).
2) Constituye un régimen general en la medida en que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, y tanto por acción como omisión.
3) Es un sistema de responsabilidad directa, de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades y funcionarios, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo culpa o negligencia grave.
4) Es un régimen de carácter objetivo que, por tanto, prescinde de la idea de culpa, por lo que no es preciso demostrar su existencia, sino únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trata.
5) Tiende a lograr la reparación integral de la lesión.
6) Vuelta a la unidad jurisdiccional, atribuyéndose la competencia a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, puesto que incluso cuando las Administraciones Públicas actúen en régimen de Derecho privado su responsabilidad debe exigirse conforme a la regulación de la LRJ y PAC.

3.2.2. Evolución jurisprudencial

En la jurisprudencia sobre la responsabilidad de las Administraciones públicas pueden distinguirse distintas etapas:

1) Inicialmente, restringió su aplicación, tratando de moderar lo que parecía abrir una fuente inagotable de reclamaciones a los

que los poderes públicos. Y a falta de instrumentos más adecuados, utilizó el requisito de la existencia de un «nexo de causalidad» con la actividad administrativa para considerar imputables a los particulares perjuicios que difícilmente podían considerarse ajenos al actuar «normal o anormal» de los servicios públicos[13].
2) En una fase posterior, la jurisprudencia, al hilo de las construcciones doctrinales, se ha ido decantando cada vez más por centrar su atención en torno a la determinación del carácter antijurídico o no del daño causado como índice determinante de su carácter indemnizable. El centro de gravedad pasa, así, del nexo de causalidad al título de imputación.
3) Por último, una vez perfilados los supuestos en los que se da la responsabilidad patrimonial de la Administración, la jurisprudencia se centra con mayor intensidad en un elemento que adquiere cada vez mayor importancia: la determinación de la cuantía de la indemnización con arreglo a la prueba del daño sufrido

[13] Dos sentencias pueden considerarse ejemplos de la evolución que ha registrado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de apreciación del nexo causal:

1º) STS de 12 julio de 1960, según la cual "No puede admitirse la relación de causa a efecto que se pretende establecer por la parte actora entre la avería que dice sufrida por su coche y el estado de la carretera por la que el mismo transitaba. Aun admitida la existencia de tal avería, hay que tener en cuenta que, según consta en los informes oficiales obrantes en las diligencias administrativas, el estado del pavimento del camino no fue motivo de rotura en ningún otro automóvil, a pesar de estar cifrado en 500 vehículos de esta clase el tráfico diario, por tratarse de la carretera de Madrid a La Coruña, de lo que hay que deducir el motivo del supuesto accidente de otro origen que, en opinión técnica, pudo ser la antigüedad del coche de matrícula del año 1934 y que, por el natural desgaste de sus elementos, no resistieron la percusión producida por baches que otros vehículos soportan sin detrimento de su estructura, o el posible exceso de velocidad, que puede inferirse de la gran distancia a que fue arrastrado el cárter del motor desde el sitio en que se ubica el accidente".

2º) STS 4 mayo de 1999 (ponente XIOL RÍOS): "La existencia de culpa exclusiva de la víctima aniquiladora del nexo causal con la actividad administrativa no puede ser apreciada. Del relato de hechos formulado por la sentencia de instancia se infiere que la motocicleta conducida por el fallecido circulaba a alta velocidad, pero que no se ha acreditado que dicha alta velocidad fuera prohibida o excesiva. Asimismo, que circulaba indebidamente por el arcén, el cual se hallaba en una distancia de 50 a 70 centímetros invadido por adelfas". "El hecho de circular el conductor por el arcén puede, ciertamente, determinar una moderación de la responsabilidad, por apreciarse una concurrencia de causas en la producción del accidente, como aprecia la Sala de instancia, pero no excluir de modo absoluto la responsabilidad de la Administración". [...] "Aplicando la anterior doctrina a los hechos que la Sala de instancia, en el ejercicio de su facultad exclusiva de valoración del material fáctico aportado, considera probados, puede deducirse de ellos que la presencia de las adelfas invadiendo el arcén, en concurrencia con la irregular circulación por el mismo de la motocicleta siniestrada, constituye causa idónea para la producción del accidente, pues sin ella, que aparece como suficientemente relevante según las circunstancias, no podría explicarse la producción del hecho daños".

y a los criterios para su valoración. El centro de gravedad pasa del título de imputación a la valoración del daño.

La fórmula legal consagra el principio de total indemnidad. Implica que la Administración a la que sea imputable el daño está obligada a dejar indemne a la víctima, es decir, debe procurar la reparación integral del daño sufrido, de modo que quede restaurada la integridad del patrimonio del perjudicado restituyéndolo en su pleno valor anterior al suceso dañoso.

La responsabilidad patrimonial de la Administración tiende a proporcionar una compensación integral del daño producido[14].

4) La STS de 27 de junio de 2006 (ponente ROBLES FERNÁNDEZ) señala los siguientes requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:
a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal.
c) Ausencia de fuerza mayor.
d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta.

En parecidos términos la STS de 20 de junio de 2007 (ponente ROBLES FERNÁNDEZ): la jurisprudencia viene exigiendo para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor (De igual modo, SSTS de 11 de abril de 2006, 9 de mayo de 2005, 9 de noviembre de 2004 y 3 de octubre de 2000).

[14] Así, la STS de 5 abril de 1989 (ponente CANCER LALANNE): *"Para dilucidar ese problema hay que partir de que el supuesto de hecho a que se refiere es encuadrable en el ámbito de aplicación del artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pues la muerte de José Antonio producida mientras desarrollaba la función de Guardia como soldado-voluntario, ocasionada por un disparo de un arma de funcionamiento defectuoso, portada por otro soldado también en servicio, que la propia Administración Militar calificó como un acto de servicio, es imputable al funcionamiento de los servicios públicos; sin que ofrezca duda que se ha provocado un perjuicio individualizado en los padres junto a los que aquél convivía privándoles del afecto consiguiente a su condición de hijo, y de la previsible ayuda para poder llevar adelante la familia, perjuicio que, aunque de orden preponderantemente moral, no por ello debía quedar sin reparación, en aplicación del precepto citado regulador de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado, que según interpretación jurisprudencial constante, ha de tender a proporcionar una compensación integral del daño producido"*.

El principio de total indemnidad es hoy proclamado, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del uso de vehículos de motor, por el Anexo I, 7, de la LRCSVM: *"Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado"*.

4. LESIÓN RESARCIBLE

El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración se centra en el concepto de lesión, entendida como daño antijurídico, no como daño causado antijurídicamente.

Se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causa de justificación en la Administración que imponga la obligación de tolerarlo. Estas causas de justificación que imponen la obligación de tolerar el daño deben ser expresas y estar legalmente previstas. Este concepto acuñado jurisprudencialmente tiene su reflejo en el artículo 141 LRJ y PAC al disponer que "*sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*".

Como señala una STS de 11 de abril de 2006 (ponente HERRERO PINA), la antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia, baste al efecto la referencia a la Sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, y según la cual: *"esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido Sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)"*.

Mención aparte merece la responsabilidad patrimonial derivada del ejercicio de potestades discrecionales, es decir, en aquellos supuestos en los que la aplicación de una norma jurídica por la Administración, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetiva, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de

la resolución, en los que es necesario reconocer un cierto margen de apreciación, con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir[15].

En cuanto al examen de la actividad discrecional de la Administración, cabe señalar[16] que, mientras que la Administración se mantenga en su actuación dentro de unos parámetros de razonabilidad y ausencia de arbitrariedad no cabría inferir responsabilidad patrimonial del actuar de la Administración, porque la Administración no vendría obligada a actuar de forma distinta a aquella en que lo ha hecho, en tanto que el particular sí vendría obligado, como consecuencia de la licitud del acto, a soportar la consecuencia del mismo, siempre que la Administración opte por una de las soluciones posibles y lo haga de forma razonada. Por el contrario, si la Administración no opta por una de tales soluciones posibles, la solución será irrazonable y por tanto más próxima a la arbitrariedad, prohibida por el artículo 9.3 de nuestra Constitución, que a una resolución fundada en una correcta aplicación del ordenamiento jurídico, que es donde se produce la antijuricidad, puesto que ante esta situación el individuo no viene obligado a soportar el daño.

Así, la STS de 5 de febrero de 1996 (ponente SIEIRA MIGUEZ)sostiene que *"parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonado sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo"*. En la misma línea, SSTS de 4 de noviembre de 1997, 11 de marzo de 1999, 28 de junio de 1999, 13 de enero de 2000 y 12 de julio de 2001.

[15] STS de 7 de julio de 2003, según la cual los tribunales pueden controlar determinados aspectos de las potestades discrecionales: a) sus elementos reglados (la competencia para ejercer la potestad, el procedimiento que debe seguirse, la finalidad que debe perseguirse, la motivación suficiente, etc.) b) la realidad de los hechos determinantes de su ejercicio y el respeto a los principios generales del derecho.

[16] SIEIRA MIGUEZ en *Il controllo del guidice administrativo sulla discrecionalita tecnica e, in particolare, sugli tai delle autoritá independenti*. Dott. A. Giuffré Editore, sp.A. Milano. 2009. (El control del Juez de lo Contencioso Administrativo sobre la discrecionalidad técnica y, en particular, sobre los actos de las autoridades independientes. VII Coloquio entre Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia de España y miembros del Consejo de Estado de Italia, celebrado en Roma del 13 al 17 de junio de 2007).

La propia idea de lesión sugiere la previa existencia de un derecho o interés patrimonializado que resulta dañado. Un derecho o interés protegido por el ordenamiento jurídico e integrado en el patrimonio del sujeto afectado por la actuación administrativa. Este criterio resulta importante en el ámbito urbanístico, en el que las indemnizaciones previstas en el supuesto de revisión o modificación Planes están en directa relación con el régimen de la propiedad urbana.

El daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas (artículo 139.2 LRJ y PAC).

La efectividad implica la necesidad de probar su existencia; prueba que suele ser rigurosa: total, plena y evidente o simplemente convincente, según señala la jurisprudencia. Ello no quiere decir que se exija una total exactitud en su cálculo y avaluación, puesto que una vez demostrada la realidad del daño, la valoración de la indemnización se hace por aproximación a partir de diversos criterios.

En cualquier caso se excluyen los daños futuros, si bien se admite el lucro cesante como elemento incluible en el daño efectivo.

En particular, cabe hacer referencia a:

1) Daños físicos. El primer concepto al que se extiende la obligación de reparar es el daño corporal, dentro del cual una primera manifestación es el daño fisiológico, es decir, la manifestación orgánica en que se traduce, con carácter transitorio o permanente, la lesión como acontecimiento que consiste en un quebranto de la salud[17].

2) Daño moral. Dentro de los perjuicios indemnizables, cabe el daño moral propiamente dicho, o sufrimiento derivado de la lesión cor-

[17] STS de 20 de octubre de 1998 (ponente XIOL RÍOS): "En segundo lugar, se alega que la reclamante no ha acreditado si tenía una relación laboral al sufrir la lesión. Este hecho, sin embargo, carece de trascendencia, pues la cantidad en que se cifra la indemnización por los días en que la interesada tardó en obtener la sanidad médica tiene, por una parte, una función básica de compensación del daño moral que la pérdida o disminución temporal de la salud lleva consigo –y de ahí que no sea menester acreditar la baja laboral, sino solamente el haber padecido una baja sanitaria– y, por otra, no tiende solamente a compensar el lucro cesante en los supuestos en que éste deriva de la cesación de la actividad laboral o productiva, sino que su función es la de compensar la incapacidad para el desarrollo de las actividades normales de la persona, aunque no se trate de actividades productivas en sentido económico". "En el supuesto examinado la procedencia de esta indemnización –que se fija en la moderada cuantía de 2.200 PTA diarias (13,22 €)– aparece como plena y especialmente justificada, habida cuenta de que se ha demostrado que la lesionada realiza el trabajo propio de un ama de casa y que durante el período de recuperación se vio impedida para desempeñar dicho trabajo".

poral padecida o de otro acontecimiento que produzca una aflicción en la persona, como puede ocurrir con el menoscabo de su intimidad o de su honra[18].

La cuestión de los daños morales se plantea, sobre todo, en el supuesto de muerte de la víctima. Se afirma que es la STS de 12 de marzo de 1975 la que introduce por primera vez la referencia a los daños morales en la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo. En esta Sentencia se contempla el conocido caso de los "*novios de Granada*": un interno del Hospital psiquiátrico provincial rompió una de las ventanas y se lanzó al vacío cayendo sobre una pareja de novios, como consecuencia de lo cual falleció el novio. La Sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Granada admitió los daños morales como base de la indemnización que reconocía a los padres y a la novia. El Tribunal Supremo, aunque confirma la indemnización, lo hace "*prescindiendo de toda estimación en orden a la valoración del daño puramente moral*".

[18] STS de 4 mayo de 1999 (ponente XIOL RÍOS): "Alega la Administración demandada que la fijación de los perjuicios padecidos debe ser demostrada. Sin embargo, mediante la indemnización reconocida se resarce fundamentalmente el daño moral, no susceptible de una determinación cuantitativa si no es mediante la referencia a precedentes judiciales y a criterios legales de tasación, como ocurre en el ámbito de los daños corporales sufridos con ocasión de la circulación de vehículos de motor, así como el perjuicio económico por lucro cesante, difícil de evaluar si no es acudiendo a criterios de valoración en función de las expectativas que puedan deducirse de las circunstancias concurrentes. Ello determina que el importe de la indemnización que reconocemos venga fijado teniendo en cuenta las circunstancias y que dicha cantidad sea similar a la que esta misma Sala ha venido reconociendo en casos análogos y no se aleje de la que pudiera resultar aplicable, en su ámbito, como consecuencia de los criterios legales de tasación a los que acaba de hacerse referencia». "También, en un orden razonable de las relaciones humanas, esta Sala debe presumir que quienes afirman la relación parental con el fallecido dicen verdad, y que los vínculos de afecto y económicos propios de la unidad familiar se mantenían, de tal suerte que hubiera correspondido a la Administración demostrar la inexistencia de dicha relación o la ausencia de efectivo daño moral o perjuicio patrimonial ocasionado por el alejamiento entre los parientes para que su petición, basada en meras conjeturas, fuera atendible, pues no debe ser probado lo que normalmente se infiere de las circunstancias concurrentes, sino aquello que se separa de lo ordinario y obedece a situaciones de excepción".

El daño moral no va asociado necesariamente al daño corporal, como demuestra el supuesto contemplado en la STS de 26 enero 1999 (daños morales por la pérdida de los restos de sus bisabuelos, abuelos y madre, por destrucción de un nicho en el Cementerio Municipal; ponente MATEOS GARCÍA): «El motivo articulado bajo el apartado primero deviene de todo punto improcedente, pues aunque sea cierto que el plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ha de ser computado desde el "hecho que motivó la indemnización", no lo es menos y no cabe en modo alguno prescindir del hecho trascendente relatado en la sentencia impugnada de que "según resulta de la prueba obrante en el expediente administrativo, el traslado de los restos al nuevo nicho, hecho determinante de la indemnización y resarcimiento solicitados, tuvo lugar el 6 de febrero de 1990 y la reclamación de indemnización se produjo ante el Ayuntamiento el día 14 de marzo de 1991"».

Por el contrario, la STS de 26 de septiembre de 1977 es ya muy clara al admitir los daños morales en un caso de accidente producido por la caída de un árbol sobre el vehículo en el que viajaba una familia, valorándose no sólo la muerte de alguno de los ocupantes, sino también la pérdida del feto de una mujer embarazada como daño moral.

Hoy la cuestión está definitivamente asentada en la jurisprudencia. En la actualidad la jurisprudencia incluye, con normalidad, dentro de los perjuicios indemnizables, el daño moral propiamente dicho, o sufrimiento derivado de la lesión corporal padecida o de otro acontecimiento que produzca una aflicción en la persona, como puede ocurrir con el menoscabo de su intimidad o de su honor. Así, la STS de 4 mayo de 1999 (ponente XIOL RÍOS) que contempla el suicidio en establecimiento penitenciario. Incluso, los más recientes pronunciamientos admiten que el daño moral no vaya asociado necesariamente al daño corporal, como es el supuesto contemplado en la STS de 26 enero de 1999 (ponente MATEOS GARCÍA) que, en una reclamación formulada frente al Ayuntamiento de Málaga, se refiere a los daños morales que había ocasionado al recurrente el traslado y la pérdida o imposibilidad de localización de restos de familiares, así como el reconocimiento del derecho de propiedad y, por tanto, a perpetuidad sobre el nicho que sustituye al destruido. El recurso se desestima, sin embargo, por haber transcurrido el plazo de caducidad de un año.

La STS de 30 de junio de 2006 (ponente LECUMBERRI MARTÍ) considera que el daño moral es un elemento integrante del concepto de daños evaluable y reconoce su existencia y la consecuente responsabilidad patrimonial en la ausencia de información a la madre embarazada de la existencia de malformaciones en el feto, situación que le impidió poder optar a la realización de un aborto dentro del plazo que la norma faculta al efecto.

3) Daño emergente y lucro cesante. La jurisprudencia señala que entre los conceptos evaluables, en virtud del principio de total indemnidad, está el daño emergente y el lucro cesante:

a) Daño emergente: Por daño emergente se entiende cualquier menoscabo patrimonial experimentado de manera actual como consecuencia de la actividad dañosa (STS de 6 de noviembre de 1998)[19].

[19] STS de 6 noviembre de 1998 (ponente GONZÁLEZ RIVAS): "En materia de reparación integral, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial, hay que señalar que ésta comprende los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de intereses valuables y los conceptos de lucro cesante y daño emergente, partiendo del principio contenido en los artículos 1106 del Código Civil y 115 de la Ley de Expropiación Forzosa y de reiterada jurisprudencia de este Tribunal, de la que son exponentes, entre otras, las más

b) Lucro cesante. El lucro cesante se produce por la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes (SSTS de 16 julio 1982, 24 marzo 1983, 23 febrero 1988, 20 febrero 1989, 15 octubre 1990, 9 marzo 1992, 14 mayo 1993, 22 mayo 1993, 18 octubre 1993, 22 enero 1994 y 29 enero 1994). Y la jurisprudencia

recientes Sentencias de 10 junio y 12 y 22 noviembre 1985, siendo de tener en cuenta, según se infiere del examen de las actuaciones del expediente administrativo, que la pretensión inicial de la parte recurrente se cuantifica en la suma de 3.236.500 PTA [19.451,76 €], desglosadas en las siguientes partidas: a) Canon de arrendamiento de aprovechamiento cinegético, por importe de 500.000 PTA [3.005,06 €]. b) Contratación de cinco rehalas, por importe global de 125.000 PTA [751,27 €]. c) Seis batidores sin perros, a 4.000 PTA [24,04 €], lo que supone 24.000 PTA [144,24 €]. d) Seis batidores con perros, a 6.500 PTA [39,07 €], lo que supone 39.000 PTA [234,39 €]. e) 25 puestos valorables en 50.000 PTA [300,51 €], lo que hace un total de 1.250.000 PTA [7.512,65 €]. f) Portes de organización, una suma de 20.000 PTA [120,20 €]. g) Venta de carne de las reses, 45 reses por un importe de 1.269.000 PTA [7.626,84 €], a 470 PTA/kg. [2,82 €]. h) Gastos de Veterinario, 6.500 PTA [39,07 €]. i) Gastos por permisos solicitados, desplazamientos y gastos de viaje, 5.000 PTA [30,05 €] j) Gastos correspondientes a la contratación de tres postores, a 6.000 PTA cada uno [36,06 €], lo que representa un total de 18.000 PTA [108,18 €]". "Todos estos gastos cuantificados por la parte recurrente han sido estimados como procedentes en la sentencia recurrida y no han sido desvirtuados por la parte apelante, por lo que procede su reconocimiento".

La jurisprudencia declara que no pueden incluirse en la indemnización los gastos del proceso o procesos seguidos para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración, respecto de los que habrá que estar al pronunciamiento que, por imperativo legal, se contenga en la sentencia o resolución que le ponga fin. Así, la STS de 12 noviembre de 1998 (ponente HERNANDO SANTIAGO): «El primer motivo ha de decaer si se tiene en cuenta que la sentencia de instancia no niega el derecho de los recurrentes a ser indemnizados, con lo que no resultan infringidos los preceptos que se invocan en el encabezamiento del motivo en su aspecto material. Lo que acontece es que sin negarse la responsabilidad patrimonial de la Mancomunidad demandada, ya que no puede "excluirse de entrada su concurrencia, toda vez que se produjo una actuación administrativa en ejecución de unos acuerdos municipales (...) declarando finalmente los Tribunales de Justicia la nulidad de aquellos acuerdos", en dicción de la propia sentencia, se niega la procedencia de las diferentes partidas indemnizatorias que en unos casos tuvo la parte el deber jurídico de soportarlos, cual es el caso de las partidas de "derechos de Procuradores y gastos y costas judiciales" por 521.612 PTA [3.134,95 €] y «honorarios de Letrado» por 1.901.640 PTA [11.429,09 €], pues como acertadamente se razona en la sentencia combatida, los gastos y costas, derechos y honorarios abonados por los recurrentes a abogados y procuradores para obtener la nulidad de los acuerdos deben quedar de entrada fuera del «quantum» indemnizatorio en razón: 1) La representación procesal en vía jurisdiccional a un Procurador no resulta obligada a tenor del artículo 33 de la Ley de esta Jurisdicción, ya que pudieron valerse de Abogado. 2) La dirección y representación letrada en vía administrativa, no resulta obligada, y 3) Que conforme a la doctrina de este Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia que se cita de 2 febrero 1993, los honorarios satisfechos al Letrado ni de los derechos del Procurador, no pueden identificarse, en modo alguno, con el requisito del daño efectivo anudable a toda reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues, aun cuando la vía jurisdiccional terminase acogiendo las tesis de los recurrentes, no convierte en daño indemnizable el pago o gasto de aquellos honorarios y derechos profesionales, toda vez que la simple anulación de resoluciones en vía administrativa, o contencioso-administrativa, no presupone derecho a indemnización cuando los Tribunales no es-

recuerda que el lucro cesante debe probarse, al menos, de modo indirecto[20].

c) Perjuicios derivados de traslado o extinción de negocio o industria. Un supuesto específico de daño en que se mezcla el daño emergente y el lucro cesante se produce en los casos en los que deben in-

timan temeridad alguna en el comportamiento de las Administraciones autoras de los actos a efectos de una condena en costas, a tenor del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, camino para el resarcimiento de los daños, o gastos causados, por razón de intervención de tales profesionales en los procesos de revisión jurisdiccional de los actos administrativos que en definitiva se declaran nulos, por lo que no existiendo relación de causalidad entre éstos y aquel actuar de la Administración y teniendo, en consecuencia la parte el deber jurídico de soportarlos, tales conceptos, no son un daño efectivo a efectos de responsabilidad patrimonial».

En la jurisprudencia reciente, sin embargo, existen casos en los que se acepta incluir los honorarios de abogado que defiende al perjudicado en vía administrativa, así como gastos correspondientes informes y dictámenes presentado ante la Administración. STS de 24 de enero de 1997: "Los principios expuestos [principio de total indemnidad] nos llevan a deducir que el deber de resarcimiento debe comprender los gastos que hayan repercutido sobre el recurrente como consecuencia de la intervención de profesionales para la realización de estudios para determinar el alcance de los daños causados a la finca de su propiedad, para dejar constancia de ellos y para recabar asistencia técnico-jurídica encaminada a obtener su resarcimiento, excepto aquellos que no sean estrictamente necesarios o que se refieran a actuaciones procesales en la primera instancia o en la casación, pues sobre ellos decidiremos al resolver sobre las costas. La sentencia de instancia infringe, en consecuencia, la jurisprudencia establecida sobre el principio de total reparación cuando no incluye entre los conceptos indemnizables los gastos derivados de la actuación de profesionales que no pueden ser incluidos en una tasación de costas, y cuya existencia se desprende de las actuaciones".

[20] STS de 13 de octubre de 1998 (ponente XIOL RÍOS): "Debe tenerse, asimismo, en cuenta que la Sala de instancia (sin efectuar distinción de sumas por conceptos) considera integrada en la indemnización reconocida el lucro cesante derivado de la situación de desamparo económico de la viuda. No podemos aceptar las alegaciones en torno a esta cuestión esgrimidas por la recurrente, pues el lucro cesante, por su propia naturaleza, no puede probarse de modo directo, sino indirecto, en un cálculo de expectativas de ingresos y de vida fundado en las circunstancias de edad y socioeconómicas de la víctima y de sus relaciones con el perjudicado o los perjudicados, que la Sala efectivamente tiene en cuenta de modo expreso, al detallar los ingresos por pensión que percibía, su situación de jubilado, su edad y la dependencia económica en que respecto de él se hallaba su esposa, circunstancias más que suficientes para justificar la cantidad reconocida, que, como queda dicho, sólo por el concepto de daños morales no aparece como desproporcionada".

STS de 6 noviembre de 1998 (ponente GONZÁLEZ RIVAS): "No parece necesario abundar, para justificar la indemnización por el lucro cesante, que se ha producido, de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo, susceptible de valoración económica, por la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, y, en consecuencia, estamos ante un supuesto de lucro cesante indemnizable, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras en Sentencias de 16 julio 198 (antigua Sala Cuarta), 24 marzo 1983 (antigua Sala Tercera), 23 febrero 1988 (antigua Sala Quinta), 20 febrero 1989 (Sección Tercera), 15 octubre 1990 (Sección Tercera), 9 marzo 1992 (Sección Tercera), 14 mayo 1993 (Sección Sexta), 22 mayo 1993 (Sección Sexta), 18 octubre 1993 (Sección Sexta), 22 enero 1994 (Sección Sexta) y 29 enero 1994 (Sección Sexta)".

demnizarse los perjuicios derivados de un traslado de negocio, como puede ocurrir en supuestos de declaración de ruina improcedente, vías de hecho o anulación de expedientes expropiatorios.
En estos casos de cierre indebido de establecimiento o edificio, el Tribunal Supremo declara que la indemnización debe ascender a las rentas dejadas de percibir durante el periodo de cierre (STS de 10 noviembre de 1998, ponente PECES MORATE).
En ocasiones la privación del local o solar sobre el que se asienta la industria (en régimen de propiedad o de arrendamiento) comporta la imposibilidad material o jurídica de continuar el negocio, lo que conduce a que deba entenderse que se produce la extinción definitiva del establecimiento, con las consecuencias indemnizatorias que de ese hecho deriven. El Tribunal Supremo, en materia de expropiación forzosa, ha sentado criterios que son aplicables a los casos de responsabilidad patrimonial. Con carácter general la jurisprudencia ha establecido un método de valoración consistente en capitalizar al 8 por ciento los beneficios medios anuales que la industria procura a su titular, calculados estableciendo el promedio de los beneficios netos obtenidos en los tres años anteriores al momento en que haya de referirse la valoración. En otros casos el porcentaje de capitalización se ha elevado al 10 por ciento.
Cuando resulta necesario el traslado de industria, la jurisprudencia considera abarcables en el justiprecio diversos conceptos, que no tienen un carácter exhaustivo, como son: desmontaje de mobiliario, traslado de enseres y útiles del negocio, reins-

En casos de cierre indebido de establecimiento o edificio, el Tribunal Supremo declara que la indemnización debe ascender a las rentas dejadas de percibir durante el periodo de cierre: STS de 10 de noviembre de 1998 (ponente PECES MORATE): "La cuantía de la indemnización en favor del propietario del inmueble, precintado ilegalmente por la Administración Municipal demandada, fijada por el Tribunal "a quo" en la sentencia apelada en equivalencia a las rentas que aquél hubiese podido obtener del mismo durante el tiempo que permaneció clausurado por la orden municipal anulada en sede jurisdiccional, es ajustada a derecho por constituir la adecuada compensación del lucro cesante experimentado, pues el propietario durante dicho período estuvo impedido de usarlo a pesar de que se vio obligado a soportar todas las cargas fiscales que sobre el mismo pesaban y hubo, además, de afrontar los gastos derivados de las imprescindibles reparaciones de su fábrica e instalaciones por haber permanecido cerrado, sin mantenimiento alguno, durante tan largo período». "Para calcular las rentas dejadas de percibir, la Sala de Primera Instancia se ha atenido a las conclusiones del informe pericial emitido contradictoriamente en juicio y debidamente apreciado conforme a las reglas de la sana crítica, en contra de lo que opina el representante procesal del Ayuntamiento apelante, cuya correcta valoración se pretende combatir con el documento unido al escrito de alegaciones presentado en esta segunda instancia, que incorpora un dictamen pericial emitido a su instancia, el cual carece de valor probatorio alguno por intentarse eludir las reglas procesales sobre el recibimiento a prueba en el recurso de apelación, contenidas en el artículo 100.1, 3 y 4 de la Ley de esta Jurisdicción según su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 10/1992, de 30 abril".

talación de mobiliario, acondicionamiento de nuevo local, (excluyendo las mejoras sobre el local antiguo), deterioro o pérdida de existencias a consecuencia del traslado, valor de las instalaciones no susceptibles de traslado, gastos de sustitución, gastos de primer establecimiento, incluyendo licencia de apertura, así como la instalación de teléfono y la conexión a las redes de distribución de gas, agua y luz, importe de los salarios y de las cuotas de la Seguridad social del personal durante la paralización del negocio, gastos de desplazamiento de los trabajadores, pérdida de beneficios hasta la normalización de la clientela, pérdida de ésta, gastos de publicidad, arraigo del establecimiento mercantil en la zona en que venía actuando, y otros.
El tiempo de paralización del negocio se fija atendiendo a las circunstancias concurrentes y a la prueba practicada, de modo que pueden citarse resoluciones que oscilan entre los varios días de duración hasta las que alcanzan los once meses[21].

[21] STS de 21 noviembre de 1998 (ponente PECES MORATE). Anulación de expediente expropiatorio que origina perjuicios a la entidad demandante, consistentes en la desposesión de los terrenos de su propiedad, la demolición de las construcciones existentes sobre aquéllos y los gastos efectuados para el traslado de la actividad industrial ejercida en ellos. Se condena a la Comunidad de Madrid a pagar a la sociedad recurrente, dedicada a una actividad de cerámica, las siguientes cantidades:

1. ° La que, como valor real de las tres referidas fincas números 117, 119 y 120 del Polígono de Valdebernardo de Madrid, se determine en ejecución de sentencia, la cual no podrá ser inferior a 10.591.875 PTA (63.658,45 €) ni superior a la suma de 57.609.000 PTA (346.237,06 €), cuyo pago se podrá sustituir de mutuo acuerdo por la restitución de las expresadas fincas.
2. ° 20.453.798 PTA (122.929,80 €) por las construcciones demolidas.
3. ° 21.209.681 PTA (127.472,75 €) por la reposición del horno, los secaderos, las cámaras de secado, las bancadas y las albercas de lavado y por los enfoscados.
4. ° 15.743.700 PTA (94.621,54 €) por la pérdida de existencias en cantera.
5. ° El interés básico del «Banco de España» o interés legal, fijado anualmente en las sucesivas leyes presupuestarias anuales, de las cantidades recogidas en los cuatro apartados anteriores (salvo que la primera se sustituya de común acuerdo por la restitución) desde el día 31 de julio de 1978 hasta su completo pago, incrementado aquél en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, el que, asimismo, se determinará en fase de ejecución de sentencia.

De la suma de las referidas cantidades deben deducirse 30.215.470 PTA (181.598,63 €), que la Administración entregó a «Cerámica del Centro, SA.
Un supuesto de extinción del negocio se contempla en las sentencias que estudian los perjuicios causados por imposibilidad de atender negocios en Gibraltar como consecuencia del cierre de la verja, acordado en 1969. STS de 19 diciembre de 1997 (ponente MATEOS GARCÍA): «Así las cosas no es posible olvidar que el peticionario, ya en la primera reclamación que fue registrada de entrada el 2 de junio de 1970, cifró el valor de su negocio (atendido el valor de las existencias, instalaciones, volumen anual de operaciones y consiguientes beneficios obtenidos) en 1.169.000 PTA

La jurisprudencia, en ocasiones, otorga trascendencia probatoria al hecho de que la Administración no haya procedido a la práctica de prueba en el expediente administrativo.

d) Perjuicios hipotéticos. El Tribunal Supremo declara, al examinar el lucro cesante, que no pueden computarse el lucro hipotéticamente dejado de percibir, sino el real y justificado[22].

4) Prueba del daño. El Tribunal Supremo (STS de 10 marzo de 1998, ponente XIOL RÍOS) reitera la siguiente doctrina: «[...] como esta sala ha tenido ocasión de declarar con reiteración, la falta de prueba del daño o perjuicio padecido no puede suplirse difiriendo a la fase de ejecución de sentencia la práctica de la referida prueba, pues en ésta sólo es posible determinar la cuantía de la indemnización cuando se ha acreditado, cuando menos, la existencia del daño (Sentencias de 28 de octubre de 1985, 9 de mayo de 1995 y 28 de mayo de 1997, entre otras)».

(7.025,83 €), a cuya cantidad se añadía la de 97.862 PTA (588,16 €) por los desembolsos posteriores que el empresario hubo de realizar desde el 8 de junio de 1969, para el mantenimiento del negocio, hasta su cierre definitivo el 1 de enero de 1970 y que en el mismo escrito, dos veces distintas [apartados 4.º, párrafo a), y 7.º] ofreció "las pruebas precisas para justificar dicho avalúo (del negocio), incluso la pericial y los medios de prueba pertinentes para aseverar las manifestaciones consignadas en el presente escrito", sin que la Administración adoptara decisión alguna al respecto; ahora bien esta inactividad de la administración de que ya hablábamos con anterioridad y que se mantuvo en la práctica hasta el 17 de febrero de 1995, fecha en que adoptó la resolución impugnada en el recurso contencioso-administrativo, unido al hecho, más trascendente aún, de que aquélla no acordó la apertura de un período de prueba, desde luego procedente en razón del "ofrecimiento" de pruebas formulado por el reclamante, de las concretas circunstancias del caso y de lo determinado en el artículo 88 de la Ley de Procedimiento Administrativo, determina que deban pararle los correspondientes perjuicios a quien con su conducta omisiva, desde todos los puntos de vista, impidió el debido acreditamiento de la evaluación concreta en su momento oportuno que hoy no sería ya factible realizar y por ello debemos considerar como cifra inicial de la que debemos partir para fijar la indemnización, la suma reclamada en 1970 por el demandante, esto es de 1.266.862 [7.613,99 €] (1.169.000 [7.025,83 €] más 97.862 [588,16 €]) PTA, si bien de esta cantidad procede detraer, cual señala el Consejo de Estado, los bienes materiales existentes en la agencia, ya que los mismos, al no perderlos el reclamante por la medida adoptada, pudieron ser realizados, desde el cierre de la frontera hasta el 1 de enero de 1970, en que se formalizó la baja del negocio, pareciendo prudente calcularlos en un porcentaje ascendente al 25 por 100 del valor del negocio, esto es en 292.250 PTA [1.756,46 €], con lo cual la indemnización procedente asciende, salvo error u omisión, a 974.612 [5.857,54 €] (876.750 [5.269,37 €] [1.169.000 - 292.250] más 97.862) PTA, cuya cantidad habrá de ser actualizada desde el año 1970 hasta la fecha de esta resolución conforme al incremento que haya habido en el Índice de Precios al Consumo, pero sin que haya lugar a reconocer el interés legal correspondiente, también peticionado, por cuanto la actualización monetaria, al momento actual, enjuga y determina en supuestos como el presente, la improcedencia de aquél, cual reiteradamente ha proclamado esta Sala, todo ello sin perjuicio de reconocer el interés legal de la cantidad señalada como indemnización desde la fecha de la sentencia hasta el momento del efectivo abono de la misma».

De igual modo, la STS de 20 de julio de 1999 (ponente XIOL RÍOS): «No es posible olvidar que el peticionario, ya en la primera reclamación que fue registrada de entrada el 1 de junio de 1970, cifró el valor de su negocio (atendido el valor de las existencias, instalaciones, volumen anual de operaciones y consiguientes beneficios obtenidos) en 1.239.474 PTA [7.449,39 €], añadiendo por los perjuicios derivados del mantenimiento del negocio en Gibraltar (rentas, impuestos, luz, etc.) la suma de 110.000 PTA [661,11 €] (con un total de 1.349.474 PTA [8 110,50 €]), y que en el mismo escrito, dos veces distintas, [apartados 5.º, párrafo b), y 7.º] ofreció "las pruebas que, a este objeto de evaluación, se consideren precisas, incluso la pericial" y "los medios de prueba que se estimen pertinentes para aseverar las manifestaciones consignadas en este escrito". La Administración no adoptó decisión alguna al respecto y esta inactividad se mantuvo en la práctica hasta el 27 de septiembre de 1995, fecha en que adoptó la resolución impugnada en el recurso contencioso-administrativo. Estas circunstancias, unidas al hecho, más trascendente aún, de que aquélla no acordó la apertura de un período de prueba, desde luego procedente en razón del "ofrecimiento" de pruebas formulado por el reclamante, de las concretas circunstancias del caso y de lo determinado en el artículo 88 de la Ley de Procedimiento Administrativo, determinan que deban pararle los correspondientes perjuicios a quien con su conducta omisiva, desde todos los puntos de vista, impidió el debido acreditamiento de la evaluación concreta en el momento oportuno, que hoy no sería ya factible realizar». «Por ello debemos considerar como cifra inicial de la que debemos partir para fijar la indemnización la suma reclamada en 1970 por el demandante, esto es la de 1.349.474 PTA (1.239.474 más 110.000 PTA). De esta cantidad procede detraer, cual señala el Consejo de Estado, los bienes materiales existentes en el establecimiento, ya que los mismos, al no perderlos el reclamante por la medida adoptada, pudieron ser realizados. Parece prudente, dada la naturaleza y circunstancias de la actividad, calcularlos en un porcentaje ascendente al 75 por 100 del valor del negocio, esto es en 929.606 PTA [5 587,04 €], con lo cual la indemnización procedente asciende a 419.869 [2.523,46 €] [(1.239.474 menos 929 606) más 110.000] PTA. A su vez, esta cantidad habrá de ser actualizada desde el año 1970 hasta la fecha de esta resolución conforme al incremento que haya habido en el índice de precios al consumo».

La diferencia en el porcentaje de reducción radica en el carácter más o menos perecedero de los productos almacenados.

[22] STS de 14 de febrero de 1998 (ponente PECES MORATE): "El perjuicio causado por la ejecución de las obras, consistente en la reducción de las ganancias o lucro cesante producido por la disminución de las ventas, es un daño antijurídico que, según lo expuesto, la titular del establecimiento no tenía obligación de soportar en beneficio de la colectividad, sin que fuese meramente hipotético sino cierto y real, como lo demuestra el dictamen pericial emitido contradictoriamente en la primera instancia, en el que se han contrastado las ventas de los años inmediatamente anteriores, que, aunque habían venido aumentando progresivamente, se vieron drásticamente reducidas a partir de la ejecución de las obras y no se recuperaron después hasta inducir a la titular al traslado de su negocio a otro lugar de la ciudad». «Sin embargo, no podemos compartir la decisión de la Sala de instancia respecto a la cuantificación del perjuicio, ya que ha fijado como tal el importe en que las ventas disminuyeron globalmente a pesar de que esa cantidad debe reducirse con los costes ordinarios, por lo que en el propio informe pericial, emitido en juicio, se consideró que la pérdida ocasionada por la disminución de las ventas fue de 1.580.000 PTA, cantidad que debe tenerse como el lucro cesante producido con la ejecución de las obras, siendo razonable la hipótesis que plantea el perito procesal relativa al incremento de ventas en el año 1985 respecto del año 1984, que permite afirmar que el progreso en las mismas habría de mantenerse durante los años 1986 y 1987, en que se observó un notable descenso a partir del inicio de las obras por la Administración demandada y apelante".

Esta sentencia resulta de mucho interés en cuanto a la prueba del lucro cesante, el cual se funda en parte, como puede verse, en los cálculos de un perito sobre la previsión de aumento de ventas.

El artículo 219 de la LEC se refiere a las sentencias con reserva de liquidación[23]. Pero, en todo caso, resulta aplicable el artículo 71 d) LJCA, con arreglo al cual:

"Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. 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".

La jurisprudencia ha venido usualmente aplicando este precepto para la determinación de la cuantía de la indemnización reconocida por responsabilidad patrimonial de la Administración.

5) Daño individualizado y económicamente evaluable. El daño debe ser individualizado, de manera que quedan excluidos los daños generales (los derivados de una devaluación o el cambio de régimen de los precios, por ejemplo).

Y ha de ser también evaluable económicamente, pudiendo afectar a cualquier clase de bienes y derechos, incluyendo tanto los daños materiales como los personales o incluso morales. La inclusión de los daños morales tardó en admitirse por la jurisprudencia, a pesar de la tradición penalista y civilista. Lo fueron desde 1975, tímidamente, y luego, a partir de la STS de 26 de septiembre de 1977, su inclusión fue constante.

[23] El artículo 218 de la LEC dispone lo siguiente. «Sentencias con reserva de liquidación».

«1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética».

«2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución».

«3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades».

5. LA IMPUTACIÓN Y SUS CRITERIOS

5.1. Concepción amplia del servicio público

Para que exista responsabilidad de la Administración debe haber una lesión imputable a las Administraciones Públicas, mediando una relación de causalidad.

La imputación implica que el servicio o la persona causante de la lesión han de encontrarse integrados en la organización administrativa de que se trate. Esta integración no plantea problemas cuando el daño procede anónimamente de un servicio administrativo, o personalmente de un funcionario que obra en el ejercicio de su cargo. En este caso la Administración cubre la responsabilidad del funcionario sin perjuicio de la utilización posterior de la vía de regreso cuando el causante del daño actúa con culpa o negligencia grave (artículo 145.2 de la Ley 30/1992).

La cobertura de la Administración se refiere no sólo a los funcionarios en sentido estricto, sino, como un criterio más amplio, a cualquiera que ejercite funciones públicas integradas en la organización, y, por tanto, también a la autoridades políticas y personal laboral contratado.

La lesión imputable a la Administración lo ha de ser por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en sentido orgánico y no funcional. Esta integración no se daría, en opinión mayoritaria en el supuesto de ejercicio privado de funciones públicas (notarios, taxistas, prácticos de puertos..., aunque en relación con estos últimos hay, al menos, dos sentencias que reconocen la responsabilidad administrativa).

La expresión funcionamiento de los servicios públicos se considera equivalente a actividad administrativa. Es preciso la acción o el tráfico jurídico ordinario de una Administración, sus autoridades, funcionarios o empleados, para que pueda hablarse de responsabilidad imputable a aquélla[24].

[24] STS de 17 noviembre de 1998 (ponente XIOL RÍOS): "Esta Sala tiene reiteradamente declarado que se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal (Sentencias de 13 septiembre 1991, 11 mayo 1992, 23 febrero 1995, 25 mayo 1995, 18 diciembre 1995, 25 octubre 1996, 15 diciembre 1997, 4 mayo 1998 y 19 junio 1998, entre otras)". "La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado determina la caducidad del motivo de casación que estudiamos, pues aceptado como hechos fijados por la Sala de instancia y, por ende, inamovibles en el recurso de casación, que el Ayuntamiento de Canals, respondiendo a una arraigada tradición, in-

El problema surge cuando se trata de actuaciones de la Administración en régimen de Derecho privado. Conforme al artículo 144 de la Ley 30/1992, "*cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentren. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes*".

Con la referida remisión, la Ley opta por la unificación de régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sin discriminar su actuación en régimen de derecho público o privado en correspondencia con la unidad de fuero establecido ya, en la versión originaria, en el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, según el cual: "*la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, agota la vía administrativa*" y es recurrible en vía contencioso-administrativa.

Por su falta de integración en la organización, se excluye de la cobertura y de la imputación a la Administración la actividad estrictamente privada de los funcionarios públicos. La razón es que en estos casos no hay relación de servicio. En alguna ocasión, no obstante, ha surgido la duda en el caso de aquellos funcionarios que están permanentemente de servicio o en total dedicación, singularmente los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, si el daño se produce, p.ej., con el arma cuya posesión se justifica por el hecho de ser funcionario y estar disponible para el servicio en cualquier momento. Lo decisivo para la imputación al ente público es el servicio: la total dedicación no debiera servir de base para atribuir la responsabilidad al Estado, cuando el delito o falta cometidos por el agente público se halla desconectado del servicio policial que le es propio. Ahora bien, tanto la jurisprudencia penal como la jurisdicción contencioso-administrativa, han admitido la responsabilidad del Estado derivada de la actuación de funcionarios de policía. La STS de 25 de abril de 1986 (ponente MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN) admite la responsabilidad estatal en un supuesto en que la acción del funcionario de policía se hallaba desvinculada del servicio. Por el contrario, en otra, de 20 de mayo de 1986 (ponente GARCÍA ES-

cluye el disparo del castillo en su programa de festejos correspondiente al anexo de Ayacor, como actividad popular que fomenta y patrocina, no cabe duda de que concurren las características propias de las actividades que tantas veces hemos considerado como incursas en el ámbito del servicio público a efectos de responsabilidad patrimonial, aun cuando la actividad de organización directa corresponda a los llamados festeros y se encargue a una empresa privada, pues no cabe duda de que aquéllos y ésta aparecen a los efectos del desarrollo de estas actuaciones que el Ayuntamiento incluye en su programa de actividades, fomenta y patrocina, como incardinados en la organización municipal".

TARTÚS), en un caso similar, asume la solución contraria por entender que se trata de daños ajenos al servicio.

Una STS de 27 de mayo de 1987 (ponente TRILLO TORRES), después de considerar los hechos como ajenos a la misión y funciones del servicio policial, concede la indemnización solicitada al ampliar la responsabilidad pública sobre la base del "*riesgo específico, grave y peculiar cuyo origen se encuentra en el concreto sistema de organización y funcionamiento del propio servicio que impone la Administración por considerarla la opción más acorde con el interés público. Es decir la imputación por riesgo; por el riesgo en este caso, de que la organización del servicio público policial autorice a los funcionarios portar permanentemente su arma reglamentaria*".

La fórmula de imputación por la Constitución y la Ley (artículos 106 CE y 139 LRJ y PAC) incluye tanto el daño causado de forma lícita como el producido ilegítimamente (todos los supuestos de daños causados por actos administrativos declarados posteriormente ilegales: revocación de licencias, suspensión de obras, clausura de establecimientos etc.). Es indiferente la calificación del funcionamiento del servicio público como normal o anormal (STS de 27 de junio de 2006, ponente ROBLES FERNÁNDEZ).

Incluye también tanto los daños causados por una persona concreta perfectamente identificada como el daño anónimo imputable al servicio, a la Administración que lo gestiona: daños por defectos de obras públicas o de instalación de servicios (caída de un muro, falta de desagüe, mal funcionamiento de una instalación de alumbrado, mal estado de la carretera por ausencia de señalización, por presencia de gravilla, de un bache, etc.).

Incluye tanto el mal funcionamiento del servicio, como el funcionamiento tardío o la ausencia de funcionamiento, para cuya verificación es preciso un elemento de cotejo, un estándar medio o comparativo que, en la práctica, es fijado en cada caso por los Tribunales. Este es uno de los elementos menos precisos del sistema porque es difícil señalar el listón en los casos de mal funcionamiento o de funcionamiento tardío.

En la STS de 17 de noviembre de 1998 (ponente XIOL RíOS) se contempla la responsabilidad patrimonial de un Ayuntamiento por daños corporales causados por explosión de fuegos artificiales en fiestas organizadas a través de terceros. Afirma la Sala del Tribunal Supremo que tiene reiteradamente declarado que se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la

organización municipal (Sentencias de 13 de septiembre de 1991, 11 de mayo de 1992, 23 de febrero de 1995, 25 de mayo de 1995, 18 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1996, 15 de diciembre de 1997, 4 de mayo de 1998 y 19 de junio de 1998, entre otras).

5.2. Inactividad de la Administración

La imputación por omisión, inactividad o retraso de la Administración plantea numerosos problemas. Cada vez existen más fallos jurisprudenciales sobre ello, aunque todavía no una doctrina sólida.

La omisión o inactividad, por ejemplo, está en la base de algunas Sentencias de la serie sobre accidentes por falta de señalización o mal estado de las carreteras. También el algunas relacionadas con lesiones por la acción de las fuerzas de seguridad, en las que se alude a la falta de previsión policial que hubieren hecho innecesario el disparo que dio lugar a dos muertes (SSTS de 18 de diciembre de 1985 y 29 de abril de 1986) o a la ausencia de protección de una manifestación en la que se produjeron enfrentamientos (STS 28 de octubre de 1986). Una STS de 16 de septiembre de 1983 concedió una importante indemnización (más de 100 millones de las antiguas pesetas) por la invasión de una concesión marisquera por parte de una multitud, imputándose al Estado los daños por inhibición, "*dejación absoluta de autoridad*".

La responsabilidad por omisión, inactividad o retraso adolece de incertidumbre porque no existen pautas, reglas y parámetros suficientes de referencia. En este punto cabe plantearse: ¿Cuántas veces hay que limpiar una alcantarilla, revisar una instalación, inspeccionar una obra, señalizar o revisar el firme de una carretera, para poder determinar que existe o no responsabilidad patrimonial?, ¿cómo vigilar a un interno para que no se suicide[25]?

[25] STS de 26 de noviembre de 1998 (ponente GONZÁLEZ RIVAS): "Todos estos elementos circunstanciales propiciaban la adopción, por parte de los Servicios Públicos Penitenciarios, de las medidas necesarias, al haberse detectado con anterioridad a producirse los hechos reseñados en el Auto de procesamiento que, con carácter provisional, acuerda el 1 de septiembre de 1986 su ingreso en prisión, ratificando anterior Auto de prisión provisional de 20 agosto 1986, unas probadas anomalías psíquicas que tenían que haber supuesto un imprescindible control médico exigible e incumplido por parte de la administración, máxime cuando en el centro penitenciario en el que ingresa, ninguno de los miembros del equipo de observación y tratamiento posee titulación médica o sanitaria específica en el ámbito psiquiátrico, como dice el informe de la Dirección del Centro Penitenciario de La Coruña de 25 de febrero de 1991 y además, desde el momento de su detención, no fue atendido por ningún médico psiquiatra ni fue remitido a ningún Centro Psiquiátrico al no considerarlo necesario el equipo médico, según consta en el informe del Servicio Médico del Centro de La Coruña de 14 de febrero de 1991". "En suma, existió una omisión imputable a la administración penitenciaria causante de un resultado, sin ruptura del nexo causal, pues se trata de un suicidio respecto del cual debieron adoptarse medidas previas de control médico [...]".

Incluso se ha llegado a hacer derivar la responsabilidad del Estado por omisión o tardanza cuando ha explosionado una bomba colocada por unos terroristas produciendo muertes y heridos. Ciertamente es loable que la sociedad y el Estado que la representa se haga cargo de aliviar económicamente a los que han sufrido el daño. Pero, posiblemente, no en términos de responsabilidad, sino de asistencia. Porque si no el sistema no tendría límites. Precisamente para las indemnizaciones a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas cabe hacer mención al Real Decreto 673/1992, de 19 de junio, que la doctrina y la mayoría de la jurisprudencia sitúa no en la esfera de la responsabilidad administrativa, sino en la de indemnizaciones legislativas derivadas de la asunción asistencial de ciertos riesgos colectivos. En la misma línea están las previsiones para indemnizar a los extranjeros que sufran daños en sus vehículos de transporte de mercancías o de viajeros por acciones violentas e indiscriminadas (Ley 52/1984, de 26 de diciembre).

La STS de 27 de enero de 2009, (caso GESCARTERA, ponente HERRERO PINA) se refiere a la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por la inactividad o retraso de un órgano de control, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el ejercicio de sus funciones y facultades. Para dicho análisis, mantiene el Tribunal Supremo, ha de tenerse en cuenta el marco jurídico en el que se desenvuelven las operaciones y actuaciones de que se derivan el daño o perjuicio[26].

[26] «Inicialmente y como precisa la sentencia de la Sala Primera de 20 de enero de 2003, los encargos conferidos por los inversores a las empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros, constituye "un contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, que responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (artículo 244 del Código de comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad". Razona la Sala en otro momento que "conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como

La Ley establece un órgano encargado de controlar que el funcionamiento del sistema se ajuste a las previsiones legales, atribuyéndole distintas facultades al efecto, cuyo ejercicio u omisión puede dar lugar a responsabilidad de la Administración en la medida que se acredite la existencia de una lesión o daño imputable a tal ejercicio u omisión en relación de causa a efecto. En este caso el órgano se concreta en la creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Título II, Capítulo Primero) a la que se encomiendan las funciones de supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas o jurídicas se relacionan con el tráfico de los mismos, así como el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora (artículo 13), que incluye la adopción de las correspondientes medidas cautelares, además de otras funciones como la protección de los inversores, velar por el cumplimiento de las normas de conducta y de cuantas obligaciones y requisitos se exigen en la Ley, como indica la exposición de motivos.

Ahora bien, tal actividad de control no convierte al órgano en operador del mercado ni traslada al mismo las obligaciones y subsiguientes responsabilidades exigibles a dichos operadores, caso de las

---

si fuera propio" y concluye, tras otros argumentos, en la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados. Se trata por lo tanto de una relación contractual de derecho privado de cuyo cumplimiento y efectos responden las partes según las obligaciones que del mismo resultan para cada una de ellas.

Pero tales operaciones contractuales privadas enlazan con el ámbito público en cuanto se integran en el mercado financiero, quedando sujetas a la normativa específica, establecida en garantía del interés público en el adecuado funcionamiento del sistema económico, que se proyecta sobre el alcance e instrumentalización de las distintas operaciones, los mercados, los agentes intervinientes y los órganos de supervisión, teniendo su expresión fundamental, en lo que afecta al caso, en la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores.

En lo que aquí interesa, que es el régimen de prestación de los servicios de inversión y régimen de supervisión, inspección y sanción, incluidos en el ámbito de la Ley (artículo 1), se reserva la prestación de tales servicios de inversión a empresas que desarrollan la actividad con carácter profesional (artículo 62.1), con el fin de proteger los intereses de los inversores, según indica la exposición de motivos, empresas que, perteneciendo a alguna de las clases señaladas en la Ley (artículo 64) lo que determina el tipo de operaciones que pueden realizar, quedan sujetas al régimen legal de acceso a la actividad, mediante la correspondiente autorización y cumplimiento de determinados requisitos financieros, así como la observancia en el desarrollo de la actividad de las normas de conducta que la Ley dispone (Título VII, Capítulo Primero), de cuyo cumplimiento resultan responsables frente al inversor en virtud del correspondiente contrato, en cuanto incida en la efectividad y desarrollo del mismo -cuyos riesgos se asumen por las partes y a los que no es ajena la confianza depositada en la profesionalidad de la entidad que presta el servicio- y frente a la Administración, en cuanto incurra en las infracciones tipificadas en la Ley, perseguibles mediante la apertura del correspondiente expediente sancionador, en el ejercicio de las potestades de tal naturaleza legalmente atribuidas a la Administración, incluidas las medidas cautelares pertinentes (Título VIII, Capítulo Segundo)».

sociedades de gestión de cartera o las agencias de valores, por la forma en que desarrollan su actividad al gestionar el encargo de los inversores, con un resultado negativo o perjudicial.

La actividad de control en sus distintos aspectos, se dirige a propiciar que la entidades de prestación de servicios que operan en el mercado reúnan los requisitos legalmente exigidos y ajusten su actividad a las normas de actuación dispuestas en la Ley, así como dar respuesta a los incumplimientos sancionando las infracciones cometidas e impidiendo, en su caso, el mantenimiento de la situación, adoptando las medidas que la Ley permita al efecto, bien entendido que la garantía no es absoluta y que, como indica la STS de 16 de mayo de 2008 (ponente DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), "la función que la ley encomienda a la CNMV es supervisar e inspeccionar los mercados de valores y, en los términos ya explicados, asegurar la transparencia de los mismos. En ningún caso puede concebirse a la CNMV como garante de la legalidad y prudencia de todas las decisiones de todas las agencias de valores, ni menos aún como garante de que los clientes de dichas agencias de valores no sufrirán pérdidas económicas como consecuencia de decisiones ilegales o imprudentes de éstas. La mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular".

No puede, por lo tanto, exigirse del órgano de control la garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema, en el que resulta determinante la actitud y conducta de los distintos operadores del mercado, de manera que la simple apelación al ejercicio de las facultades de supervisión no constituye título suficiente para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La responsabilidad del órgano de control ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades, para lo que ha de tenerse en cuenta, además de la actitud e intervención de los distintos operadores, la naturaleza de las mismas y su incidencia en el funcionamiento del mercado, así como los intereses de los inversores, que trata de proteger, y que pueden exigir y justificar una valoración del riesgo que el ejercicio de dichas facultades pueda representar para el mercado y los perjuicios desproporcionados que pueda representar para los intereses de los distintos afectados; y, todo ello, en congruencia con el criterio general en relación con supuestos en los que se invoca la inactividad de la Administración, en el sentido que no resulta exigible una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacio-

nados con el servicio, como se desprende de la STS de 20 de junio de 2003 (ponente LECUMBERRI MARTÍ), lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, desarrollo de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio. En otros términos, la responsabilidad del órgano de control vendrá determinada por la imputabilidad del daño, en relación causal, a la omisión de aquellas actuaciones que razonablemente le fueran exigibles adoptar en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce para el cumplimiento de su función o al ejercicio inadecuado de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, lo que supone una valoración propia de un órgano técnico como la CNMV, con respeto a ese ámbito de decisión, salvo que se produzca un ejercicio arbitrario o injustificado, erróneo en sus consideraciones fácticas o contrario a la norma.

Desde estas consideraciones y por lo que se refiere a que la intervención de GESCARTERA se acordó por la Administración de forma tardía en junio de 2001, cuando el supuesto de hecho determinante de la misma existía, al menos, desde diciembre de 1998, señalando la ineficacia de las actuaciones llevadas a cabo por la CNMV durante ese periodo de tiempo, conviene tener en cuenta el alcance de dicha medida, que el artículo 107 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, permite, por remisión a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), en cuyo artículo 31 previene que:

"1. Únicamente cuando una entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia, podrá acordarse la intervención de la misma o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección. Estas medidas se mantendrán hasta que se supere la situación mencionada.

2. Lo dispuesto en el núm. 1 de este artículo será también aplicable en aquellos casos en que, existiendo indicios fundados de que concurra la situación de excepcional gravedad a que el mismo se refiere, la verdadera situación de la entidad de crédito no pueda deducirse de su contabilidad.

3. Las medidas de intervención o sustitución a que se refiere este artículo podrán adoptarse durante la tramitación de un expediente sancionador o con independencia del ejercicio de la potestad sanciona-

dora, siempre que se produzca alguna de las situaciones previstas en los dos números anteriores"[27].

Como se indica en la citada STS de 16 de mayo de 2008 (ponente DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), dicha facultad de intervención se configura como una medida verdaderamente extraordinaria, que sólo puede y debe adoptarse cuando la entidad se encuentre en la situación excepcional que se describe en el precepto, a cuyo efecto la CNMV, como órgano competente, goza del margen de apreciación necesario para evaluar las circunstancias del caso de acuerdo con su experiencia y conocimientos técnicos, ponderando la conveniencia y oportunidad de llevar a cabo aquellas actuaciones que aconseja el prudente ejercicio de una facultad de incidencia tan importante en el mercado de valores como es la intervención de una empresa operadora, de manera que el artículo 31 de la LDIEC "sólo impone un deber jurídico de intervenir a la CNMV en aquellos casos en que sea absolutamente evidente que no cabe adoptar otra medida alternativa".

Se desprende de todo ello, que la adopción de la medida de intervención por la CNMV en dicha fecha y no otra anterior es el resultado de la ponderación de las sucesivas actuaciones sobre la entidad, en un ejercicio razonable de las facultades que al efecto le atribuye el invocado artículo 31 de la LDIEC, que no puede entenderse desvirtuado por una apreciación de la situación financiera de la entidad que no era cierta, pues ello fue consecuencia de la actuación falsaria de los directivos de la misma y una entidad de crédito, que presentaron certificaciones atri-

[27] En este caso la actuación de la CNMV sobre Gescartera se ha mantenido de manera constante desde 1995, llevando a cabo sucesivas visitas de inspección y subsiguientes requerimientos, con el resultado que señala la sentencia de instancia, que se ha reflejado antes, y que también señala la propia recurrente, la cual en su reclamación refiere a febrero de 1999 el momento en que la CNMV detecta el descuadre de aproximadamente 4.500 millones de pesetas, desde cuya fecha se suceden las actuaciones de la CNMV que se han descrito antes, con reiterados requerimientos a Gescartera, respuestas de la entidad y compromisos que no satisfacen las exigencias de la CNMV, cuyo Consejo acuerda el 6 de abril de 1999 la incoación de expediente sancionador a la entidad, Consejero Delegado y Director, por infracción muy grave de obstrucción a la actuación inspectora durante la visita de inspección iniciada en diciembre de 1998, y el 16 de abril de 1999, en reunión extraordinaria, amplia el expediente a la infracción muy grave por inobservancia de la obligación de tomar las medidas adecuadas, en relación con los valores y fondos que les han confiado sus clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebida de aquellos, y a otra infracción muy grave por carecer de la contabilidad y registros legalmente exigidos o llevados con vicios o irregularidades esenciales de tal manera que impidan conocer la situación financiera y patrimonial de la entidad. En la misma sesión se reiteró el cumplimiento de un requerimiento anterior para que la entidad procediera a individualizar los fondos de determinada cuenta entre los correspondientes clientes, debiéndose abstener, entre tanto no se acredite ante la CNMV que se ha procedido a dicha individualización, de realizar disposiciones de fondos o nuevas aportaciones en dicha cuenta. Se suceden los requerimientos y respuestas de la entidad, con nueva visita en noviembre de 1999, en la que se efectúan distintas apreciaciones sobre la materialización del patrimonio gestionado en diversas cuentas, incluida una global por importe de 3.949 millones de pesetas, aunque se man-

buidas a la correspondiente entidad bancaria que no respondían a la realidad, lo que no se apreció en ese momento sino transcurrido el tiempo en virtud de la correspondiente persecución penal que ha dado lugar a condena en sentencia de la Audiencia Nacional (no firme) de 25 de marzo de 2008, no sólo respecto de los directivos de la Agencia de Valores sino de los de la Agencia de la Entidad de Crédito autores de tales documentos, que llevaron en su momento al órgano de control a apreciar una situación financiera de la entidad inspeccionada que no era cierta, órgano que llevó a cabo múltiples actuaciones encaminadas a la averiguación y corrección de la situación financiera de la entidad intervenida, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora, y adoptando la medida de intervención cuando se comprobó la actuación falsaria de la entidad, permitiendo apreciar la gravedad de la situación y la ineficacia de las medidas alternativas que se venían adoptando.

6. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS

En el caso de concesionarios y contratistas, conforme al artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, son aquellos los que están obligados a indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las

tienen descuadres no aclarados, comprometiéndose la entidad a subsanar los mismos y a depositar el patrimonio de cada cliente en cuentas individualizadas a fecha 31 de marzo de 2000, a cuyo efecto en visita de inspección girada entre el 3 y 17 de abril de 2000, se valora positivamente las justificaciones dadas por la entidad sobre el patrimonio gestionado y el depósito de las cantidades líquidas en cuentas individualizadas de los clientes, quedando a cero el saldo de la citada cuenta global y valorando el esfuerzo hecho para eliminar debilidades en los procedimientos detectadas con anterioridad, aunque se indica la necesidad de mejorar distintos aspectos, recogiéndose igualmente aportación de informes de la auditoria de cuentas sin salvedad alguna y reflejándose en la resolución sancionadora de 13 de julio de 2000, que se excluye la infracción a que se refería la ampliación del expediente de 16 de abril de 1999 al valorar la voluntad de la entidad de cumplir con lo requerido, de manera que "al 31 de marzo de 2000 la totalidad de los valores y liquidez de clientes está depositada en cuentas desglosadas e individuales de estos con apoderamiento para la sociedad gestora", y es con ocasión del requerimiento efectuado el 19 de abril de 2001, motivado por los primeros datos proporcionados tras la inscripción de la entidad como Agencia de Valores, referido al cumplimiento del coeficiente de liquidez y al depósito de los saldos de efectivo por cuenta de sus clientes de gestión de cartera, que ascendían a 6.995 millones de pesetas, cuando la entidad aporta el 25 de mayo certificado de la Caixa relativo a 4.342 millones de pesetas y el 14 de junio de 2001 certificado del Banco de Santander por importe de 2.615 millones de pesetas, ofreciendo este último dudas sobre su autenticidad, por lo que la CNMV solicitó de ambas entidades su acreditación, respondiendo en la tarde de dicho día 14 de junio de 2001 señalando que no habían emitido tales certificados, procediendo el mismo día el Consejo de la CNMV a adoptar el acuerdo de intervención de Gescartera.

operaciones que requiera la ejecución del contrato. Ahora bien, cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable. Y también lo será cuando los daños causados a terceros sea consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por la Administración en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

Por tanto, conforme a dicho precepto y al artículo 1.3 del RD 429/1993, de 20 de marzo, la indemnización corresponde, como regla general, a los mismos concesionarios o contratistas, salvo en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento por éste. En el caso de los contratistas también se vincula la responsabilidad a la Administración cuando los daños sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. Sin embargo, se establece una acción arbitral de la Administración a la que se ha dirigido la reclamación. Y será esa Administración la que resolverá tanto la procedencia de la indemnización como sobre quien debe pagarla, dejando abierta la vía contencioso-administrativa que podrá utilizar el particular si la Administración deniega la indemnización, y en su caso el concesionario o contratista, si la Administración resuelve que son ellos los que deben pagar.

Respecto de ellos parece plenamente aplicable el principio de acumulación de acciones previsto en la LOPJ, puesto que su régimen determina que sea la Administración la competente para decidir sobre su responsabilidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo extiende el mismo régimen a los beneficiarios de la expropiación forzosa, en cuanto a los daños o perjuicios causados por la demora en la fijación y el pago del justiprecio se refiere (SSTS de 8 de marzo de 1997 y de 3 de mayo de 1999[28]).

[28] STS de 3 de mayo de 1999 (Ponente PECES MORATE): "la responsabilidad por demora en la tramitación del justiprecio, contemplada por los artículos 56 de la Ley de Expropiación Forzosa, 71 y 72 de su Reglamento, no es sino una manifestación concreta de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por anormal funcionamiento del servicio público, establecida con carácter general por los artículos 121 y siguientes de aquella Ley, con una específica regulación de la misma, que cuando es imputable al beneficiario debe ser declarada y fijada por el Jurado (artículo 72.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa) e incluso por la Administración expropiante en aplicación de lo dispuesto por el artículo 123 de dicha Ley de Expropiación Forzosa, según declaramos en nuestra Sentencia de 8 de marzo de 1997, ya que esta Sala ha reconocido en sus Sentencias de 11 de octubre de 1991, 25 de octubre de 1993 y 10 de junio de 1995, que existe idéntica ra-

La STS de 20 de octubre de 1998 (ponente XIOL RÍOS), se refiere la denegación presunta, por el Ayuntamiento de Archena (Murcia), de la indemnización solicitada por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, en razón de los daños causados en una finca rústica como consecuencia de la quema o combustión de las basuras municipales depositadas en otra colindante: "*Para fundar la apelación pretendida se aduce sustancialmente que los daños y perjuicios, cuyo abono fue solicitado, se produjeron con ocasión de la prestación de un servicio público, deviniendo por ello obligada la corporación local demandada a satisfacerlos, como en supuestos similares tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 13 de febrero de 1987 y 9 de mayo de 1989". (...) "En la segunda de las sentencias citadas, se efectúa un pormenorizado estudio, en relación con la responsabilidad patrimonial prevista en los artículos 121 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, cuyo supuesto «hay que ponerlo en relación con el ámbito material en que aparece inserto, o sea en la responsabilidad extracontractual de la Administración pública», que aparece [aparecía] regulado más ampliamente en los artículos 106.2 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado –aplicable por razones temporales al supuesto enjuiciado–. No podemos tampoco prescindir de lo establecido en la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, según la cual las corporaciones locales se rigen, en cuanto a la responsabilidad patrimonial por la legislación del Estado, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución. El artículo 54 de dicha Ley concreta que las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa [...] Con las perspectivas resultantes de cuanto hemos expuesto sucintamente en el fundamento anterior, recordando nuestra expresa referencia o remisión a la sentencia de 9 de mayo de 1989, hemos de contemplar ahora los hechos básicos que se alegan como determinantes de la indemnización solicitada y que sintéticamente podemos sistematizar afirmando que las basuras son recogidas y transportadas por un concesionario de tal servicio a fincas de propiedad particular colindantes con la perteneciente a la actora, en las cuales son aquellas depositadas y se ha producido la combustión, causa próxima de los daños causados. Tales hechos, depósito y combustión, tienen lugar*

---

zón para determinarse por la Administración la responsabilidad del concesionario de un servicio público en sentido estricto que para declarar la del beneficiario de la expropiación, que no es sino un concesionario de ésta al asumir un protagonismo material y jurídico de la misma naturaleza que el concesionario de servicios públicos".

constante el servicio público de basuras, aunque en la cláusula d) del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas para el concurso de arrendamiento del servicio de Recogida de Basuras domiciliaria, se reconoce al concesionario el «transporte de todos los residuos recogidos al vertedero o centro de eliminación que el Ayuntamiento determine». El Ayuntamiento es competente y ha de ejercer las potestades enderezadas a la prestación del servicio de limpieza diario y tratamiento de residuos según determina la ya citada Ley 7/85, y consecuentemente habrá de responder de los daños y perjuicios que el mentado servicio público causa a los particulares, siempre que concurran los requisitos exigidos y sin que sea posible quedar exento de responsabilidad so pretexto de la actuación del concesionario, al cual, como decíamos, sólo correspondía el traslado de los residuos al vertedero o centro de eliminación que el Ayuntamiento señale. La Administración, si se da aquella concurrencia, responde directamente, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico y 54 de la Ley Básica Estatal de Régimen Local, sin perjuicio, claro es, de que la Administración, en su caso, pueda repetir contra el concesionario [...] Los presupuestos determinantes de la responsabilidad pretendida en el proceso, de conformidad con lo dispuesto en artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado –que constituye el régimen aplicable en el momento de producirse los hechos aducidos y cuyo precedente fue el artículo 121 de la de Expropiación Forzosa–, son, cual con reiteración viene proclamando la jurisprudencia, a) la lesión sufrida por el particular en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real y susceptible de evaluación económica; b) que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y c) que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que concurra fuerza mayor, debiendo siempre tenerse presente que «la Administración no puede desentenderse de los daños causados por el concesionario de los cuales responde directamente» (sentencia ya citada de 9 de mayo de 1989) [...] El informe pericial emitido en el periodo de prueba abierto en el proceso y los demás elementos probatorios obrantes en las actuaciones acreditan suficientemente la existencia en la finca del recurrente de una pluralidad de árboles frutales que han sufrido defoliaciones en ramas y exudaciones de goma tanto en ramas y troncos de todos los árboles, a consecuencia de los humos calientes que vienen del vertedero contiguo al quemar las basuras, pues está en cota más baja que la finca objeto de valoración. Por ello no puede dudarse sobre la existencia de los requisitos que enunciábamos en el fundamento anterior, habida cuenta de que han resultado constatados los daños efectivos causados en los árboles por los humos del vertedero, el cual ha de ser considerado como manifesta-

ción de un servicio público, sin que tenga obligación de soportar aquellos el propietario de la finca, por lo que existe el nexo causal inexcusable entre aquel servicio y la lesión sufrida por el administrado [...] La argumentación precedente es demostrativa de que la sentencia impugnada incide en la indebida aplicación que se acusa en el escrito de alegaciones sustancialmente en relación con los artículos 121 y 123 de la Ley de Expropiación, 106 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por cuanto se afirma erróneamente que la responsabilidad directa del Ayuntamiento carece de justificación al existir un concesionario, pues sólo podría serle imputada si hubiera tenido su origen en cláusula impuesta por la Administración que fuera de ineludible cumplimiento, lo cual además está en contradicción con la doctrina jurisprudencial que citábamos con anterioridad. Consecuencia obligada de esta afirmación, es la de que procede la estimación del recurso de apelación interpuesto [...] Según hemos venido exponiendo concurren en el supuesto enjuiciado los requisitos determinantes de la responsabilidad pretendida, por lo que resulta obligada la estimación del recurso contencioso administrativo, por no ser conforme a derecho la denegación presunta impugnada [...]".

En STS de 12 de febrero de 2000 (ponente PECES MORATE) se recuerda lo establecido por los artículos 3 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y 9.4 de la LOPJ, en relación con los artículos 54 de la LBRL, 223 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, 28.1, 3ª del Decreto de 17 de junio de 1955, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 121.2 y 123 de la LEF, 137 de su Reglamento, 72.3 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, y 218.3 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, Reglamento General de Contratación, que, según tales preceptos, *"en los servicios públicos concedidos la indemnización corre a cargo del concesionario, salvo el supuesto contemplado por los mismos en que responde directamente la Administración, la que, aun no siendo ella la responsable, ha de resolver, conforme a los mencionados artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 137 de sus Reglamento, tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quien deba pagarla, cuya decisión deja abierta la vía contencioso-administrativa al particular o al concesionario, y así lo ha declarado repetidamente esta Sala, pudiéndose citar por todas la Sentencia de 9 de mayo de 1989.*

Ante la reclamación del propietario de un edificio arruinado por efecto de la rotura de la red municipal de agua potable, el Ayuntamiento demandado, en lugar de desestimar la pretensión indemnizatoria por no considerarse responsable de tal servicio, debió proceder en la forma in-

dicada por los citados artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 137 de su Reglamento, una vez oído por quince días el concesionario permitiéndole aportar los medios de prueba que estimase necesarios y sin perjuicio de la impugnación ante esta jurisdicción de la resolución adoptada, como ha expresado esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 11 de octubre de 1991, 25 de octubre de 1993, 10 de junio de 1995, 8 de marzo de 1997 y 3 de mayo de 1999 (recurso de casación 349/95, fundamento jurídico tercero), razón por la cual el recurso de apelación fue estimado.

Antes de examinar el fondo de la cuestión la sentencia se pronuncia acerca de si se puede declarar la responsabilidad de la entidad concesionaria del aludido servicio público, al no haber sido emplazada como codemandada en el proceso seguido en primera instancia a pesar de las reiteradas peticiones que al respecto formuló la representación procesal del demandante, quien solicitó expresamente la condena de aquélla.

El defecto en que incurrió la Sala de primera instancia, al negarse a emplazar a la entidad concesionaria del servicio público, fue subsanado en la segunda, en la que se emplazó le ha emplazado en calidad de condemandada mediante la entrega de todos los escritos de alegaciones presentados por las partes en ambas instancias y, una vez comparecida como tal, se le dio traslado de las actuaciones y del expediente administrativo para que, en el término de veinte días, presentase por escrito sus propias alegaciones, lo que llevó a cabo oportunamente, de manera que ha quedado a salvo el principio de contradicción, lo que permite conservar el proceso y evitar la nulidad de lo actuado, según lo dispuesto concordadamente con los artículo 240.2 y 242.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, especialmente cuando sería esta misma Sala del Tribunal Supremo la que, en cualquier caso, habría de conocer el litigio en plenitud en la segunda instancia, y, por consiguiente, no sólo no se ha causado indefensión a la referida entidad beneficiaria sino que tampoco se ha desconocido su derecho al juez predeterminado por la Ley, y así lo ha declarado la jurisprudencia consolidada, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de 3 de abril de 1993, 1 de octubre de 1994, 15 de junio de 1996, 28 de febrero y 28 de diciembre de 1998 y 17 de mayo de 1999, razón por la que debemos examinar la pretensión del demandante y ahora apelante, que se circunscribe a la declaración de responsabilidad patrimonial para el Ayuntamiento demandado o la entidad concesionaria condemandada. "De los hechos declarados probados por el Tribunal "a quo" en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, que nadie ha combatido, pues la concesionaria demandada se ha limitado en esta instancia a sostener la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer de la demanda formulada contra ella, se deduce claramente que la situación de ruina inminente del edificio, pro-

piedad del demandante, fue debida a la rotura de la red de agua potable del municipio, cuya explotación estaba concedida a la entidad Técnicas de Depuración S.A. (TEDESA) con una cláusula relativa a la conservación de las instalaciones y saneamiento a cargo de ésta, quien resultaba directamente responsable en relación a terceros de los daños personales y materiales causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios gestionados (cláusulas sexta y octava).

De los referidos hechos y de lo dispuesto concordadamente por los ya citados artículos 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, 223 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, 128.1, 3ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, 72.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y 218.3 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, se deriva la responsabilidad extracontractual de la entidad concesionaria del servicio público de suministro de agua y alcantarillado, ya que los daños y perjuicios causados no tuvieron su origen en cláusula alguna, de ineludible cumplimiento, impuesta por la Administración a la concesionaria ni fueron consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, sino que derivaron de una incorrecta conservación de la red de agua potable del municipio.

Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización, el demandante la ha cifrado en el coste de reposición de una vivienda como la demolida y en los gastos originados por el traslado, ocupación de otra vivienda en régimen de arrendamiento y retorno a la nueva vivienda que se construya.

En cuanto al primer concepto, ya reclamado en vía previa, se aportó el informe de un arquitecto técnico, que valora, el día seis de octubre de 1988, la demolición y subsiguiente construcción de otro edificio de características similares en once millones ciento noventa y ocho mil cuatrocientas ochenta pesetas, en cuya cantidad se incluyen las partidas de presupuesto de la contrata, de proyecto y dirección de la obra, visados, impuestos y licencia municipal, singularmente desglosados.

Los demás conceptos reclamados se difiere su cálculo por el recurrente a la fase de ejecución de sentencia [...]Si como consecuencia de la rotura de la cañería de abastecimiento de agua potable a la población se ha causado la ruina de un edificio, siendo precisa su demolición, la reposición del mismo constituye la forma más adecuada para reparar cumplidamente el daño material sufrido, de manera que, al haberse acreditado que en el año 1988 la demolición y su reconstrucción suponía un coste de 11.198.480 pesetas, es necesario, al no haberse abonado entonces tal cantidad, actualizarla hasta el momento de su efectivo pago, lo

que cabe llevar a cabo mediante el empleo de los índices especiales de precios al consumo para la construcción, publicados por el Instituto Nacional de Estadística. Ahora bien, de las pruebas periciales practicadas en la primera instancia, se deduce que el edificio, arruinado por efecto de las aguas filtradas desde la red de suministro, presentaba alguna deficiencia constructiva y concretamente una carga excesiva debido a un nueva planta levantada sobre la inicialmente existente, lo que, si bien no se ha demostrado que constituyese una concausa de la situación de ruina, producida exclusivamente por efecto de la rotura de la red de abastecimiento de agua, justifica que al precio de reposición deba aplicarse un coeficiente reductor para evitar el enriquecimiento sin causa que supondría sustituir un edificio defectuoso por otro nuevo, y que consideramos razonable fijar en 0'8, resultando así la cifra de ocho millones novecientas cincuenta y ocho mil setecientas ochenta y cuatro pesetas (8.958.784 pts), que habrá de actualizarse en la forma antes indicada. Con el pago de tal cantidad no resultaría indemne el propietario del edificio demolido, ya que, al tener en él su vivienda, se vio precisado de trasladarse a otra y, una vez reconstruida la suya, habrá de retornar a ésta, por lo que es de razón que quien sea el responsable de la ruina soporte también estos gastos, que se calcularán en fase de ejecución de sentencia, como se pidió expresamente en la demanda [...].

La actuación del Ayuntamiento demandado, al incumplir el deber que tenía de resolver en la forma establecida por los artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 137 de su Reglamento y después en sede jurisdiccional alegar que por tratarse de un servicio público concedido no tenía responsabilidad alguna, la cual, en su caso, sería del concesionario, es demostrativa de temeridad, por lo que, según establece el artículo 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción, ha de soportar todas las costas causadas en la primera instancia, cuyo proceso fue provocado por su incorrecta forma de proceder, pues, si tuviese que pagar las suyas el perjudicado compelido a iniciar este pleito para obtener la reparación que le es debida, resultaría gravado con una carga que reduciría la indemnización a que tiene derecho, sin que pueda condenarse a la concesionaria obligada a abonar tal indemnización porque, incorrectamente, no fue emplazada por la Sala de primera instancia, mientras que, al no apreciarse temeridad ni mala fe en las partes comparecidas en esta segunda instancia, no ha lugar a formular expresa condena respecto de las costas producidas en ella en virtud de lo dispuesto en el último precepto citado".

En la STS de 5 junio 2001 (ponente MATEOS GARCÍA) se examina el supuesto de la responsabilidad patrimonial de Autopistas, Concesionaria Española, SA, consistente en el abono al asegurado de la Compañía aseguradora actora, o bien a ésta reclamante una deter-

minada suma, en razón de los daños sufridos en un vehículo como consecuencia del choque con unas cajas que ocupaban la calzada de la autopista A-7. El Tribunal Supremo señala que concurren en el supuesto enjuiciado los requisitos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial, habida cuenta que los daños en el vehículo, no discutidos, se produjeron cabalmente como consecuencia directa e inmediata de no encontrarse la calzada libre de obstáculos. Estamos en presencia del funcionamiento de un servicio público y que la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas de Peaje, dispone en su artículo 19 que las "*indemnizaciones que procedan en los supuestos de los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* (hoy sustituido por los artículos 139 y ss. de la LRJ y PAC[29]) *y 121 de la LEF, serán de cargo del concesionario cuando los daños a que dichos preceptos se refieren sean consecuencia de la explotación del servicio concedido a no ser que sean exclusivamente imputables a cláusulas o medidas impuestas por la Administración después de haber sido adjudicada la concesión*".

En la STS 26 de marzo de 2001 (ponente LECUMBERRI MARTÍ) se aborda la responsabilidad patrimonial derivada de daños ocasionados por concesionario de servicio público municipal. En concreto, se produjo para la demandante un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado por el depósito incontrolado de escombros y materiales de desecho en vertedero municipal: "*Ciertamente la Administración solo responde de los daños efectivamente causados por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización de la actividad administrativa, pues cuando los perjuicios causados a los usuarios o terceros emanan o derivan de la actuación de los concesionarios de servicios públicos, no se imputan a la Administración concedente, salvo que el daño tenga su origen en una cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste-artículo 121.2 Ley de Expropiación forzosa-.Por ello en estos casos la responsabilidad originada es a cargo del concesionario y es administrativa y no civil y se sustancia en el ejercicio de una actividad arbitral por la Administración concedente, ante la cual dirigirá la reclamación, según preceptúan [preceptuaban] los artículos 123 LEF y 137 de su Reglamento*". No obstante, añade la sentencia, "*en el caso que enjuiciamos, el Tribunal a quo, sin desconocer el sistema legal que nuestro Ordenamiento jurídico establece, en orden a la responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos en régimen de concesión, ante la imposibilidad de trasladar directamente la responsabi-*

[29] La aclaración es nuestra.

lidad al concesionario del servicio público del vertedero de escombros, siguiendo el criterio sustentado por este Tribunal Supremo en sentencia de 28 de mayo de 1980, imputa a la Administración municipal concedente la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados al tercero, por incumplir aquélla el trámite procedimental exigido en el artículo 127.b del Reglamento de Expropiación Forzosa, dejando siempre a salvo el derecho de repetición contra el concesionario. La actitud meramente pasiva de la Administración, al no tramitar la reclamación indemnizatoria de la sociedad mercantil demandante a consecuencia de los daños sufridos por los vertidos incontrolados de escombros ocasionados por la concesionaria del servicio municipal, la entidad perjudicada, para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, tuvo que denunciar la mora a los tres meses de haber formulado su petición, y ante el silencio de aquélla, forzosa y necesariamente tuvo que dirigir su pretensión indemnizatoria contra el Ayuntamiento de Madrid, único sujeto responsable a quien se podía imputar en sede jurisdiccional el daño o perjuicio ocasionado, por concurrir los presupuestos o requisitos determinantes del instituto de la responsabilidad patrimonial, y quedar en todo caso a salvo o indemne el derecho de la Corporación concedente a través de la correspondiente acción de regreso, pues es un hecho declarado como probado por la sentencia impugnada –fundamento jurídico sexto in fine– que "no consta que los daños se produjeran después del cierre del vertedero".

La STS de 30 de octubre de 2003 (ponente SIEIRA MÍGUEZ) tiene el mismo fundamento, el alcance del párrafo segundo del artículo 134 del Reglamento de Contratos del Estado. La Sentencia comienza transcribiendo este precepto. Dice así: <<*Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras. Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios del proyecto. Las reclamaciones de los terceros se presentarán en todo caso en el término de un año ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su*

acuerdo podrá interponerse recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como dice la Sentencia de 30 de abril de 2001, Recurso 9396/96, esta Sala no desconoce que en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la sentencia de 6 de octubre de 1994: <<Una tesis que es la de la sentencia ahora recurrida, ha entendido que el artículo 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista. Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970. La segunda tesis es la que interpreta el artículo 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista>>, tesis que, entre otras, mantienen también las STS de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1.995.

Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la STS de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta "no sólo porque el texto del artículo 134 citado es clarísimo en su misma redacción literal, pues carece de sentido –pues atenta el principio de economía procesal– que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo.

La recurrente no obstante sostiene la primera de las tesis expuestas y en estos términos está, por tanto, planteado el debate ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Hemos ya anticipado cuál es la interpretación correcta –deducida de su propia redacción literal– del artículo 134 del Reglamento de contratos de 1975, aplicable al caso que nos ocupa. Así las cosas lo correcto hubiera sido proceder conforme a lo establecido en el párrafo tercero de dicho precepto, que dice: <<Las reclamaciones de los terceros se presenta-

rán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía a y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse ante la jurisdicción contencioso-administrativa>>.

Los motivos segundo y tercero en consecuencia, al basarse en otorgar un alcance incorrecto al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en cuanto establece un nuevo supuesto de responsabilidad no previsto en la Ley, que esta Sala rechaza en su mas reciente jurisprudencia, deben ser rechazados.>>

En la STS de 22 de mayo de 2007 (ponente HERERO PINA) se contemplan los siguientes hechos: "*[...] el local de la actora sufrió daños como consecuencia de las obras de ampliación del Metro, concretamente por la construcción de un pozo de compensación en la c/ Pico Espiguete entre el 27 de abril y el 20 de octubre de 1998, sin que afectara al acceso al supermercado que siempre permaneció abierto*".

En el segundo motivo de casación, formulado también al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denunciaba infracción del artículo 98 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, alegando que los actos dañosos han sido causados y reconocidos por la UTE, contratista de la obra, que es responsable de su reparación, concepto que no se reclamó en vía administrativa, por lo que debe operar de forma directa y sin necesidad de acción de repetición lo previsto en el referido artículo 98 de la Ley 13/1995.

Para resolver tal cuestión, dice la Sala 3ª del Tribunal Supremo, conviene tener presente lo que disponía el precepto invocado, artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al caso por razones temporales. Y se desprende del mismo que, *<<frente a la regla general de responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que, sin embargo, se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular de la obra y el fin público que se trata de satisfacer, e incluso en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que res-*

ponden a ordenes de la Administración o vicios del proyecto elaborado por la misma.

El propio precepto, partiendo de esta titularidad administrativa, prevé que los terceros perjudicados se dirijan al órgano contratante, que, con audiencia del contratista, determina cuál de las partes contratantes ha de responder de los daños, propiciando con ello que el interesado pueda combatir tal determinación o si la acepta ejercitar la acción correspondiente. En todo caso, la Administración ante el planeamiento del tercero perjudicado, si entiende que la responsabilidad corresponde al contratista, lo remitirá al ejercicio de la acción pertinente contra el mismo y, en otro caso, seguirá el procedimiento establecido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, cuyo artículo 1.3 dispone su aplicación "para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios".

En este caso, ante la solicitud formulada por la entidad perjudicada a la Consejería (...), en la que incluso se hace referencia a la intención de llegar a un acuerdo amistoso, la Administración, sin efectuar pronunciamiento sobre la parte contratante a la que corresponde la responsabilidad por los daños invocados, procedió a abrir el correspondiente expediente al amparo del referido artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, dictando la resolución desestimatoria que fue objeto de impugnación en la instancia.

Con tal forma de actuar, la Administración asumió la reclamación como referida a perjuicios causados a terceros, de los que se describen en el citado artículo 1.3 del R.D. 429/1993, a la vez que excluía la remisión del perjudicado al ejercicio de la acción directamente frente al contratista, al no pronunciarse expresamente sobre la parte contratante responsable, con el carácter previo que establece el citado artículo 98 de la Ley 13/1995, de manera que es la propia actuación administrativa la que determinó que no se reclamara la responsabilidad directamente del contratista y que, por lo tanto, no operara de forma directa y sin necesidad de repetición lo previsto en el artículo 98 de la Ley 13/1995, como se pretende en este motivo, que en consecuencia debe ser desestimado>>.

7. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Para que exista responsabilidad de la Administración es preciso que exista una relación de causalidad entre el hecho o acto administrativo determinante del daño y éste mismo.

La doctrina tradicional e inicialmente mayoritaria era la de exigir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva, de modo que la participación de la víctima o de un tercero en la producción del daño exoneraba a la Administración de cualquier tipo de responsabilidad. Sin embargo, dicha doctrina tradicional cambió al admitir la causalidad indirecta, mediata y concurrente, como consecuencia de la famosa Sentencia de 16 de noviembre de 1974, por la que se condenó al Estado a pagar una elevada indemnización por unas noticias difundidas en Televisión Española, entonces servicio público centralizado regulado por la Ley de Entidades Estatales Autónomas, a raíz de las cuales varios súbditos españoles sufrieron represalias y perjuicios económicos en Guinea Ecuatorial al serles impuestas multas por las autoridades de aquel país.

La STS de 27 de octubre de 1998 (ponente MATEOS GARCÍA) establece los siguientes criterios sobre la relación de causalidad:

"a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos– irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor –única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente–, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la victima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia grave de la víctima suficiente para considerar roto el nexo

de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia".

En la STS 7 de abril de 2007 (ponente MARTÍNEZ MICÓ) se trata de una reclamación de responsabilidad patrimonial fundamentada en los siguiente presupuestos fácticos: a) Con ocasión de la adopción del acuerdo de la Comisión de Precios del País Vasco de 24 de abril de 1998, finalmente anulado por la sentencia recurrida, el Consorcio recurrente no pudo, para el ejercicio 1998, actualizar sus tarifas en la medida en que propuso para el buen funcionamiento del servicio. b) La prueba practicada en autos ha puesto de manifiesto que se ha producido al Consorcio de Aguas de Bilbao-Vizcaya un perjuicio económico que asciende a 165.438.508 ptas. (994.305,46 €), cantidad en que se cifran los menores ingresos obtenidos durante 1998 por el Consorcio de Aguas de Bilbao-Vizcaya con ocasión de que la Comisión de Precios del País Vasco autorizase un precio de 48 ptas./metro cúbico –frente a las 51 ptas./metro cúbico propuestas pro el Consorcio– en la "*Tarifa General de la Comarca, Domicilios Particulares, consumos hasta 100 metros cúbicos, precio de cada metro cúbico de más consumido*". Ese fue el objeto de la prueba pericial propuesta y practicada en la instancia, cuyos cálculos y apreciaciones no han sido cuestionados por la parte recurrida.

Así sostiene el Alto Tribunal que "*Es doctrina jurisprudencial reiterada* –tanto que exime de citas concretas– *que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en nuestro sistema* –artículo 106.2 de la Constitución, desarrollado en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (Título X) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial– *queda configurada mediante el acreditamiento de los siguientes requisitos*:

a) La efectiva realidad de un daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Existe una tradición normativa muy consolidada que utiliza la expresión "los particulares" como sujeto pasivo y receptor de los daños y que el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 mantiene. Pero en criterios de buena hermeneútica jurídica debe incluirse en la misma no solo a los sujetos privados sino también a los sujetos públicos, cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración pública, pudiendo comprenderse dentro de aquéllos a las corporaciones o entidades locales (sentencias de 8 de febrero de 1964 y 24 de febrero de 1994).

b) Que la lesión sea antijurídica, antijuridicidad que se dará porque sea contraria a Derecho la conducta que la motiva o porque el sujeto que la sufre no tenga el deber jurídico de soportar.

c) Que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

d) Que la lesión no sea consecuencia de un caso de fuerza mayor.

El artículo 142.4 de la Ley 30/1992 establece que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no presupone derecho a indemnización. Pero del mismo precepto se desprende inequívocamente que cuando la ejecución del acto anulado da lugar a un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizable en relación a una persona o grupo de personas, tal y como exige el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, da lugar a indemnización.

No se consagra, pues, un principio de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino que, por el contrario, se establece la posibilidad de que tal anulación, de acuerdo con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea presupuesto inicial u originario para que tal responsabilidad pueda nacer, siempre que concurran los requisitos para ello: que la lesión exista, que el daño sea imputable a la Administración y que, por añadidura, el acto o actuación resulte ilegal.

Es presupuesto de la responsabilidad de la Administración que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que en dicha relación de causa a efecto intervenga la conducta culposa del perjudicado. Cuando la interferencia del perjudicado o de un tercero no es tan intensa como para romper el nexo causal, aunque no exonera a la Administración, atempera su responsabilidad, reduciendo el montante de la indemnización. La culpa del perjudicado puede, pues, interrumpir el nexo de causalidad, o bien, imponer una moderación de la cifra indemnizatoria. En estos supuestos cabe hablar de una concurrencia de concausas que imponen criterios de compensación (asumiendo, en teoría, cada parte lo que corresponde) o atemperar la indemnización a las circunstancias del caso examinado. La concurrencia de causas diferentes en la producción de un resultado dañoso (unas imputables a la Administración y otras a conductas ajenas) debe valorarse para atemperar o moderar equitativamente la cuantía de la reparación o indemnización.

De nada serviría en este caso anular el acuerdo combatido de la Comisión de Precios para restablecer el orden jurídico perturbado si no va

seguido de la indemnización de los daños y perjuicios derivados directamente de tal acuerdo, declarado nulo en la instancia por actuar el órgano que lo dictó fuera del marco de su competencia. Es, pues, la Administración autonómica vasca, en la que se integra la Comisión de Precios, la que, al dictar un acto para el que no era competente y que se tradujo, en la práctica, en una limitación de ingresos que provocó un problema presupuestario al ente local titular del servicio, debe pechar con los perjuicios económicos que se hayan derivado del acto anulado y de los menores ingresos consecuentemente obtenidos por el Consorcio durante 1998 y primer trimestre de 1999 cuantificados, como se ha dicho, en 165.438.508 ptas. (994.305,46 €).

Ahora bien, la Sala entiende que debe moderarse equitativamente la cuantía de la reparación o indemnización pretendida en base a las siguientes circunstancias concurrentes en el caso examinado:

a) El Consorcio recurrente no ha cuestionado que las prestaciones patrimoniales de carácter público que acuerda el referido Consorcio no están sujetas a la intervención o autorización de la Comisión de Precios de la Administración autonómica. Resulta, así, sorprendente que, habida cuenta de la naturaleza jurídica del Consorcio como Entidad Local y de los medios de que dispone, solicitara la autorización a un órgano autonómico que ejerce la política de precios para remunerar a quien en régimen de derecho privado presta el servicio sin utilizar el cauce de la normativa reglamentaria local correspondiente.

b) Debe estimarse que la resolución de la Comisión de precios fue adoptada de conformidad a lo dispuesto en la Orden de 21 de septiembre de 1998 y dentro del plazo previsto, por lo que ningún perjuicio podría estimarse en base a una supuesta tardanza en la resolución.

c) El acuerdo combatido de la Comisión de precios razonó debidamente los motivos por los cuales no accedió a la solicitud de revisión de tarifas del Consorcio para la red secundaria. El incremento que se solicitaba era, exactamente, del 10,48% según el Informe pericial aportado en periodo probatorio en la instancia. La Comisión de Precios consideró que la subida de tarifas propuesta por el Consorcio de Aguas, en cuanto al consumo doméstico se refiere, era muy superior al objetivo de crecimiento de precios previsto para el año 1998. La subida de tarifas para el consumo doméstico influía en el incremento general medio de las tarifas solicitadas y, a la vista de los datos disponibles, incrementaría los ingresos totales en una cuantía muy superior al objetivo de crecimiento de precios previsto para el año 1998.

Consideraba, además, que el presupuesto de gastos previsto en la red secundaria para el año 1998 registraba un incremento inferior al de los ingresos totales alcanzados con las tarifas solicitadas para ese ejercicio. Por ello, la subida aprobada contribuiría a reducir el déficit actual, dado el diferencial entre el incremento previsto en los gastos y el aumento medio ponderado superior de la tarifa aprobada."

En la actualidad, la relación de causalidad no se rompe por la coparticipación de la víctima, salvo dolo o negligencia grave de ésta, o de un tercero en la producción del daño, de modo que la Administración indemniza por entero, aunque la causa del daño no sea exclusivamente atribuible al funcionamiento de los servicios públicos. No obstante, dentro de esta nueva línea jurisprudencial, el mantenimiento del nexo causal para hacer derivar la indemnización a la Administración está más generalizado cuando con la Administración concurre la acción de un tercero que cuando en la producción del daño participa la propia víctima, salvo si se trata de daños producidos por disparos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. En estos casos el Supremo realiza una ponderación de la actividad policial, de modo que si esta actuación fue ilegal, incorrecta, excesiva, imprudente o desproporcionada no exonera a la Administración la conducta, incluso ilegal, del dañado, con la conclusión indemnizatoria, aunque la existencia de la mencionada causa concurrente puede matizar la cuantía.

El concurso de causas justifica en estos casos el reparto de la indemnización en la proporción correspondiente. Cuando la víctima no ha participado en la producción del daño, pero existe una concurrencia de causas, la consideración de la existencia de un vínculo de solidaridad entre los coautores permite al dañado exigir la totalidad de la indemnización a la Administración, sin perjuicio de que ésta se resarza luego en la proporción que corresponda.

El artículo 140 de la Ley 30/1992 contempla expresamente el supuesto de la responsabilidad por la actividad concurrente de más de una Administración adoptando el criterio de la solidaridad. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas se deriven responsabilidades en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán en forma solidaria. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones Públicas en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración Pública atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no se posible dicha determinación.

La relación de causalidad se rompe y, por consiguiente, no procede la indemnización, en los casos de fuerza mayor. No así en los de caso fortuito, que sí da lugar a indemnización. La diferencia entre los dos conceptos radica en que, aunque ambos apelan a un evento indeterminable e impredecible, el caso fortuito se refiere a un suceso interno al servicio de que se trate, en tanto que la fuerza mayor se en-

tiende como algo exterior y ajeno al servicio (P. ej. un rayo, un temporal o una inundación excepcional).

En cuanto a la fuerza mayor, la jurisprudencia más reciente exige que el acontecimiento que la constituya no sólo sea previsible e inevitable, sino también extraño o externo a la organización del servicio o actividad administrativa.

La STS de 16 de febrero 1999 (ponente XIOL RÍOS)[30] señala que *"la fuerza mayor, como tantas veces se ha declarado, no solo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente (STS de 26 de febrero de 1998, 6 de febrero de 1996, , 18 de diciembre de 1995, 30 de septiembre de 1995, 11 de septiembre de 1995, 11 de julio de 1995, 3 de noviembre de 1988, 10 de noviembre de 1987 y 4 de marzo de 1983, entre otras)"*.

8. CRITERIOS DE REPARACIÓN. LA REPARACIÓN INTEGRAL

Una de las notas del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es que cubra íntegramente el daño efectivamente producido.

No obstante, la determinación de la extensión y alcance de la reparación se fija por los Tribunales en función de los elementos probatorios aportados, hay daños de muy difícil probanza donde se imponen casuísticamente presunciones estimativas y en la valoración de los daños no patrimoniales y morales se utilizan siempre criterios convencionales.

La reparación integral supone la necesidad de pagar un valor de reposición o sustitución. Así, por ejemplo, en el caso de la demolición de un edificio consistirá en la cantidad necesaria para la edificación del demolido inmueble con características semejantes en categoría,

[30] La hija de los recurrentes, a la sazón con diez años, alumna del Colegio Público "Antonio Balmaña", el 4 de abril de 1991, cuando se encontraba en el recreo escolar jugando con otras niñas recibió un golpe en el ojo derecho con la pelota maciza de tres centímetros de diámetro con que se encontraba jugando, tuvo que ser operada en varias ocasiones por desprendimiento de retina, una de ellas con lensectomía, persistiendo el desprendimiento y proliferación vitreo-retiniana, no siendo susceptible de tratamiento, siendo la agudeza del ojo derecho cero y observándose además ptosis palpebral derecha (estrabismo divergente) secundaria a su anaurosis (ceguera), de acuerdo con el dictamen pericial médico. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada y condenó a la misma a indemnizar a los recurrentes, como legales representantes de su hija menor, en la cantidad de 20.000.000 PTA (120 202,42 euros). El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Generalidad de Cataluña es desestimada por el Tribunal Supremo.

superficie, servicios y situación, según un criterio realista y ajustado a las circunstancias de lugar, tiempo y tipo de construcción (ATS de 3 de febrero de 1984). En todo caso, la indemnización de daños y perjuicios tiene un carácter compensatorio pero en ningún caso puede rebasarse llegando a un resultado lucrativo (STS de 19 de noviembre de 1985, ponente MARTÍN MARTÍN).

La indemnización cubre tanto el daño emergente como el lucro cesante, si bien en relación con éste existe una especial dificultad de prueba que hace que el Tribunal realice una ponderación alzada que suele calificarse de "*ponderada*" o "*prudencial*".

Hasta la LRJ y PAC no existía en nuestro ordenamiento precepto alguno que regulara los criterios a manejar en el cálculo de la indemnización, salvo el artículo 134.3 REF que remitía para la valoración, en lo posible, a los criterios de valoración utilizados por en la LEF. Ahora el artículo 141.2 de la Ley 30/92 alude a unos criterios genéricos para calcular la indemnización: *"la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado"*. Pero la generalidad del enunciado no supone realmente una novedad, salvo la referencia a los criterios de mercado.

Con carácter general, cuando la imputación es por culpa o negligencia, es decir, por un funcionamiento anormal de los servicios, los Tribunales son más proclives a aumentar la indemnización y a admitir el lucro cesante. Y cuando la víctima contribuyó al resultado dañoso y se admite en la relación de causalidad la concurrencia de causas se disminuye la indemnización en la proporción debida.

En el caso de daños materiales la prueba de la cuantía o la determinación de las bases o criterios necesarios para fijarla es decisiva. El artículo 6 del RD 429/1993, de 26 de marzo, dispone que en la reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la relación de causalidad y evaluación económica de la responsabilidad si fuera posible, acompañando cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante.

El artículo 9 del mismo Reglamento prevé un período de prueba en el expediente indemnizatorio que puede referirse tanto a los hechos como a la propia valoración del daño. Dichos medios de prueba pueden ser cualquiera de los habituales en la práctica jurídica, pero puede decirse que los dictámenes de peritos y expertos, la remisión a criterios tributarios, la remisión a supuestos análogos en vía expropiatoria o por relación a los del tráfico privado son elementos a considerar.

Más complicada es la determinación de la reparación en el caso de lesiones corporales, muerte o daños morales. En relación con estos último, pudiera bastar una condena simbólica, pero ello no suele suceder en la práctica de nuestros Tribunales, en la que se fijan cuantías estimativas, sin que de ellas se pueda deducir un criterio rector.

El daño moral aparece con frecuencia mezclado y globalizado junto con los daños estrictamente patrimoniales. Incluso los Tribunales tratan de traducir o convertir el daño moral en un criterio de orden patrimonial. Así, en las conocidas SSTS 12 de marzo de 1975, de los "*novios de Granada*", y de 26 de septiembre de 1977 sobre la caída de un árbol en un automóvil causante de la muerte de un feto, a que se ha hecho referencia.

Daños morales puros se contemplan en la STS de 23 de septiembre de 1992 (ponente BAENA DEL ALCÁZAR): producido el derrumbamiento de un pabellón del cementerio municipal no es posible identificar al hermano fallecido de la reclamante y la indemnización se fija por el trauma psicológico derivado de las sucesivas identificaciones que tuvo que realizar la actora.

Por lo que respecta a la vida, la dificultad de deducir pautas deriva del hecho de que no es habitual desagregar los conceptos indemnizatorios, que se suelen fijar muchas veces de manera global, incluyendo conjuntamente auténticos daños patrimoniales y los más imprecisos daños morales. Las referencias jurisprudenciales aluden a criterios de la jurisprudencia civil o penal, mencionándose la situación laboral de la víctima, su edad, sus circunstancias profesionales y económicas así como sus cargas familiares. Las indemnizaciones son muy variables, aunque puede decirse que han aumentado considerablemente en los últimos años.

En relación con las lesiones y secuelas, se indemnizan los gastos de curación, los salarios no devengados y las secuelas en la medida en que pueden impedir a la víctima su trabajo habitual y sus obligaciones familiares. Se utilizan también fórmulas concretas para llegar a una cifra global como la capitalización al interés legal de la diferencia entre los ingresos anuales que resulte de restar al salario de la víctima la pensión concedida por la Seguridad Social; pensión compatible, como regla general, con la indemnización debida en vía de responsabilidad. Otra técnica es calcular dicha diferencia anual y multiplicarla por el número de años que le quedaran a la víctima para jubilarse.

También se ha intentado fijar un baremo concreto como los que existen en el ámbito de la Seguridad Social o las tablas indemnizatorias que se aplican a las compañías de seguros.

Una STS de 21 de abril de 1998 señala que la aplicación de las reglas de tasación legal de los daños corporales contenidas en el anexo

de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor es orientativa, por no ser directamente aplicables a los supuestos de responsabilidad de la Administración, si bien conviene poner de manifiesto que se trata de un instrumento cuya utilización está muy extendida en la Administración, dado su carácter práctico y objetivo, acorde con lo establecido en el referido artículo 141.2 de la Ley 30/1992.

La indemnización es en dinero y, normalmente, consiste en una cantidad fija, aunque el artículo 141.4 de la Ley 30/1992 dispone que *"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"*.

En los supuestos de desfase temporal entre la fecha de la lesión y la de la sentencia condenatoria, la solución tradicional es la condena al pago de intereses sobre la cantidad que supone la indemnización. Pero, partiendo de que se trata de una deuda de valor y no de cantidad, cabía apuntar a la retasación en el seno del propio proceso. El artículo 141.3 de la Ley 30/1992 determina que *"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 precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y los intereses que procedan por la demora en el pago de la indemnización, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria"*.

9. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA LA EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. Vía administrativa y recurso contencioso-administrativo. La Ley parece articular una única vía o procedimiento, con independencia de que la responsabilidad derive de un hecho o de un acto administrativo.

Según el artículo 142.1 de la Ley 30/1992, *"los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pueden iniciarse de oficio o por reclamación de los interesados"*. Si se trata de este segundo supuesto, el procedimiento comienza con una petición al órgano competente de que se trate, especificando las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad, la evaluación económica si fuera posible y el momento en que la lesión se produjo, acompañando a la reclamación cuantas alegaciones, documentos e infor-

maciones se estimen oportunos, la proposición de prueba que se considere conveniente y la concreción de los medios de prueba de que pretenda valerse.

A partir de este momento el RD 429/1993 prevé una tramitación que incluye la práctica de las pruebas, la evaluación de informes, audiencia del interesado, dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, cuando sea preceptivo y, por último, la resolución. En cualquier momento cabe la finalización convencional del procedimiento mediante acuerdo con el reclamante; acuerdo que puede versar sobre la cuantía indemnizatoria y el modo de satisfacerla, pero no sobre la existencia de responsabilidad o la relación de causalidad.

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resuelven por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una ley así lo dispone, por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas[31] o de las Entidades que integran la Administración local.

Si recae resolución expresa, ésta agota la vía administrativa y será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si no recayere resolución expresa en el plazo de seis meses desde que se inició el procedimiento o el que resulte en su caso de añadirles un período extraordinario de prueba se podrá, asimismo, entender desestimada por silencio administrativo negativo la solicitud de la indemnización, a efectos de interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, en virtud de los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992.

El plazo para iniciar la reclamación prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (artículo 142. 5 de la Ley 30/1992); plazo que solo cede en tres supuestos: en caso de daños personales de carácter físico o psíquico, en los que dicho plazo de prescripción comienza a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas; cuando el daño proceda de actos, supuesto en el que el plazo comienza al año de haberse dictado la Sentencia definitiva-teniendo en cuenta que la simple anulación de un acto administrativo no presupone derecho a la indemnización-; y cuando la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial , pero sólo en este hipotético supuesto, porque en los demás la

[31] En el ámbito de la Comunidad de Madrid, por el Consejero correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley 1/183, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración, que prevé que "Será competente para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial el Consejero respectivo, salvo que una Ley especial atribuya la competencia al Gobierno. En el caso de los Organismos Autónomos o Entes de Derecho Público, será competente el titular de la Consejería a la que estuvieran adscritos, salvo que su Ley de creación disponga otra cosa."

intervención de los tribunales penales, si ha mediado delito de un funcionario, no interrumpe el plazo de prescripción para iniciar la reclamación.

Según este planteamiento, la única diferencia entre los supuestos en que la lesión procede de un hecho o de un acto estaría en el plazo para iniciar el procedimiento administrativo de la reclamación: desde los hechos o desde la Sentencia anulatoria del acto. Ahora bien, el procedimiento descrito no es obligatorio cuando la lesión procede de un acto, ya que cabe también la opción de anudar a la pretensión anulatoria del acto en el recurso inicial la adicional pretensión de la indemnización.

La Ley 30/1992 prevé también un procedimiento abreviado que el órgano competente podrá seguir cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y la cuantía de la indemnización. El plazo de resolución en este caso es de treinta días, transcurridos los cuales podrá entenderse desestimada la solicitud.

El procedimiento descrito es igualmente aplicable a los casos en los que las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, según los artículos 144 y 142.6 de la Ley 30/1992, que tienen como colorario la unificación del régimen procesal. En adelante no hay dualidad jurisdiccional, sino únicamente la contencioso-administrativa cuando de la actividad de la Administración se trata.

2. Unidad de fuero. La reinstauración por la LRJ y PAC de la unidad jurisdiccional en favor de los Tribunales Contencioso-administrativos fue el argumento esencial en que se fundamentó el conocido Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 para decidir en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a los tribunales del orden social, la competencia para conocer de las cuestiones de responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por los daños derivados de una negligente o defectuosa asistencia sanitaria a los beneficiarios de dicha prestación de la Seguridad Social. No obstante, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida en Sala General, decidió por mayoría, con cinco magistrados discrepantes, en la Sentencia de 10 de julio de 1995, no aceptar el criterio de la Sala de Conflictos y mantener para las referidas cuestiones la competencia de la jurisdicción social (en el mismo sentido las de la Sala Cuarta de 14 y 16 de octubre de 1996).

Los artículos 2.e) de la Ley de la Jurisdicción de 1998, y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial supusieron el establecimiento de una "vis atractiva" a favor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para el conocimiento de las pretensiones deducidas en materia de res-

ponsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que fuera la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive.

Según la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo dicha competencia se extiende, incluso, a los supuestos en que en la producción del daño concurren sujetos privados, si el demandante deduce también frente a ellos su pretensión. Esto es, cuando se produce una convergencia eventual de la acción del particular y del funcionamiento del servicio público.

Sin embargo, se suscitaban dudas en relación con las aseguradoras de las Administraciones públicas. Un Auto de 27 de diciembre de 2001 de dicha Sala Especial, declaró la competencia de la Jurisdicción Civil en casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se ejercitase una acción directa contra una compañía aseguradora.

En el caso resuelto por dicho auto comparece en el proceso una aseguradora no por haber concurrido a la producción del daño, sino como contratante de una póliza de seguro, en virtud de la cual y conforme al artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero".

Según la Jurisprudencia, la acción directa contra la compañía aseguradora tiene su origen en el contrato de seguro, siendo la obligación de pago de la compañía la misma (salvo las excepciones que establece el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro) que correspondería a quien contrató la póliza por los daños y perjuicios causados. Por consiguiente, la posición procesal, en calidad de codemandadas y por tanto obligadas al pago de la eventual indemnización de la Administración y aseguradora, refuerzan las expectativas del ciudadano reclamante, dando mayor efectividad a la tutela judicial, en los términos del artículo 24.1 CE.

El mencionado auto de la Sala de Conflictos de 27 de diciembre de 2001 manifestaba:

"Dicha opción, esto es, la posibilidad de demandar conjuntamente al agente causante del daño, en este caso una Administración Pública y la compañía aseguradora del riesgo, contemplada en el ordenamiento jurídico como una garantía de los ciudadanos ante el incremento y gravedad de los riesgos que origina la convivencia, no puede ser desconocida por las normas procesales, obstaculizando de <<facto>> un derecho que le concede la norma.

Sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso administrativo, dada su naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, lo razonable, mientras la ley no recoja, como ha hecho con los concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica <<vis atractiva>> de la Jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9.2 LOPJ, cuando establece: <<Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que les sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional>>.

En caso contrario se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término un debilitamiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva".

El mencionado auto dejaba clara la competencia de la jurisdicción civil cuando se ejercitaba la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro contra la aseguradora de un ente administrativo y contra éste conjuntamente.

Sin embargo, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre dio al artículo 2.e) LJCA la siguiente redacción: *"El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con [...]e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".*

Se quiso, así, terminar con los conflictos de competencias que podían suscitarse entre las Jurisdicciones Civil o social y Contencioso Administrativa. Pero la nueva redacción del precepto se refiere sólo a los supuestos en los que las demandas por responsabilidad patrimonial de la Administración se dirijan contra el ente administrativo y además contra su aseguradora, pero deja sin regular el supuesto en que la acción se dirija exclusivamente contra dicha compañía aseguradora, tal como lo permite el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro. Puede entenderse que en este supuesto, en que la acción se dirige sólo contra la compañía aseguradora

y no contra la Administración Pública, sigue siendo competente la Jurisdicción Civil.

En este sentido se ha pronunciado un Auto de 18 de octubre de 2004 de la Sala Especial de Conflictos de Competencias, que resuelve a favor del orden jurisdiccional civil. Es cierto que tiene en cuenta que cuando se presentó la demanda, que determina la fijación de la competencia en virtud del principio *"perpetuatio iurisdictionis"*, no había entrada en vigor la reforma de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, pero añade que incluso ésta no variaría la solución dada por cuanto que *"atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, se refiere al supuesto en que reclame contra aquella JUNTO a la Administración respectiva, lo que excluye el supuesto de haberse demandando únicamente a la compañía de seguros"*.

De esta doctrina puede deducirse que tanto en los casos anteriores a la LO 19/2003, como en los posteriores, si se ejercita la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, exclusivamente contra la aseguradora de la Administración, la única jurisdicción competente sería la civil.

3. Responsabilidad subsidiaria en los delitos dolosos y culposos de autoridades y funcionarios. Acción de regreso. El artículo 121 del Código Penal (CP) dispone que "*El Estado, la Comunidad autónoma, la provincia, la isla o el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos y culposos cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las reglas del procedimiento administrativo, y sin que en ningún caso pueda darse duplicidad indemnizatoria*".

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de autoridades, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

La norma se refiere sólo a los delitos dolosos o culposos y no a las faltas, lo que puede hacer pensar que se niega a los tribunales penales la competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración cuando haya sido sólo una falta lo cometido por la autoridad, agente, contratado o funcionario público. Si se tiene en cuenta que son sólo faltas las muertes o lesiones causadas por imprudencia leve resulta clara la importancia práctica de la cuestión. PANTALEÓN PRIETO[32] ha puesto de relieve el hecho de que la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el asunto del "Caso de la Colza" condenó por falta a un funcionario de aduanas, con lo que se generó la competencia del Tribunal penal para pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado[33].

En relación con la acción de regreso el artículo 145.2 de la Ley 30/1992 dispone que *"la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados, podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso"*.

El artículo 21 del RD 429/1993, de 26 de marzo, regula este procedimiento. Pero en la práctica se trata más de una posibilidad teórica que real, dado que la Administración no la suele utilizar, a pesar de que el Tribunal Supremo, al condenar a la Administración a la indemnización, señala esta posibilidad.

10. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DERIVADA DE ACTUACIONES POLICIALES

No es frecuente que la jurisprudencia se pronuncie sobre la posible imputación de un daño al funcionamiento normal de las fuerzas de policía. Una Sentencia de 8 de junio de 1988 (ponente GARCÍA NAVARRO) aludía a ella, pero el supuesto se resolvió por la falta de imputación del daño a la acción policial porque el moral pretendidamente ocasionado por una detención que presenciaron terceros y por las consecuencias mismas de esta detención no trajo causa en el funcionamiento del servicio que el Tribunal Supremo calificó de normal sino en la denuncia falsa de quien puso en marcha a aquél. Frente a la justamente denun-

[32] PANTALEÓN PRIETO, Fernando: Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente. Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo. 1996.

[33] En este punto, el autor aprovecha para rendir un sentido homenaje al Doctor Juan Manuel TABUENCA OLIVER, descubridor de que la causa del envenenamiento masivo de cientos de personas en 1981 tenía origen en la ingestión de aceite de colza desnaturalizado para uso industrial, vendido fraudulentamente como aceite para consumo humano.

ciada carencia de pautas legales conforme a las que valorar en cada caso si el funcionamiento de un servicio administrativo ha sido anormal o no, en materia de policía la situación es la inversa.

Como regla general, si la policía ocasiona algún daño resarcible lo será porque su funcionamiento no ha sido normal, no ha observado los standares normativos de su actuación, los principios básicos de ésta contenidos en el artículo 5 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En la jurisprudencia cuando se habla del funcionamiento anormal de las fuerzas de seguridad se alude por lo general a comportamientos que de una u otra manera infringen los principios básicos de aquéllas contenidos en el citado artículo 5 (también en la más antigua Orden Ministerial de 1981, ya derogada).

El criterio fundamental, a partir de la importante Sentencia de 18 de enero de 1982 (ponente DÍAZ EIMIL), ha sido el principio de proporcionalidad. La falta de proporcionalidad en la respuesta policial constituye un funcionamiento anormal del servicio capaz de enervar la eficacia interruptiva del nexo causal a menudo atribuida a la conducta antijurídica de la víctima.

Con independencia de la relevancia penal de la conducta policial desproporcionada, ésta es, por definición, constitutiva de un funcionamiento anormal.

El funcionamiento anormal se produce también como consecuencia de omisiones o no actuaciones policiales como lo demuestra la Sentencia de 28 de octubre de 1986 (ponente REYES MONTERREAL) que no tuvo en cuenta la concurrencia del hecho de terceros, dado que si bien la policía no actuó para evitar una contramanifestación sabiendo que ésta podía producirse, los daños los provocaron los contramanifestantes, que sólo después de ocasionarlos fueron dispersados por la policía. En todo caso la no actuación de la policía es representativa de un funcionamiento anormal.

Quizás donde más lejos se ha llegado con motivo de omisiones policiales ha sido en la Sentencia de 31 de enero de 1996 (ponente MATEOS GARCÍA), que tiene en su base fáctica el atentado terrorista contra el Hipercor de Barcelona, el 19 de junio de 1987, en el que murieron 21 personas (2 de ellas, niñas) y 45 resultaron heridas. El daño lo produjeron los abyectos terroristas al explosionar un coche cargado con 30 kilos de amonal,100 litros de gasolina, pegamento adhesivo y 200 kilos de escamas de jabón, pero se tiende una relación causal entre la no adopción por la policía de ciertas medidas (evacuación del edificio[34], intervención del servicio de desactivación de explosivos) y los daños producidos, motivo por el cual se condena a la Administración a abonar al re-

[34] Transcurrieron 35 minutos entre el aviso de bomba al diario "Avui" y la explosión.

currente una indemnización compatible con el resarcimiento por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

11. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO PÚBLICO

Resulta plenamente aplicable al ámbito sanitario público el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Constitución y de la LRJ y PAC, y cae dentro del ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. A pesar de ello, la jurisprudencia de la Sala Primera (de lo civil) del Tribunal Supremo ha venido afirmando la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las reclamaciones presentadas frente a la Administración por daños ocasionados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios. Así, la Sentencia de dicha Sala Primera de 26 de diciembre de 1995 ha señalado que "*la conjunta demanda de la Administración con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, pues, siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico*". Doctrina que fue aceptada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Sentencias de 21 de diciembre de 1993, 21 de marzo y 4 de abril de 1944 y 22 de diciembre de 1995), aunque excluidos los supuestos en que el particular (o el funcionario) condenado figura incorporado a la esfera del servicio público. Una Sentencia de 31 de octubre de 1995 señala que la *vis atractiva* de la jurisdicción civil sobre pretensiones indemnizatorias frente a la Administración Pública codemandada con un sujeto privado sólo procede cuando se constate ex post facto que éste ha sido efectivamente responsable del daño causado, ya que sólo en dicho supuesto podrá existir verdadera solidariedad entre el particular y la Administración codemandados, procediendo en caso contrario la absolución de la Administración en la instancia por falta de jurisdicción.

La jurisdicción social, como hemos señalado, también ha puesto en cuestión la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y ha afirmado la suya propia para conocer de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas por los beneficiarios de la Seguridad Social por los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en los centros de la misma.

A pesar de ello parece que la actividad asistencial del INSALUD y de los entes autonómicos correspondientes encaja dentro del concep-

to de servicio público utilizado por nuestro Derecho para configurar el ámbito de aplicación de las reglas sustantivas y procedimentales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Y la Sala de lo Contencioso-administrativo asume con naturalidad la competencia en materia de responsabilidad por servicios sanitarios cualesquiera que sea la entidad titular del centro sanitario: centros de Diputaciones Provinciales, Hospitales Militares, del INSALUD etc.

Para que proceda la indemnización en el ámbito sanitario público, la jurisprudencia ha formulado las siguientes precisiones:

1.- Los daños producidos en este ámbito son daños personales o corporales, es decir daños a la salud, integridad física e incluso a la propia vida.

2.- Las acciones concretas que en el ámbito sanitario pueden producir el daño que genera la obligación de indemnizar son muy variadas, según acredita la casuística jurisprudencial: así, lesiones derivadas de una intervención quirúrgica; invalidez por ingestión de medicamento contraindicado, agravamiento y muerte de un paciente como consecuencia de un acto médico, lesiones ocasionadas a un interno en un establecimiento psiquiátrico por el personal enfermero al tratar de reducirle etc.

3.- No se exige la concurrencia de actuación negligente de alguno de los médicos o del personal que ha prestado su atención al paciente, viniéndose con ello a separar el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria con respecto a la cuestión de la responsabilidad civil o penal de los profesionales que presentan sus servicios en la Sanidad pública.

4.- La imposibilidad de evitar el daño según el estado de conocimiento sobre el virus de la hepatitis excluye la antijuridicidad y por tanto el deber de indemnizar (artículo 141.1 LRJ y PAC):

a. Una cosa es el estado de la legislación y otra bien diferente el estado de conocimiento o de la técnica. No basta a la Administración con argumentar que el momento de la transfusión no era legalmente exigible un determinado análisis.
b. Corresponde a la Administración probar que el estado de conocimiento o de la técnica no impedía el resultado, salvo que fuera un hecho notorio.
c. En Mayo de 1988, se notificó la clonación del virus de la Hepatitis C si bien no se publica la patente en el Boletín de la Organización Mundial de la Salud hasta el 1 de junio de 1989, siendo en este año, en fecha no mejor especificada, cuando se empezó a determina los anti-VHC mediante pruebas de inmuno observancia enzimática, si bien hasta octubre de 1989 no se publicaron en

la revista Science los trabajos que permitieron el reconocimiento serológico del virus C de la Hepatitis y hasta el inicio de 1990 no se dispuso comercialmente de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus.

Consecuentemente, la imposibilidad de detectar el virus en la fecha de la transfusión determina que el daño causado al recurrente no sea antijurídico y por tanto aquél venga obligado a soportarlo.

5.- Los problemas más difíciles se plantean en torno a los requisitos de imputación a la Administración y de relación de causalidad entre el resultado y la actividad administrativa.

A propósito de las actuaciones específicamente médico-asistenciales se observa un tratamiento flexible del requisito de causalidad:

a. En STS de 22 de noviembre de 1991 (ponente BAENA DEL ALCÁZAR) se enjuició un supuesto en el que se había administrado a un paciente una vacuna contra la rabia en un centro de la Seguridad Social y posteriormente se le recetó en otro centro también dependiente del INSALUD otro medicamento contraindicado que le produjo una lesión consistente en una gran invalidez irreversible. La concurrencia del requisito de la causalidad aunque quizás no directa de que la lesión se produjese consistió en la omisión del deber de advertencia por parte de los servicios sanitarios de que la vacuna contra la rabia tenía unas contraindicaciones determinadas.
b. En una STS de 29 de julio de 1986 (ponente REYES MONTERREAL) se señala que en ocasiones no puede ser exigida con plenitud incuestionable el nexo causal que al propio Tribunal suscita dudas: no puede decirse que las deficiencias en el funcionamiento del hospital fueran la causa única del resultado, pues incluso pudieron ser irrelevantes, dada la extrema gravedad del esposo de la actora al ser hospitalizado, pero considera decisivo para pronunciarse a favor de la responsabilidad el hecho de que las deficiencias en el funcionamiento del servicio fueran "*de por sí aptas para la producción del resultado lesivo cuya reparación se pretende*".
c. La STS de 14 de junio de 1991 (ponente REYES MONTERREAL), relativa a unas lesiones consecuencia de una indemnización quirúrgica, el Tribunal aprecia la concurrencia de concausas relevantes en la producción del daño-además de la intervención quirúrgica realizada en un hospital del INSALUD, que motiva la reclamación de indemnización, el propio estado de gravedad del paciente al ingresar en el hospital, así como las complicaciones

que se presentaron con posterioridad a dicha intervención y que motivaron una segunda intervención en otro hospital-y resuelve esta concurrencia mediante el expediente de imputar a la Administración tan sólo una parte del resultado dañoso.

6.-Prescripción: el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción del plazo de un año se inicia desde que son conocidas las secuelas definitivas. El plazo se interrumpe por el ejercicio de una acción penal.

12. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

Un supuesto específico de responsabilidad patrimonial es el recogido en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992 que se refiere precisamente a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador o responsabilidad derivada de actos legislativos. El citado precepto (Principios de la responsabilidad) establece: "*3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*". El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos se conecta con el principio de subordinación de la ley a la Constitución.

La STC 108/1986, tras afirmar la constitucionalidad de la Ley que enjuiciaba y la carencia de un efectivo derecho a cierta edad de jubilación –por tratarse de mera expectativa–, termina diciendo que «*es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada (se refiere a la de paliar los efectos negativos del adelanto de la edad de jubilación) y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación...*». Sin embargo, la STC 127/1987 (que declara la constitucionalidad de la integración Entidades de Previsión Social en el sistema de la Seguridad Social o la, exclusión, en el caso de previsión social voluntaria, de la financiación con fondos públicos) confirma las iniciales reticencias de la jurisprudencia constitucional para aceptar este principio. En ella se dice en que la actividad legislativa queda fuera de las previsiones del artículo 106.2 de la Constitución referente al funcionamiento de los servicios públicos, concepto en el que no cabe comprender la función del legislador. Esta doctrina se reitera en las SSTC 70/1988, de 19 de abril, y 65/1990, de 5 de abril.

Es el Tribunal Supremo el que inicia el camino para reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado por acto legislativo. La sen-

tencia del Pleno del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1987 (ponente MADRIGAL GARCÍA) declara que "*consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado*".

La STS de 11 de octubre de 1991 (ponente PUJALTE CLARIANA) rechaza la responsabilidad patrimonial del Estado por disposiciones legislativas que aumentan los gravámenes tributarios y prohíben o restringen la publicidad de determinadas bebidas alcohólicas. En ella se remite la responsabilidad por acto legislativo a los requisitos establecidos con carácter general para la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Se afirma que "*en el campo del Derecho tributario, es obvio que la responsabilidad del Estado legislador no puede fundarse en el principio de indemnización expropiatoria*". Se concluye que el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos, es decir, las leyes, quedan bajo el imperio de la Norma suprema. En los casos en que la Ley vulnere la Constitución, el Poder legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone, traerá consigo la obligación de indemnizar.

Poco después, la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992, seguida por la de 1 de diciembre de 1992 y después por otras muchas dictadas en relación con la jubilación anticipada de funcionarios públicos establecida por las leyes reguladoras de sus respectivos estatutos, considera que no puede construirse por los Tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, pero añade, significativamente, que tampoco puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres suficientemente singularizados e imprevisibles, para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley.

En este contexto aparece la Ley 30/1992 que reconoce, con notables limitaciones, especialmente la consistente en exigir una determinación expresa por parte de la ley, el expresado principio. La redacción literal hace pensar, como advierte MARTÍN REBOLLO que en la mente del legislador la responsabilidad por actos legislativos depende de lo que al respecto dijeran los propios actos legislativos.

Parece decir, como regla general, que no hay responsabilidad por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria salvo *"cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos"*.

Pero, pese a la redacción del precepto, el Tribunal Supremo, en su jurisprudencia, no atiende a si el acto legislativo recoge o no expresamente la indemnización sino al hecho de que *"el daño consista en un sacrificio especial e imprevisible para alguna o algunas personas, con quebrantamiento de los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica y equilibrio de las prestaciones"*.

La STS de 5 de marzo de 1993 (ponente MATEOS GARCÍA), seguida de otras posteriores, aun reconociendo que la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios que derivaban del Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea podía considerarse producida *"incluso, y más propiamente, como consecuencia de las determinaciones del poder legislativo"*, reconoció en el caso allí enjuiciado la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por apreciar que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones –que se vieron frustradas– fundados en la confianza generada por medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y del equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, aunque tímidamente, se proyectó sobre esta misma línea doctrinal. La STC 28/1997, de 13 de febrero, afirma que el silencio de la ley sobre una fórmula o un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones para el ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma no puede ser considerado como una exclusión que vulnere lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución, sino que ha de entenderse que ese extremo queda sometido a la normativa general del Ordenamiento Jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa del interés general,

resultan perjudicados en sus bienes y derechos. La Ley emanaba del Parlamento de las Islas Baleares y declaraba la existencia de un área de especial protección, limitando los derechos urbanísticos de los propietarios de los terrenos afectados.

La STS de 26 de noviembre de 1999 (ponente LECUMBERRI MARTÍ), subraya que en dicha STC 28/1997 se proclama la conexión entre el perjuicio causado por una disposición de carácter general con valor de ley inherente a la privación singular de un derecho o interés legítimo y el mecanismo indemnizatorio a que da lugar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

13. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO JUEZ

El artículo 121 CE previene que *"los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley"*.

Así, el artículo 139.4 de la Ley 30/1992 determina que *"la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial"*

De este modo, el artículo 293.2 de la LOPJ dispone que *"tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado"*, es decir, en cuanto al procedimiento resulta de aplicación la Ley 30/1992 y sus normas de desarrollo, concretamente el Real Decreto 429/1993.

Por tanto, el ejercicio de la acción indemnizatoria en este ámbito se reconduce a dos supuestos en función del concreto título de imputación en que se ampare: error judicial, incluyendo la prisión provisional indebida, y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia[35].

1º Error judicial: se refiere a actuaciones judiciales formalizadas en el proceso mediante autos y sentencias. Su declaración deriva bien de sentencia recaída en juicio de revisión, bien precisa una sentencia de la correspondiente Sala del Tribunal Supremo o de la que configura el artículo 61 de la LOPJ en el proceso a que se refiere el artículo

[35] El Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 19 de diciembre de 2007, realiza un exhaustivo análisis acerca de la diferencia entre "funcionamiento anormal de la Administración de Justicia" y "error judicial".

293.1 de dicha Ley Orgánica. En este tipo de proceso, la concepción del error judicial es sumamente restrictiva, pues excluye las equivocaciones en los hechos o en el Derecho que no revistan especial gravedad, para referir el título de imputación a una *"equivocación especialmente acentuada"*, en términos del Dictamen del Consejo de Estado, de 13 de mayo de 1993. En esta línea, la jurisprudencia está consolidada en el sentido de que no está en juego el acierto de la decisión a la que se imputa el yerro sino *"el mantenimiento de la resolución judicial dentro de los límites de la lógica y de la razonabilidad en la apreciación de los hechos y en la interpretación del Derecho"*, según Sentencia de la Sala especial del artículo 61 de la LOPJ, de 22 de febrero de 1996.

La declaración del error no se sitúa en el plano abstracto de una pretensión encaminada a tal fin, sino en la visión finalista de que tal declaración se ordena al ejercicio de la acción resarcitoria, por lo que se exige que el error imputado sea susceptible, al menos potencialmente, de causar un daño o perjuicio a quien reclama.

Como recuerda, de forma muy didáctica, la STS de 10 de abril de 2006 (ponente FERNÁNDEZ MONTALVO) de un modo reiterado ha de puntualizarse que:

a) «*sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, pues este procedimiento no es, en modo alguno, una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente*».

b) «*el error judicial, considerado en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia del mandato contenido en al artículo 121 de la Constitución, no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales», no pudiendo ampararse en el mismo «el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales*».

c) «*el error judicial es la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley*».

d) «*el error judicial es el que deriva de la aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido» y «ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico*».

e) «*no existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica», «ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico*».

f) «*no toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante*».

g) «*no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador*».

La prisión provisional indebida se configura en el artículo 294 LOPJ como una modalidad de error judicial, singularizado porque no es necesaria la declaración previa del mismo, al ser evidenciado por la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre que pone fin al proceso penal en que la medida cautelar se adoptó.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, la inexistencia del hecho imputado se ha ampliado a los supuestos en que se acredita la no participación en el hecho de quien sufrió la prisión preventiva (inexistencia subjetiva del hecho), se rechaza, en cambio, que la reclamación indemnizatoria pueda fundarse en el artículo 294 LOPJ cuando se trata de la falta de prueba de la participación del imputado en los hechos delictivos.

En cuanto al elemento formal, se admite que además de la sentencia absolutoria y del auto de sobreseimiento libre, pueda fundarse la reclamación del artículo 294 LOPJ en una resolución que tenga efectos equivalentes.

2º Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: abarca aquellas anomalías que, no siendo constitutivas de error judicial y produciendo un daño a los justiciables (partes o terceros), se producen por un irregular funcionamiento objetivo, sin que sea necesario dolo o culpa por parte del agente causante en el seno del proceso o de la actividad administrativa que sirve de soporte.

Los daños derivados de la *"Administración de la administración de Justicia"* se indemnizan por esta vía, comprendiendo como supuesto prototipo el retraso constitutivo de funcionamiento anormal.

Por otro lado, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, será preceptivo el informe del Consejo General del Poder Judicial, según dispone la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 429/1993. A este respecto, el Consejo Ge-

neral del Poder Judicial, mediante los Acuerdos del Pleno de 16 de abril de 1986 y 26 de febrero de 1992, ha establecido los *"Criterios a tener en cuenta en los informes que el Consejo General del Poder Judicial ha de emitir en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia"*, en los que se establece, entre otros, el siguiente: *"1º) Distinción entre funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y error judicial, limitándose, cuando la reclamación se refiera al segundo supuesto, a ponerlo de manifiesto sin entrar en más consideraciones, al tratarse de procedimientos totalmente dispares, siendo así que para éste último, se exige una resolución judicial que expresamente reconozca la existencia del error"*.

3º Dilaciones indebidas del Tribunal Constitucional.

Finalmente, por su novedad, es preciso resaltar que la STS de 26 de noviembre de 2009 (Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo; ponente ENRÍQUEZ SANCHO), ha acordado declarar, por primera vez, que los ciudadanos tienen derecho a ser indemnizados por los daños que les causen las dilaciones indebidas en que incurre el Tribunal Constitucional en la resolución de los recursos de amparo, cuya resolución se prolonga durante años.

La Sala también ha establecido que la fiscalización de la responsabilidad pa rimonial del Tribunal Constitucional por su indebido funcionamiento corresponde al Supremo, y ello pese a la reciente reforma legal (Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo) en la que el Constitucional se blindó para que nadie –y especialmente el Tribunal Supremo– pudiera inmiscuirse en su jurisdicción.

La cuestión de la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional se ha suscitado con ocasión de la demanda de un ciudadano que vio rechazada su pretensión a ser indemnizado por la actuación del Constitucional. El demandante había recurrido en amparo su despido, pero el Constitucional inadmitió el recurso por falta de contenido constitucional. La providencia en la que se le comunicó esa decisión olvidó consignar los nombres de los magistrados que habían intervenido, circunstancia que, a instancias del demandante, fue remediada por el Tribunal Constitucional mediante la anulación de la primera providencia y el dictado de una segunda con la identificación de los jueces. Acto seguido, el recurrente les recusó.

El incidente de recusación tardó tres años en ser inadmitido, y en esa demora se basó el demandante para solicitar una indemnización por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional. La solicitud fue dirigida al Ministerio de Justicia, que la remitió al Constitucional. Este órgano resolvió que en aquel momento (2007) no existía

procedimiento legal para pronunciarse sobre su responsabilidad patrimonial.

El recurrente se dirigió entonces a la jurisdicción ordinaria. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Supremo ha puesto ahora fin a esta vía afirmando que el Tribunal Constitucional puede incurrir en responsabilidad patrimonial y que la declaración o no de esa responsabilidad es un acto administrativo sometido a su control. Sin embargo, según la sentencia, el Ministerio no debería haber transmitido la reclamación al Constitucional, sino al Consejo de Ministros, ya que es el Estado quien *"debe responder por los daños que los particulares hayan sufrido como consecuencia de las dilaciones en el que el Tribunal Constitucional haya incurrido el resolver algún recurso de amparo interpuesto por ellos"*.

En la sentencia, la Sala recuerda también que ya ha *"declarado repetidamente y con diferentes matices según las circunstancias del caso"* que la Administración del Estado es también *"responsable por los daños sufridos por los particulares por actos de aplicación de leyes declaradas después inconstitucionales"*.

El Tribunal Supremo se pronuncia extensamente acerca de que es el Consejo de Ministros el que debe pronunciarse sobre la reclamación formulada, ya que el Tribunal Constitucional no tiene entre sus atribuciones la de *"dar respuesta a las reclamaciones por daños atribuidos a un funcionamiento anormal del mismo"*. *"Tratándose de un órgano constitucional la competencia para resolver la reclamación interpuesta debe situarse, sin género alguno de duda en la Administración General del Estado como personificación de éste"*, insiste. En concreto, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye que es el Consejo de Ministros, *"como órgano que encarna el mayor nivel el Poder Ejecutivo" el que debe hacerse cargo de esta responsabilidad, que aunque no es resultado de "una actividad de la Administración", previene de "un acto legislativo no atribuible a ningún departamento ministerial"*.

Además de la jurisprudencia existente, recuerda que en su artículo noveno la recientemente aprobada Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la nueva oficina judicial establece que el Consejo de Ministros *"fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad". Según la nueva ley, el procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones "se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado"*.

La Sala no se ha basado en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional introducida en la nueva ley, dado que no entrará en vigor hasta mayo de 2010[36].

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Supremo considera que le corresponde a ella fiscalizar si se produce un supuesto de responsabilidad patrimonial del Constitucional. En el caso examinado se ha llegado a la conclusión de que el Tribunal Constitucional incurrió en dilaciones indebidas, esto es, el Supremo afirma que el Constitucional vulneró el artículo 24 de la Constitución. Las dilaciones indebidas no se han considerado, sin embargo, indemnizables porque la Sala, por un estrecho margen de votos, ha estimado que el demandante no ha acreditado ningún perjuicio o daño económicamente evaluable. La decisión se ha apoyado en los artículos 9.3 y 106 de la Constitución, que establecen la responsabilidad de los poderes públicos y encomiendan a los tribunales controlar la legalidad de la actuación administrativa. La sentencia estima el recurso presentado por el abogado y anula el acuerdo del Ministerio de Justicia, aunque considera que el recurrente no tiene derecho a la indemnización de más de 370.000 euros que reclama.

[36] A este respecto, la Sentencia incluye un voto particular de TESO GAMELLA, al que se adhiere FERNÁNDEZ MONTALVO, que advierte que "La indicada reforma efectivamente puede ser citada, como hace la sentencia, como criterio hermenéutico para abundar en una interpretación del régimen aplicable o para explicar las diferencias entre el régimen jurídico alumbrado con posterioridad y el correspondiente a la situación inmediatamente anterior, pero no para, al propio tiempo, hacer consideraciones, expresando una concreta interpretación, sobre la norma nueva". Las referencias, por tanto, y el examen del procedimiento que dibuja el reciente artículo 139.5 de la Ley 30/1992 y, singularmente, la determinación de la naturaleza de alguno de sus trámites, que se hace en el fundamento de derecho sexto, así como las consideraciones realizadas respecto de los "obstáculos" que podrían impedir el análisis de la cuestión de fondo suscitada que se aborda en el fundamento séptimo, indican que, a pesar de reconocer la sentencia que la reforma no es aplicable, se examina e interpreta el estándar de actuación marcado por el legislador con posterioridad. De modo que cuando se señala que la intervención del Tribunal Constitucional constituye "una decisión no jurisdiccional sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan", la sentencia se está pronunciando sobre la naturaleza y el más que previsible alcance de un trámite previsto en una norma no aplicable al caso, y sobre la que a buen seguro nos habremos de pronunciar en el futuro. Es cierto que la situación anterior a la reforma constituye un peculiar caso de ausencia de regulación legal, pero precisamente por tal razón dicha laguna normativa ha de ser integrada acudiendo a otras previsiones normativas expresas de contenido equivalente, como es la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y esta operación jurídica, propia de todo sistema normativo, ha de realizarse, en todo caso, sin adelantarse ni comprometer la interpretación que hagamos en el porvenir sobre el mentado artículo 139.5 de la Ley 30/1992.

REGLAS A SEGUIR PARA LA DETERMINACIÓN DE LA BASE LIQUIDABLE EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES: PRINCIPALES CUESTIONES CONFLICTIVAS

POR
JUAN CALVO VÉRGEZ
PROFESOR TITULAR DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

Sumario: 1. LA DETERMINACIÓN DE LA BASE LIQUIDABLE EN LAS SUCESIONES Y EN LAS PÓLIZAS DE SEGUROS DE VIDA. ANÁLISIS DE LAS REDUCCIONES ESTATALES. 1.1. ANÁLISIS DE LA REDUCCIÓN POR PARENTESCO: EL MÍNIMO EXENTO. 1.2. REDUCCIÓN POR DISCAPACIDAD DEL ADQUIRIENTE. 1.3. REDUCCIÓN POR CONTRATO DE SEGURO. 1.4. REDUCCIÓN DERIVADA DE LA EXISTENCIA DE TRANSMISIONES HEREDITARIAS CONSECUTIVAS. 1.5. ANÁLISIS DE LA REDUCCIÓN POR TRANSMISIÓN DE BIENES CONCRETOS: EMPRESA FAMILIAR, VIVIENDA HABITUAL O BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONIOI HISTÓRICO. 1.6. REDUCCIÓN POR TRANSMISIÓN DE EXPLOTACIONES AGRARIAS. 2. LA DETERMINACIÓN DE LA BASE LIQUIDABLE EN LAS DONACIONES O TÍTULOS EQUIPARABLES. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS REDUCCIONES ESTATATALES SUSCEPTIBLES DE SER APLICADAS.

1. LA DETERMINACIÓN DE LA BASE LIQUIDABLE EN LAS SUCESIONES Y EN LAS PÓLIZAS DE SEGUROS DE VIDA. ANÁLISIS DE LAS REDUCCIONES ESTATALES.

1.1. Análisis de la reducción por parentesco: El mínimo exento.

Como es sabido dentro del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) la base liquidable se obtiene aplicando en la base imponible las reducciones previstas por la ley estatal (Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del citado Impuesto) ó, en su caso, las mejoradas por la normativa autonómica) y, con posterioridad, aquellas que hubiese sido aprobadas por la Comunidad Autónoma de que se trate, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Pues bien, la llamada reducción por parentesco consiste en la aplicación de un mínimo exento en la transmisión hereditaria, el cual resulta estructurado en torno al grado de parentesco existente entre causante y causahabiente, y, en su caso, a la edad de este último. A tal efecto se distinguen cuatro grupos de causahabientes, con sus distintos grados de reducción.

Grupo	Composición	Reducción
I	Descendientes y adoptados menores de veintiún años.	15.956,87 € + 3.990,72 € por cada año menos de veintiuno que tenga el causahabiente, hasta un límite máximo de 47.858,59 €
II	Descendientes y adoptados de veintiuno o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes.	15.956,87 €
III	Colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad.	7.993,46 €
IV	Colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños.	No habrá lugar a reducción

En relación con la aplicación de estas reducciones declaró el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña en su Sentencia de 19 de marzo de 2004 que resulta improcedente la extensión analógica a las uniones de hecho de la reducción aplicable al efecto al cónyuge, no pudiendo establecerse una equiparación entre matrimonio y uniones de hecho. A juicio del citado Tribunal no existe vulneración del principio constitucional de igualdad, al haber podido los interesados contraer matrimonio.

Por su parte la Dirección General de Tributos (DGT) tiene declarado en su contestación a Consulta de 16 de noviembre de 2006, relativa a la calificación que ha de realizarse a efectos de la determinación del grado de parentesco en el art. 20 de la Ley 29/1987 del cónyuge separado que, puesto que no se ha disuelto aún el matrimonio, a pesar de que se den algunos efectos de los que se producen en la cesación del mismo, el cónyuge separado sigue estando contemplado entre los integrantes del Grupo II de parentesco. Así las cosas, disolviéndose el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges por divorcio o por nulidad, los cónyu-

ges dejan de ser miembros del matrimonio disuelto, no pudiendo quedar integrados en consecuencia dentro del Grupo II de parentesco, debiendo incardinarse por el contrario en el que les pudiera corresponder por otra causa o, en su caso, en el Grupo IV, que integra a los extraños. E igualmente los parientes consanguíneos de cada cónyuge dejan de ser considerados como parientes por afinidad del otro cónyuge, con lo que deben pasar al citado Grupo IV o, en su caso, al que les corresponda, si tienen otro vínculo de parentesco con el otro cónyuge. En cambio si el matrimonio continuase, a pesar de que exista separación de hecho o de derecho, los cónyuges seguirían siendo miembros del matrimonio. Y, a pesar de que en el ámbito civil tales separaciones tengan efectos importantes, en el ámbito del ISD se les seguirá calificando de cónyuges, siendo sus parientes por consanguinidad parientes por afinidad del otro miembro del matrimonio. Continua así la DGT la línea iniciada en su Resolución de 23 de noviembre de 2005.

Tratándose de adopciones simples (actualmente no existente como alternativa a la adopción plena), tanto los padres biológicos como los adoptantes habrían de incluirse dentro del Grupo II de parentesco. Así lo declaró la DGT en su Resolución de 22 de enero de 2008. Señala además el citado Centro Directivo en su contestación a Consulta de 5 de septiembre de 2006 que no resulta posible la aplicación de la reducción por parentesco tratándose de una renuncia del legado de vivienda, dado que al renunciante le corresponde el Grupo IV del art. 20 de la Ley 29/1987.

1.2. Reducción por discapacidad del adquirente

Al margen de aquellas reducciones que pudieran corresponder en función del grado de parentesco existente con el causante, la normativa reguladora del Impuesto prevé la aplicación de una segunda reducción en aquellos supuestos en los que el adquirente alcance o supere el 33% de discapacidad, según el baremo que establece el art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

Así, siendo el grado de discapacidad igual o superior al 33% e inferior al 65%, se aplica una reducción de 47.858,59 euros. Y si el grado de discapacidad resultase ser igual o superior al 65%, la reducción aplicable sería de 150.253,03 euros. Ahora bien dichas reducciones no son de aplicación a las adquisiciones gratuitas *inter vivos*.

Tal y como señala el TSJ. de Galicia en su Sentencia de 22 de febrero de 2008, de cara a la acreditación de la condición de discapacitado basta con hacer constar que las circunstancias que dieron lugar a la declaración de tal con posterioridad al devengo del Impuesto (en el supuesto de autos una enfermedad degenerativa) concurrían ya en dicho momento. En este sentido afirma la STSJ. de Cantabria de 24 de mayo de 2005 que resulta procedente la aplicación de la reducción existiendo una declaración de discapacidad posterior al devengo relativa a enfermedad que ya se padeciese en dicho momento. En todo caso, y de conformidad con lo dispuesto en la STSJ. de Andalucía (Sevilla) de 28 de diciembre de 2007, la aplicación de la reducción únicamente se producirá cuando se acredite la condición legal de discapacitado mediante el correspondiente reconocimiento administrativo en la fecha del devengo del Impuesto, y no si dicho reconocimiento resultase posterior al fallecimiento del causante, aunque fuera anterior a la liquidación del Impuesto.

Por otra parte cabe la utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, siempre y cuando se produzca una acreditación suficiente de que las circunstancias que dieron lugar a la declaración de discapacitado con posterioridad al devengo del Impuesto concurrían ya en dicho momento. Así lo tiene declarado el TSJ de Castilla y León (Valladolid) en su Sentencia de 25 de octubre de 2008. Y, tal y como se afirma en la STSJ. de Cataluña de 10 de mayo de 2005, a la hora de acreditar la discapacidad a través del correspondiente certificado (de carácter probatorio y no constitutivo), su aportación podrá tener lugar en cualquier momento, incluso en vía jurisdiccional, debiendo producirse no obstante acreditación suficiente de que concurría la condición de discapacitado en el momento del devengo[1].

1.3. Reducción por contrato de seguro

Con independencia de las anteriores reducciones resulta aplicable una reducción del 100%, con el límite de 9.195,49 euros, a las cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros

[1] A este respecto puede consultarse igualmente la STSJ. de Cantabria de 6 de septiembre de 2004, en la que se afirma que, al objeto de efectuar dicha acreditación, no resulta necesaria la declaración de discapacidad por el órgano competente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con anterioridad al devengo del Impuesto, pudiendo acreditarse la referida condición en dicha fecha por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

sobre la vida en aquellos casos en los que su parentesco con el contratante fallecido sea el de cónyuge, ascendiente, descendiente, adoptante o adoptado. No obstante, tratándose de seguros colectivos o contratados por las empresas en favor de sus empleados se atenderá al grado de parentesco entre el asegurado fallecido y el beneficiario.

La presente reducción es única por sujeto pasivo, cualquiera que fuese el número de contratos de seguros de vida de los que resultase ser beneficiario, no siendo aplicable cuando deba tomarse en consideración el régimen transitorio previsto al efecto en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 29/1987, que afecta a aquellos contratos que hubiesen sido realizados con anterioridad al 19 de enero de 1987, fecha de publicación del por aquel entonces Proyecto de Ley del ISD. Tal y como se establece en la citada Disposición, en aquellos casos en los que el contrato de seguro se hubiese celebrado antes del 19 de enero de 1987 la percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguro sobre la vida continuaría disfrutando de los beneficios fiscales establecidos en el Decreto 1018/1967, de 6 de abril, que constituía la legislación anterior a la actual Ley 29/1987. Y, de cara a la aplicación transitoria de estos beneficios, estableciéndose el evento sobre la vida de una persona distinta del contratante, el seguro tendría que haber sido concertado con, al menos, tres años de antelación a la fecha en que aquél se produjese, salvo que se hubiese contratado en forma efectiva.

Afirma la DGT en su contestación a Consulta de 18 de noviembre de 2004 que, en aquellos casos de cantidades percibidas por el cónyuge supérstite en virtud de contrato de seguro de vida para el caso de fallecimiento del tomador, siendo abonadas las primas con cargo a los bienes privativos del cónyuge fallecido, resultará igualmente procedente la aplicación de reducción en la base imponible del Impuesto. Con carácter adicional, y siguiendo igualmente el criterio sentado por la Dirección General de Tributos en la citada Resolución, el cambio de compañía aseguradora supondría la existencia de un nuevo contrato con pérdida de los beneficios fiscales aplicables a los concertados con anterioridad a 19 de enero de 1987, a pesar de que dicho cambio fuese debido al deseo de obtener mejores condiciones económicas de la nueva compañía aseguradora.

E idéntica reducción habría de aplicarse en aquellos casos en los que el seguro trajese su causa de actos de terrorismo o de servicios prestados en misiones humanitarias o de paz de carácter público. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 5 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden

Social, en tales supuestos no será aplicable el límite cuantitativo, debiendo extenderse a todos los beneficiarios, sin ser de aplicación el régimen transitorio establecido en la citada Disposición Transitoria 4ª de la LISD.

Desde nuestro punto de vista, si se estima que la interpretación que prevalece de cara a la aplicación de esta norma es la relativa a la no exigencia de la cobertura expresa de las contingencias de terrorismo o acto de servicio, la ausencia de límite cuantitativo beneficiará a cualquier seguro de vida que pudiera tener concertado el fallecido. En cambio, si se entendiera que la reducción queda condicionada a haberse previsto expresamente esas causas de muerte, se aplicaría el límite a todos aquellos seguros concertados por la persona del fallecido, sin contemplar expresamente los actos de terrorismo o los servicios humanitarios internacionales.

1.4. Reducción derivada de la existencia de transmisiones hereditarias consecutivas

En aquellos supuestos en los que unos mismos bienes hubiesen sido objeto de dos o más transmisiones hereditarias durante un período máximo de diez años, y siempre que lo hubiesen sido a favor de descendientes (si bien el art. 42.3 del Reglamento del ISD lo aplica también a los adoptados), la base imponible de la segunda y ulteriores trasmisiones se minora, además, en el importe de lo satisfecho por el Impuesto en las transmisiones precedentes. En este sentido se admite la subrogación de los bienes cuando se acredite fehacientemente. Ello supone que la reducción resulta aplicable cuando se den los requisitos subjetivos y temporales previstos al efecto, a pesar de que los bienes no resulten ser los mismos, siempre y cuando existan otros de valor similar que hayan sustituido a los que fueron objeto de la primera transmisión.

Ahora bien ha de precisarse que dicha reducción no resulta de aplicación en los casos de obligación real o personal de contribuir cuando el sujeto pasivo o el causante fuesen no residentes en territorio español. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 20.4 de la LISD, mediante la adopción de una interpretación a *sensu contrario*.

1.5. Análisis de la reducción por transmisión de bienes concretos: empresa familiar, vivienda habitual o bienes integrantes del patrimonio histórico

1.5.a) Reducción por adquisición de empresa familiar

Cuando en la base imponible se incluye el valor de una empresa familiar, de la vivienda habitual del causante o de bienes del patrimonio histórico, cabe la posibilidad de practicar una reducción del 95% del valor de dichos bienes en las circunstancias contempladas en la norma.

Así, la aplicación de la reducción alcanza al valor de una empresa individual, de un negocio profesional o de participaciones en entidades a los que resulte de aplicación la exención regulada en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), o bien al valor de los derechos de usufructo sobre los mismos o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, cuando la transmisión se haga a favor de los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, y siempre que con motivo del fallecimiento se consolide el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o perciban éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada. Y, no existiendo descendientes o adoptados, la reducción se aplica a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos. En todo caso el cónyuge supérstite tiene derecho a la aplicación de una reducción del 95%.

Tal y como señala el TSJ. de Murcia en su Sentencia de 25 de mayo de 2007, a la hora de aplicar esta bonificación del 95 por 100 del valor de una empresa familiar cuando estuviese incluida en la base imponible y le fuera aplicable la exención prevista en el art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio[2], de cara a la determinación de la base li-

[2] Recuérdese no obstante que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria optó, con efectos desde el 1 de enero de 2008, por acometer la supresión del gravamen derivado del IP mediante la adopción de una fórmula destinada a asegurar su eliminación efectiva e inmediata, tanto en lo relativo a la obligación real como en lo referente a la obligación personal de contribuir consistente en la aplicación sobre la cuota íntegra del Impuesto de una bonificación del 100 por ciento a los sujetos pasivos por obligación personal o real de contribuir.

quidable constituye un requisito necesario la participación del sujeto en el capital de la entidad de, al menos, el 20 por ciento conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado (ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción) y el mantenimiento del parentesco de afinidad entre el cónyuge supérstite y los parientes por consaguinidad del cónyuge fallecido. Añade además el TSJ. de Murcia en el citado pronunciamiento, al hilo del parentesco por afinidad existente en el supuesto de autos entre el cónyuge supérstite y los parientes por consanguinidad del cónyuge fallecido, que no puede afirmarse que el parentesco por afinidad desaparezca como consecuencia de la premoriencia de un hermano del causante, argumentando a tal efecto que el Código Civil no dispone que el parentesco por afinidad se extinga con motivo del fallecimiento de una persona, perdiéndose así el parentesco con el resto del grupo familiar. Y, a este respecto, nos recuerda el Tribunal que el art. 4.2.c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio menciona a los colaterales de segundo grado, *"ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción"*.

A la concurrencia del requisito relativo al ejercicio de la actividad empresarial por el causante en la fecha del fallecimiento de forma habitual, personal y directa, debiendo constituir su principal fuente de renta y tener esa actividad la consideración de actividad económica con arreglo a la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) se refiere la STSJ. de Castilla y León (Burgos) de 15 de septiembre de 2007, en la que se señala que no es impedimento para la aplicación de la reducción el hecho de que el causante percibiese, además, una pensión de jubilación, siempre y cuando se cumpla la exigencia referente a la procedencia de la actividad económica de más del 50 por 100 de la base imponible del IRPF[3].

Por su parte en la STSJ. de Andalucía (Sevilla) de 23 de mayo de 2006 se afirma, refiriéndose igualmente al requisito relativo a la realización de la actividad empresarial de forma directa y personal por el causante, que la presunción de ejercicio a favor del titular de la actividad no queda desvirtuada por una eventual prueba en con-

[3] En esta misma línea puede consultarse la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 14 de diciembre de 2005, en la que se señala que el requisito relativo al ejercicio habitual, personal y directo de una actividad empresarial resulta compatible con la percepción de una pensión, siendo en consecuencia procedente la aplicación de la bonificación en un supuesto de transmisión de una explotación agrícola ejercida directamente por el causante jubilado.

trario, estimándose no obstante a tal efecto como insuficiente el hecho de que el causante percibiera una pensión por incapacidad. En cambio, tratándose de una empresa cuyos rendimientos en los últimos ejercicios fuesen negativos, la aplicación de la bonificación resultaría improcedente, como bien se señala en la STSJ de La Rioja de 17 de octubre de 2007[4].

Por otro lado afirma el TEAC en su Resolución de 15 de junio de 2005, refiriéndose al requisito relativo al ejercicio de funciones de dirección en la entidad que constituyan la principal fuente de renta (el cual ha de ser apreciado en personas distintas del causante), que deben ser considerados los datos del ejercicio anterior. Este mismo Tribunal precisó además en su Resolución de 23 de noviembre de 2005, al hilo igualmente del requisito relativo al ejercicio efectivo de funciones de dirección en la entidad, percibiéndose por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, que de cara al cómputo de los rendimientos del trabajo ha de incluirse el importe de las pensiones de jubilación.

En relación con el requisito referente al mantenimiento de la titularidad de la explotación durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante señala el TEAC en su Resolución de 11 de julio de 2007 que dicha exigencia opera igualmente en el supuesto de una oficina de farmacia, a pesar de la reglamentación específica existente sobre titularidad y ejercicio de dicha actividad. Y tratándose de una explotación familiar perteneciente a la sociedad de gananciales, y habiéndose producido la adjudicación a uno de los cónyuges de la mitad con motivo de la disolución de aquélla, señala el TSJ. de Andalucía (Sevilla) en su Sentencia de 6 de septiembre de 2005 que la aplicación de la bonificación únicamente procederá sobre la mitad del valor del bien, resultando improcedente la aplicación del art. 27.1 de la LISD.

De cara a la aplicación de esta reducción del 95 por 100 del valor cuando se trate de la adquisición por descendientes del causante de una empresa individual, teniendo lugar el ejercicio por parte de aquél de una actividad de arrendamiento de inmuebles no considerada como actividad económica, la aplicación de dicha

[4] Recuérdese, además, que este requisito relativo al ejercicio habitual, personal y directo de la actividad por el sujeto pasivo no resultaba necesario con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. tal y como precisa la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de noviembre de 2005.

reducción resulta improcedente[5]. Y, produciéndose la adquisición de la empresa familiar incluida en la base imponible por un hijo adoptivo del causante, tratándose de una adopción plena, la aplicación de la bonificación resultaría procedente, debiendo producirse la misma sobre el valor total de la empresa heredada y no únicamente sobre el porcentaje que en el total de la herencia le correspondiese al adquirente. De esta opinión se mostró partidario el TSJ. de Madrid en su Sentencia de 6 de mayo de 2005, subrayando además el citado Tribunal que las particiones y adjudicaciones que los interesados realicen han de considerarse a efectos del Impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión[6].

¿Ha de entenderse cumplido el requisito temporal del mantenimiento de la adquisición de la empresa o del negocio familiar durante el plazo de 10 años si se mantiene su valor, sin necesidad de que se produzca el mantenimiento de la actividad? Desde nuestro punto de vista, así es. En este sentido se pronunció, además, la DGT, en su contestación a Consulta de 10 de septiembre de 2007, añadiéndose además que si el importe derivado de la venta de los bienes inmuebles heredados se reinvirtiese de manera inmediata en productos financieros que garanticen su inmovilización durante el período de tiempo exigido al efecto por el legislador resultaría de aplicación esta reducción del 95% prevista para adquisiciones *mortis causa* de negocios familiares.

Refiriéndose de manera específica al requisito relativo al mantenimiento del valor de las participaciones, señaló la DGT en su contestación a Consulta de 10 de enero de 2007 que no afecta al citado requisito de permanencia la venta de participaciones adquiridas *mortis causa* con reinversión íntegra e inmediata del importe obtenido en bienes de naturaleza inmobiliaria o financiera ya que, de cara al cumplimiento de este requisito, es suficiente con el mantenimiento del valor de adquisición respecto de aquél por el que se

[5] Así se encargó de precisarlo el TEAC, entre otras, en su Resolución de 19 de diciembre de 2007.

[6] Dentro del ámbito autonómico el TSJ. de Cataluña, en su Sentencia de 9 de marzo de 2007, declaró que, con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 356/1999, de 30 noviembre, procedía la aplicación de la presente reducción (así como de la relativa a la transmisión de la vivienda habitual, a la que posteriormente nos referiremos) a todos los causahabientes en la proporción de la que resultasen partícipes en la herencia, con independencia de las adjudicaciones de bienes determinados que, en el supuesto de autos, no resultaban del testamento del causante. Y en la Resolución de la DGT de 8 de agosto de 2007 se señala que procede la aplicación de la reducción por adquisición por descendientes del causante de una empresa individual en un supuesto de transmisión de participaciones dentro del régimen de la "apartación" establecido en el Derecho Civil gallego.

aplicó en su día la reducción. A juicio del citado Centro Directivo el requisito relativo al mantenimiento durante el plazo de los diez años siguientes del valor de lo adquirido no implica que deba mantenerse en ningún tipo de bienes, a diferencia de lo que sucede respecto de las adquisiciones bonificadas *inter vivos*, que sí exige que dicho mantenimiento se materialice en bienes o participaciones que gocen de la exención del Impuesto sobre el Patrimonio durante ese plazo de diez años. En consecuencia podrán enajenarse las participaciones adquiridas con esa reducción sin que deban ser invertidas en otros elementos patrimoniales concretos. Lo que no se admite por la normativa es que lo obtenido por dicha venta sea gastado por los adquirentes, esto es, que disminuya el patrimonio del obligado a mantener el valor de lo adquirido.

Precisa además la DGT a este respecto que, si se invirtiera lo obtenido por la venta de participaciones con reducción en bienes derechos fungibles no registrados, podría estimarse cumplido el mencionado requisito a pesar de que se plantease el problema insalvable para el adquirente relativo a poder comprobar que se ha mantenido durante todos y cada uno de los momentos del plazo de diez años el citado valor de lo adquirido. Y es que, al establecer la LISD que debe mantenerse durante el plazo de diez años el valor de lo adquirido, el obligado a cumplir dicho plazo debe comprobar que lo ha hecho durante todo el plazo, sin la existencia de instantes en que hubiera disminuido lo adquirido para lo cual, en el supuesto de que se hubiese invertido en bienes o derechos que permitan demostrar que lo ha realizado, se entenderá que mantiene la reducción. En cambio si lo mantiene en metálico no podrá demostrar, a pesar de que al cabo del plazo de diez años tenga un importe en dinero igual al obtenido en la adquisición inicial, que se trata de mismo dinerario, ya que han podido existir momentos en los que dispusiese de una mayor o menor cantidad. Concluye así la DGT que la reinversión inmediata de lo obtenido por la venta de participaciones adquiridas *mortis causa* con el beneficio de reducción de la base imponible del ISD en inmuebles y activos financieros supone el cumplimiento del requisito de mantener durante el plazo de diez años el valor de lo adquirido.

A través de su Resolución de 20 de noviembre de 2008 analizó la DGT el supuesto de una adquisición *mortis causa* de participaciones en una entidad no cotizada, resultando herederos un hijo residente en Madrid que continúa ejerciendo funciones directivas en la entidad y otro residente en Francia. Se plantean las cuestiones relativas a la determinación de las Administraciones tributarias ante las que se han de presentar las autoliquidaciones por el ISD, así como

la aplicabilidad a ambos hijos de la reducción del 95% por la adquisición de las participaciones y el derecho del no residente a la aplicación de la deducción por parentesco, surgiendo igualmente la duda acerca de si una eventual transmisión de sus participaciones por parte del no residente a aquel otro que sí lo es afectaría al mantenimiento de la reducción.

Tal y como nos recuerda de entrada la DGT, de acuerdo con lo establecido en el art. 70.1.a) del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del ISD (RISD), la presentación de los documentos o de las declaraciones por el Impuesto ha de efectuarse, tratándose de adquisiciones *mortis causa*, en las oficinas correspondientes al territorio donde el causante hubiese tenido su residencia habitual. Así las cosas, y por lo que respecta al supuesto planteado, la presentación habría de realizarse en la Administración tributaria de la Comunidad de Madrid. Estima además el citado Centro Directivo que tanto el hijo residente en Madrid como el que tiene su residencia habitual en Francia tienen derecho al disfrute de la reducción del 95% en concepto de adquisición *mortis causa* de las participaciones en la entidad, siempre que en el momento del fallecimiento del causante se cumpla la condición *sine qua non* de la exención del mismo en el IP. Y, por lo que respecta al cumplimiento de los restantes requisitos para que proceda la aplicación de la reducción en el Impuesto Sucesorio, ha de tenerse presente que, al tener el causante su residencia habitual en el territorio de la Comunidad de Madrid, habrá de estarse a la regulación que de dicha reducción y en el desarrollo de sus competencias normativas efectúe la citada Comunidad en virtud de su Ley 7/2005, de 23 de diciembre.

A juicio de la DGT no obstaría al mantenimiento de la reducción practicada el hecho de que se produjese la transmisión de sus participaciones por parte del no residente a su hermano residente dentro del plazo de cinco años que establece la legislación autonómica, en tanto en cuanto la Ley 29/1987 exige que el valor de la adquisición por el que se hubiese operado el beneficio fiscal se mantenga entre el grupo de los llamados a la herencia (en el supuesto planteado, los dos hijos del causante). Por tanto la transmisión realizada entre los hermanos no afectaría al derecho a la reducción practicada, siempre y cuando se mantuviese dicho valor de adquisición. Téngase presente además que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 20.4 de la Ley 29/1987, tratándose de un supuesto de obligación real de contribuir, (y tal y como sucede en el supuesto planteado en relación con el hijo del no residente en España), las reducciones que han de aplicarse son

las previstas en el apartado segundo del citado precepto, procediendo en consecuencia en el referido supuesto la aplicación de las reducciones por parentesco a las que se refiere el primer párrafo de dicho apartado.

¿Qué sucede en aquellos supuestos en los que lo que existe es una comunidad de bienes? Tal y como tuvo ocasión de precisar la DGT en su Resolución de 27 de marzo de 2006, relativa a la donación de la participación en una comunidad de bienes a los restantes comuneros, hijos del donante, tratándose de una comunidad de bienes que desarrolla una actividad económica en la que cada comunero lleva a cabo la misma de forma personal, habitual y directa, la concurrencia de los requisitos necesarios para poder gozar de la exención tradicionalmente prevista al efecto en la normativa reguladora del IP, implica también la posibilidad de aplicar la reducción en el ISD con ocasión de dicha transmisión. En consecuencia, a efectos de la exención en el IP de dicha participación del padre éste deberá cumplir los requisitos establecidos en la normativa del citado Impuesto respecto de los empresarios o profesionales que desarrollan sus actividades de forma individual, es decir, aquéllos que no han adoptado para su empresa ninguna forma societaria. Significa ello por tanto que dicho copartícipe tendrá que desarrollar de forma personal, habitual y directa la actividad de que se trate y, además, que lo percibido por la realización de dicha actividad represente, al menos, el 50% de sus rentas. Y será una vez cumplidos con los citados requisitos y con los restantes exigidos por la normativa del ISD cuando la donación de la participación efectuada a sus hijos podrá gozar de la aplicación reducción de la base imponible del Impuesto Sucesorio.

En resumen la participación en una comunidad de bienes se considera, a efectos de los citados Impuestos, no como una participación societaria, sino como si se desarrollase la actividad económica por los comuneros o partícipes, debiendo ser individualmente estos últimos quienes, si quieren disfrutar de los beneficios fiscales previstos en relación con la empresa familiar, deban cumplir con los requisitos establecidos en la normativa del IP y del ISD.

1.5.b) Reducción por adquisición de la vivienda habitual de la persona fallecida

Una segunda reducción susceptible de ser aplicada con motivo de estas transmisiones es la relativa a la vivienda habitual de la

persona fallecida, siempre y cuando los causahabientes sean el cónyuge, los ascendientes o descendientes de aquél, o bien un pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento. En este caso la reducción tiene un límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo.

Tal y como se señala en la STSJ. de Castilla y León (Burgos) de 15 de octubre de 2007, de cara a poder aplicar esta reducción por la adquisición de la vivienda habitual del causante constituye un requisito necesario la consideración de aquélla como vivienda habitual[7].

Tratándose de un supuesto en el que la vivienda habitual del causante perteneciese a la sociedad de gananciales si, al procederse a la liquidación de la sociedad con carácter previo a la formación del haber hereditario, se adjudicase la totalidad de aquélla a los herederos en pleno dominio y a la viuda su usufructo en pago de la mitad del haber ganancial, estima el TSJ. de Madrid en sus Sentencias de 28 de julio de 2008 y de 20 de octubre de 2006 así como el TSJ. de Castilla y León (Burgos) en su Sentencia de 9 de enero de 2004 que la aplicación de la reducción al valor total de la vivienda resultaría procedente. Por otra parte declara el TSJ. de Baleares en su Sentencia de 23 de enero de 2007 que, siendo la vivienda transmitida una vivienda agrícola con dependencias y terrenos anejos, únicamente resultará posible la consideración como vivienda habitual de la edificación destinada a dicho fin y la parcela inescindible necesaria para la edificabilidad de la misma.

A la hora de proceder a calcular en este supuesto la base de la reducción su cálculo tendrá lugar sobre la parte del valor de la vivienda habitual que, en su caso, estuviese incluida en el caudal relicto en atención a la concreta adjudicación de los bienes gananciales efectuada a cada parte en la liquidación de la sociedad de gananciales. Así lo reconoce la DGT en su Resolución de 20 de octubre de 2004.

Teniendo lugar aquellas operaciones en las que, al haberse extinguido la sociedad de gananciales por fallecimiento, se produce la integración de la vivienda perteneciente al matrimonio en la porción del patrimonio final de la sociedad de gananciales perteneciente a la causante, señala la DGT en contestación a Consulta de 14 de julio de 2004 que existe adquisición hereditaria, resultando la sujeción a gravamen procedente. Y, produciéndose la adjudicación de la vivienda y el correspondiente abono de la

[7] Véase igualmente a este respecto la STSJ. de Andalucía (Sevilla) de 29 de septiembre de 2005.

compensación por el beneficiario en favor de los demás adjudicatarios en concepto de exceso de adjudicación, concluye la DGT en la citada Resolución que nos hallamos en presencia de una donación susceptible de quedar sujeta al Impuesto[8]. Como es lógico, habiéndose producido el fallecimiento del causante con anterioridad a la entrada en vigor de la bonificación la aplicación de esta última resultaría improcedente, tal y como se afirma en la STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2005.

En el supuesto de que se produjese la enajenación de la vivienda habitual adquirida *mortis causa* por dos causahabientes aplicándose al efecto la presente reducción prevista en la Ley del ISD, estima la DGT en su Resolución de 1 de diciembre de 2006 que el causahabiente habría de mantener, al menos, el valor por el que practicó la reducción y materializar ese valor en una vivienda, aunque no tenga para el mismo la condición de habitual. La reinversión ha de hacerse de forma inmediata a la enajenación, inmediatez que deriva del dato de que el beneficio fiscal está condicionado tanto al mantenimiento del valor como a la existencia permanente de una vivienda, que es lo que justifica la procedencia de la aplicación de la reducción en el Impuesto. Precisa sin embargo la DGT que no puede establecerse un plazo máximo para ello, ya que se trata de una cuestión de carácter puntual que debe atender a las circunstancias concretas que concurran en el compromiso de adquisición de la nueva vivienda, el cual no podrá ser además el previsto en la normativa del IRPF para la reinversión en transmisión de la vivienda habitual, añadiéndose además que la inmediatez estaría en contradicción con la aplicación del importe de la enajenación en productos financieros, si bien no plantearía problema alguno desde la perspectiva del mantenimiento del requisito de permanencia el hecho de que la reinversión se produjera en sendas viviendas para cada coheredero.

Ya con anterioridad, mediante Resolución de 28 de noviembre de 2006 la DGT, refiriéndose igualmente a esta obligación posterior de mantenimiento, analizó la cuestión relativa a si, en caso de enajenación de la vivienda adquirida con reducción, debe reinvertirse todo lo que se obtenga por su venta (precisándose ade-

[8] Téngase presente además que en aquellos supuestos de pertenencia de la vivienda habitual del causante a la sociedad de gananciales, teniendo lugar la liquidación de la sociedad con carácter previo a la formación del haber hereditario y siendo adjudicada la totalidad de aquélla con posterioridad a la viuda en concepto de heredera, procedería la aplicación de la reducción sobre el valor total de la vivienda. Así lo tiene declarado el TSJ de Madrid en sus Sentencias de 6 y 20 de octubre de 2006 y de 12 de enero de 2007.

más cuando debe llevarse a cabo tal reinversión), así como la referente a si puede reinvertirse como copartícipe de la nueva vivienda que sustituya a la primeramente adquirida con reducción fiscal. En relación con el supuesto relativo a la enajenación de la vivienda habitual adquirida *mortis causa* y sobre la que se hubiese aplicado la reducción en la base imponible recuerda la DGT que para mantener el derecho a la reducción practicada el adquirente debe mantener durante todo el período de permanencia una vivienda, sin que sea necesario que sea la adquirida *mortis causa* con reducción de la base del ISD, ni que tenga que tener la característica de ser la habitual del adquirente, ya que lo primero se desprende de la finalidad de la ley y lo segundo de que no se exige tal naturaleza de la vivienda adquirida o de la que la sustituya. La reinversión del importe obtenido debe producirse en un inmueble que tenga la consideración de vivienda y, al menos, por el valor por el que en su día se hubiese practicado la citada reducción. Añade además la DGT que, en caso de transmitir la vivienda adquirida, el adquirente deberá reinvertir, al menos, todo el importe en el que fuera valorada la vivienda del causante a efectos de la adquisición inicial pudiendo, en su caso, adquirir otra vivienda en copropiedad con un tercero si invierte dicho importe.

No obstante reconoce el citado Centro Directivo la posibilidad de que la diferencia resultante entre dicho valor de reinversión y el importe total de la nueva vivienda pueda ser aportada por un tercero, que compartiría su propiedad. Sigue por tanto la DGT la línea marcada en contestaciones anteriores respecto de la vivienda habitual del causante en el sentido de que no es necesario que se convierta en la habitual del adquirente, pudiendo ser sustituida por otras viviendas, siempre y cuando se reinvierta al menos el importe en que se valoró a efectos del ISD y siendo la reinversión inmediata. Y es que ya en anteriores consultas había estimado la DGT que esta circunstancia se produce, también, cuando la vivienda que sustituye a la adquirida con reducción se había adquirido con anterioridad.

Por otra parte, tratándose de una sucesión *mortis causa* como consecuencia de la cual se transmite a dos hijas, menores de edad, la nuda propiedad de una vivienda adquirida *mortis causa* y por la que se aplicó la reducción derivada de adquisición de vivienda habitual del causante, estimó la DGT en contestación a Consulta de 28 de noviembre de 2006 que, al transmitirse de forma gratuita la nuda propiedad y permanecer de forma exclusiva en el causahabiente el usufructo vitalicio, no se mantiene el valor

de adquisición de la vivienda, perdiéndose en consecuencia el derecho a la aplicación de la reducción practicada. Téngase presente que el adquirente de la vivienda habitual del fallecido no sólo debe proceder a mantener el valor de lo adquirido, sino que debe mantener además dicho valor materializado en una vivienda, que no tiene por qué ser la del causante ni tiene que cumplir la condición de constituir su vivienda habitual, sin perjuicio de que deba tratarse de una vivienda. Así las cosas, y como consecuencia del incumplimiento del deber de mantener el valor de lo adquirido, el adquirente de la vivienda por sucesión mortis causa habrá de ingresar el total de la cuota correspondiente a la reducción practicada y los oportunos intereses de demora. Y, a este respecto, conviene recordar que si el patrimonio total de una persona, como consecuencia de una operación relativa a un elemento patrimonial adquirido con reducción de la base imponible, se reduce, ello supone un incumplimiento del deber de mantener el valor de lo adquirido.

¿Permite este requisito relativo al mantenimiento del valor de la vivienda durante el plazo de diez años su transmisión para adquirir una nueva vivienda del mismo valor? La respuesta a la citada cuestión ha de ser afirmativa, tal y como señala la DGT en su contestación a Consulta de 20 de diciembre de 2006. A mayor abundamiento, no se requiere a este respecto que la nueva vivienda se halle en el territorio de la misma Comunidad Autónoma en el que lo estaba aquella que originó la práctica de la reducción. En cambio, considera la DGT que sí que resulta preciso que la reinversión se realice de forma inmediata a la transmisión de la heredada, ya que el beneficio fiscal se encuentra condicionado, tanto al mantenimiento del valor como de la existencia permanente de una vivienda.

Más recientemente, en sus Resoluciones de 2 de septiembre y 28 de octubre de 2008, relativas al mantenimiento de la vivienda habitual del causante, la DGT se encargó de recordar que, tal y como puso de manifiesto en el Epígrafe 1.4.c) de su Resolución 2/1999, de 23 de marzo, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del ISD en materia de vivienda habitual y empresa familiar, la Ley únicamente exige el mantenimiento del carácter de vivienda durante el plazo establecido, a pesar de que no sea como habitual del causahabiente. Por tanto siempre que, de una parte, se mantenga el valor de adquisición por el que se hubiese practicado la reducción y, de otra, el importe obtenido en la enajenación se reinvierta de forma inmediata en la adquisición de la nueva vivienda habitual, no se entenderá infringido el

requisito de permanencia exigido por la Ley subsistiendo, en consecuencia, el derecho a la aplicación de la reducción practicada en su día[9].

Habiéndose adquirido *mortis causa* una vivienda con aplicación de la reducción que establece el art. 20.2.c) de la LISD y procediéndose con posterioridad a la venta de la misma ocho años después para destinar el importe de la venta a la cancelación de un crédito que se obtuvo para la adquisición de otra vivienda dos años antes de dicha enajenación, ¿Cabe estimar que se origina una reinversión inmediata del importe obtenido en la adquisición de la nueva vivienda de cara a poder mantener la reducción aplicada en su día? Señala a este respecto la DGT en su contestación a Consulta de 16 de enero de 2009 que el requisito de la permanencia ha de entenderse en estos casos en el sentido de que el valor de la adquisición debe mantenerse durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que el causahabiente fallezca dentro de dicho plazo, así como en la necesidad de su materialización en una vivienda, no siendo preciso que ésta tenga el carácter de habitual para el adquirente.

Ahora bien con independencia de lo anterior el art. 20.2 de la LISD exige el mantenimiento del valor durante el plazo de diez años y no, por ejemplo, al término inicial y final de dicho plazo, de manera que debe entenderse que la reinversión del valor en una nueva vivienda ha de realizarse de forma inmediata a la transmisión de la heredada. Y el requisito de la permanencia no se incumple por el hecho de que dicho valor se reinvierta en otra vivienda adquirida con anterioridad a la transmisión de la ad-

[9] Igualmente en su contestación a Consulta de 14 de abril de 2008 la DGT se encargó de recordar que, de cara al disfrute de la citada reducción, se exige efectivamente que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de dicho plazo. Ese mantenimiento incumbe de hecho a quien o quienes resulten adjudicatarios de la vivienda, a pesar de que la conservación o perdida del derecho a la reducción en su día practicada alcance al grupo de causahabientes llamados a la sucesión de forma distinta. En el supuesto planteado a la DGT que dio origen a la citada contestación ambas circunstancias coincidían, al ser los causahabientes también adjudicatarios de la vivienda como condóminos de la misma. Debido a ello, mientras la vivienda conserve o no su condición de habitual y se mantenga dentro de ese grupo, estima el citado Centro Directivo que también se conservará el derecho a la aplicación de la reducción. Este sería, por ejemplo, el caso de una transmisión efectuada entre hermanos con la consiguiente disolución del condominio, pero no así en los supuestos de transmisiones mortis causa o inter vivos, tanto a los hijos del transmitente como a un tercero. En ambos casos, so pena de que se cumplan las previsiones establecidas en el último párrafo del art. 20.2.c) de la Ley 19/1987, será preciso el transcurso del plazo de diez años a contar desde el fallecimiento del causante, en los términos previstos en el citado precepto, apartado y letra de la Ley reguladora del ISD.

quirida *mortis causa*, con independencia del plazo de antelación, incluso mediante su aplicación al crédito solicitado para su financiación, siempre que se mantenga dicho valor de adquisición o, más precisamente, siempre que como consecuencia de la reinversión no disminuya el patrimonio del interesado. En definitiva, a juicio de la DGT, a efectos del mantenimiento de la reducción en la base imponible por adquisición mortis causa de la vivienda habitual del causahabiente, es válida la materialización del importe obtenido en la transmisión de la misma en la extinción de un crédito obtenido para la adquisición de otra vivienda adquirida con anterioridad siempre que, como consecuencia de la reinversión, no disminuya el patrimonio del interesado.

La Sentencia del TSJ. de Castilla y León (Burgos) de 20 de enero de 2009 analiza un supuesto en el que el importe obtenido por la parte actora como consecuencia de la enajenación de la vivienda heredada se aplicó a la amortización anticipada de un préstamo concedido a la misma y su hijo para la adquisición, en común, por mitad y en pro indiviso, de una nueva vivienda. De este modo, al pasar a formar parte del patrimonio del hijo la mitad de lo obtenido por la venta, el patrimonio de la actora terminó disminuyendo. Por otra parte el hijo de la actora no había sido llamado a la herencia ni formaba parte de ninguna comunidad hereditaria, no produciéndose además ninguna enajenación del bien por parte de la actora a favor de su hijo. Y, en base a ello, concluye el Tribunal que procede la aplicación de la reducción en la base imponible del Impuesto derivada de la adquisición de la vivienda habitual.

1.5.c) Reducción por adquisición de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español o del Patrimonio Histórico o Cultural de las Comunidades Autónomas, cuando se adquieran por el cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida

En relación con la práctica de esta última reducción referente a aquellos supuestos de enajenación de bienes del Patrimonio Histórico adquiridos *mortis causa* señaló la DGT en contestación a Consulta de 10 de julio de 2006 que, a efectos de mantener la reducción practicada en el ISD, no resulta infringido el requisito de permanencia si el importe de la enajenación se reinvierte de forma inmediata en bienes de igual naturaleza, aun cuando hubiesen sido adquiridos con anterioridad a la transmisión. En consecuencia, si salen bienes del Patrimonio Histórico Español o de las Comunidades Autónomas que hubiesen gozado de reducción en la base

imponible del Impuesto derivada de una adquisición *mortis causa* habría de reinvertirse inmediatamente lo obtenido en otros bienes de la misma naturaleza. Y, en el supuesto de que se reinvirtiese lo recibido por la enajenación de bienes del Patrimonio Histórico en otros de la misma índole al objeto de que se cumpla con el mantenimiento de lo adquirido, resulta imprescindible que el patrimonio total del adquirente no disminuya como consecuencia de estas operaciones.

1.5.d) Recapitulación

Al amparo de las diversas consideraciones efectuadas en relación con este conjunto de supuestos de reducción puede constatarse que los tres supuestos exigen el mantenimiento de la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

En el caso específico de la adquisición de la vivienda habitual, de cara a la aplicación de la reducción se exige el mantenimiento del valor de adquisición de la vivienda del causante durante los diez años siguientes al fallecimiento, y no sólo al inicio y al final de dicho plazo, por lo que la reinversión del valor en una nueva vivienda deberá llevarse a cabo de forma inmediata a la transmisión de la heredada. Y no obsta al mantenimiento del requisito de permanencia el hecho de que dicho valor se reinvierta en una vivienda adquirida con anterioridad a la transmisión de la adquisición *mortis causa*, con independencia del plazo de antelación y siempre que, como consecuencia de dicha reinversión, no disminuya el patrimonio del interesado. El valor de adquisición de la vivienda ha de mantenerse durante la década siguiente al fallecimiento del causante, salvo que el causahabiente falleciese dentro de ese mismo plazo, siendo necesaria al efecto su materialización en una vivienda, sin que sea preciso que esta tenga el carácter de habitual para el adquirente. Y la reinversión del valor en una nueva vivienda ha de llevarse a cabo de forma inmediata a la transmisión de la heredada, sin que proceda una aplicación del importe obtenido a activos financieros. No cabe, por tanto, la posibilidad de mantener el valor de la vivienda habitual del causante en otros activos temporalmente[10].

[10] La reinversión debe ser inmediata. No obstante cabe la transmisión de la vivienda antes del transcurso del plazo de 10 años sin perder el derecho a la reducción siempre que dicha transmisión se produzca dentro del grupo de herederos con derecho a deducción. En este sentido se pronunció la DGT en su contestación a Consulta de 25 de mayo de 2005.

En cambio, teniendo lugar la donación efectuada por una madre de participaciones adquiridas *mortis causa* de su cónyuge por las que se practicó la reducción prevista en la Ley cabe estimar que no se produciría el incumplimiento del requisito de permanencia exigido por aquélla y, por ende, la pérdida del derecho a la reducción practicada en su día. Y tampoco afectaría al cumplimiento de este requisito de permanencia la transmisión onerosa de las participaciones dentro del grupo de herederos o a un tercero ajeno al mismo antes de la finalización del plazo legal siempre que, manteniéndose al menos el valor de adquisición, el importe de la enajenación se reinvierta en bienes de naturaleza inmobiliaria o financiera[11].

Dentro del ámbito autonómico cabe aludir igualmente a la existencia de una abundante doctrina administrativa elaborada por la DGT en torno a la aplicación de la presente reducción. Así, por ejemplo, afirma el citado Centro Directivo en su Resolución de 26 de octubre de 2006 que, si bien la legislación madrileña puede proceder a modificar sus propias regulaciones, en ningún caso esta circunstancia puede afectar al alcance de la legislación estatal dictada en el ejercicio de su competencia sobre la materia. En el presente caso, produciéndose la transmisión onerosa de la vivienda habitual del causante antes de transcurrida la década a contar desde el fallecimiento de este que, como ya sabemos, exige el art. 20.2.c) de la Ley 29/1987, ello significaría el incumplimiento del plazo de permanencia exigido al efecto por la legislación estatal, ya que debe mantenerse la adquisición de la vivienda aunque ésta deje de tener carácter de habitual para el causahabiente, con la única salvedad (en tanto en cuanto no afectarían al cumplimiento del requisito de permanencia) de las transmisiones llevadas a cabo entre los miembros del grupo familiar en cuanto hubieren sido llamados a la sucesión *mortis causa* de la que trae causa la adquisición de la vivienda habitual[12].

[11] Véase, en este sentido, la contestación de la DGT a Consulta de 27 de febrero de 2006.

[12] Concretamente, en el supuesto analizado por la DGT en la citada Resolución el consultante pretendía la aplicación de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 7/2005, de la Comunidad de Madrid, de Medidas Fiscales y Administrativas, que reduce el plazo de permanencia a 5 años a la transmisión de una vivienda en 1999 que se había adquirido en menos de 10 años.

1.6. REDUCCIÓN POR TRANSMISIÓN DE EXPLOTACIONES AGRARIAS.

Teniendo lugar la transmisión de explotaciones agrarias son de aplicación las reducciones previstas en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, si bien dichas reducciones resultan incompatibles con las previstas en la LISD por el tipo de bien transmitido.

Así sucede, en primer lugar, con la reducción del 90% prevista en relación con aquellas superficies incluidas en Planes de protección por razones de interés cultural aprobados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma o, en su caso, por el correspondiente del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y en la transmisión íntegra de la explotación, realizada a favor o por el titular de otra Explotación Agraria Prioritaria (del 100% si el adquirente es Agricultor Joven o Asalariado Agrario).

Existe en segundo término una reducción del 75% aplicable en aquellos supuestos de transmisión de superficies con un Plan de Ordenación Forestal, con un Plan Técnico de Gestión y Mejora Forestal o con figuras equivalentes de planificación forestal, siempre y cuando resulten aprobados por la Administración competente. Dicha reducción resulta asimismo aplicable en aquellas transmisiones parciales de explotaciones y fincas rústicas efectuadas a favor de un titular de Explotación Agraria Prioritaria, pudiendo incluso alcanzar el porcentaje de reducción el 85% en el supuesto de que el adquirente lo fuese un Agricultor Joven o Asalariado Agrario.

La transmisión de las restantes superficies rústicas de dedicación forestal lleva aparejada la práctica de una reducción del 50% siempre que, como consecuencia de dicha transmisión, no se altere el carácter forestal del predio y no sea transmitido *inter vivos*, arrendado o cedida su explotación por el adquirente durante los cinco años siguientes al de la adquisición. Dicha reducción del 50% resulta además aplicable tratándose de la transmisión de terrenos efectuada con la finalidad de completar, bajo una sola linde, la superficie de una Explotación Agraria Prioritaria, siempre y cuando se complete bajo una sola linde el 50% o más de la superficie de una explotación[13]. Finalmente cabe aludir a la existencia de reducciones que oscilan entre el 50 y el 90%, susceptibles de practicarse con motivo de la transmisión de superficies rústicas de explotación forestal.

[13] Y de una reducción idéntica goza la extinción del usufructo que se hubiera reservado el transmitente.

Tal y como declaró el TSJ. de Murcia en su Sentencia de 28 de febrero de 2007, relativa a las bonificaciones susceptibles de ser aplicadas con motivo de la transmisión de explotaciones agrarias prioritarias (art. 9 Ley 19/1995, de 4 julio), constituye un requisito necesario de cara a la consideración de explotación prioritaria el reconocimiento administrativo de tal condición, siendo insuficiente a tal efecto la mera constancia en la escritura de adjudicación de la herencia de que se solicitó la calificación de explotación prioritaria[14].

Otro de los requisitos exigido es el relativo al mantenimiento de la condición de explotación agraria prioritaria tras la transmisión. Y, en este sentido, señaló la DGT en su Resolución de 12 de julio de 2004 que, tratándose de una transmisión *mortis causa* efectuada en favor del cónyuge e hijos que asumen, respectivamente, la condición de usufructuaria y de nudos propietarios, la aplicación de la reducción resulta procedente.

Adviértase para finalizar este punto que no existe beneficio fiscal alguno susceptible de ser aplicado en la Ley del Impuesto Sucesorio en aquellos supuestos de transmisión de viviendas de protección oficial, si bien la base imponible no puede superar el precio máximo de venta fijado legalmente[15]. En consecuencia la transmisión *mortis causa* de una vivienda de protección oficial está sujeta y no exenta de ISD ya que, al tratarse de un bien que se adquiere gratuitamente y por causa de muerte, constituye un supuesto, como cualquier otro, de adquisición *mortis causa*, debiendo quedar por ello sometido al Impuesto Sucesorio. Dicha inexistencia de beneficio fiscal alguno respecto de este tipo de viviendas en la regulación del Impuesto contrasta con lo que sucede en el ámbito de otros Impuestos, en los que sí que existen beneficios otorgados a estas viviendas. Es el caso, por ejemplo, del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD), en los que se contemplan beneficios que responden a la distinta naturaleza de la adquisición onerosa frente a la gratuita ya que, si se pretende beneficiar el acceso a estas viviendas cuando se deben adquirir por precio, se considera conveniente disminuir los tributos a pagar. En cambio si se reciben a través de herencia, legado o pacto sucesorio, no parece que se trate de una

[14] En esta misma línea se sitúa la STSJ. de Castilla-La Mancha de 6 de abril de 2006, en la que se añade que, habiéndose presentado la solicitud de reconocimiento con posterioridad al fallecimiento del causante, la aplicación de la bonificación resultaría improcedente.

[15] Así lo declaró la DGT, entre otras, en su contestación a Consulta de 24 de octubre de 2006.

forma de acceder a una vivienda sino, sencillamente, de una adquisición de bienes o derechos por una causa no esperada ni prevista y, en consecuencia, no planificada por el contribuyente a la hora de adquirir su vivienda.

¿Cuál debe ser la base imponible del ISD en estos supuestos de adquisición *mortis causa* de viviendas de protección oficial? En nuestra opinión, cuando su precio o valor resulte fijado por una norma o por una autoridad o funcionario idóneo, éste será el importe de la base imponible. Ello implica que su valor a efectos del ISD (y también del ITPyAJD) ha de quedar determinado por el precio máximo de venta fijado en la normativa sobre este tipo de viviendas. Ahora bien, tal y como se ha indicado, si respecto a cualquier elemento patrimonial se fijase su precio o valor por una autoridad o funcionario idóneo, la base imponible quedaría integrada por dicho valor. Esta última circunstancia podrá plantearse en supuestos de subastas públicas, adjudicaciones de bienes por cualquier tipo de autoridades, etc.

De cualquier manera, no existe dentro de la normativa estatal del ISD ningún beneficio fiscal específico susceptible de ser aplicado a este tipo de viviendas. Y, existiendo un precio en dinero marcado por la Ley o determinado por la autoridad o funcionario idóneo (como ocurre con las citadas viviendas) éste será el que determine la base imponible.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA BASE LIQUIDABLE EN LAS DONACIONES O TÍTULOS EQUIPARABLES. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS REDUCCIONES ESTATALES SUSCEPTIBLES DE SER APLICADAS

Siguiendo el mismo esquema anteriormente indicado al analizar las adquisiciones hereditarias, y no existiendo reducciones autonómicas, como regla general la base liquidable coincidirá con la imponible. No obstante, existen reducciones puntuales que sí deben tomarse en consideración.

Así sucede, en primer lugar, con la **reducción por trasmisión de empresas individuales o negocios profesionales** y entidades exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio. Y ello debido a que en tales supuestos se aplicará una reducción del 95% del valor de la transmisión, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos: la transmisión debe efectuarse a favor del cónyuge, descendientes o adoptados; el donante ha de tener, al menos, sesenta y cinco o más años o encontrarse en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran in-

validez; aquel donante que viniese ejerciendo funciones de dirección debe dejar de ejercerlas y de percibir remuneraciones por ellas, desde el momento de la transmisión[16]; el donatario debe mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el IP durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo; y dicho donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición.

Como es lógico, y al igual que sucede con las adquisiciones *mortis causa*, en caso de no cumplirse estos requisitos deberá pagarse la parte del Impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada, junto con los correspondientes intereses de demora.

Declara la DGT en su contestación a Consulta de 27 de diciembre de 2006, relativa a la donación de la empresa familiar que, habiéndose producido la adquisición de dicha empresa por negocio gratuito *inter vivos*, los donatarios deben cumplir dos requisitos posteriores a la adquisición. En primer lugar, mantener el valor de lo adquirido durante el plazo de los diez años siguientes a la adquisición, lo que, como ya sabemos, también resulta exigible en los supuestos de adquisición por causa de muerte. Y, en segundo término, que durante el citado plazo de diez años tengan derecho a la exención del IP por la empresa adquirida o por otra que pudiera haber sustituido a la inicialmente transmitida. Esta segunda condición, al no quedar exigida expresamente por la regulación de la reducción prevista para las transmisiones *mortis causa*, fue la que dio lugar a que la doctrina de la DGT (plasmada en múltiples consultas y en su Resolución 2/1999, en la que se recogen los criterios administrativos más importantes sobre las reducciones del ISD) considerase que si la regulación de las reducciones por causa de muerte de la empresa familiar no exige la necesidad de que los adquirentes que disfruten del derecho al beneficio fiscal tengan que mantener la exención del IP, es obvio que no se puede exigir dicho requisito.

En relación con la cuestión relativa a la trascendencia que pudiera llegar a tener una eventual modificación legislativa autonómica señala la DGT que, dado que las CC.AA. tienen competencia normativa sobre el Impuesto Sucesorio (en este sentido han acortado el plazo de permanencia y exención exigido para las adqui-

[16] A tales efectos, no se entiende como función de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad.

siciones de empresa familiar por donación), habiendo sido el beneficio aplicado en su día el estatal, la regulación autonómica en nada afecta a los beneficiarios puesto que se les aplicó la estatal, y entre ésta y la de la normativa de las CC.AA. existe una línea de separación que se fija mediante el principio de competencia, lo que significa que no existen repercusiones de lo que legisle cada instancia en la regulación de la otra. En consecuencia la minoración del plazo de mantenimiento de lo adquirido en una reducción establecida o regulada por las CC.AA. no tiene efectos en los adquirentes. Concluye por tanto la DGT que los donatarios de una sociedad que hubiese gozado de reducción de la base imponible del ISD deben proceder a mantener el valor de lo adquirido durante un plazo de diez años y, además, durante el mismo plazo, tener derecho a la exención del IP por dicha sociedad o por otra que le sustituya.

Por otra parte, de cara a la aplicación en las adquisiciones inter vivos de reducciones sobre participaciones en entidades, las condiciones necesarias para disfrutar de la reducción establecidas en el art. 20.6 de la Ley 29/1987 (que, a su vez, se refieren a lo dispuesto en el art. 4.Octavo de la Ley 19/1991) han de cumplirse en el ejercicio anterior a aquél en que se produzca la donación[17].

Por lo que respecta a la **reducción por adquisición de bienes del Patrimonio Histórico** cabe señalar que cuando se transmitan bienes del patrimonio histórico español o histórico y cultural de las Comunidades Autónomas podrá practicarse una reducción del 95% de su valor, siempre que se cumplan ciertos requisitos: la transmisión debe realizarse a favor del cónyuge, descendientes o adoptados; el donante debe tener al menos sesenta y cinco más años o encontrarse en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez; y el donatario ha de mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el IP durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.

Y en cuanto a la **reducción por transmisión de explotaciones agrarias**, su aplicación tiene lugar en los mismos términos que en las transmisiones *mortis causa*. Así, por ejemplo, y de conformidad con lo declarado por la DGT en su contestación a Consulta de 1 de marzo de 2007, relativa a la aplicación de los beneficios fiscales para la donación de una explotación agrícola, ésta operación podrá beneficiarse de la aplicación de la reducción dispuesta en el art. 20

[17] Así se encargó de precisarlo, por ejemplo, la Sentencia del TSJ. de Madrid de 6 de octubre de 2006.

de la LISD o bien optar por la aplicación de los beneficios fiscales previstos en la Ley 19/1995. Se trata de beneficios fiscales que afectan a cualquier tipo de transmisiones (tanto gratuitas como onerosas) de explotaciones agrícolas, siempre y cuando beneficien al titular de otra explotación que sea prioritaria o que alcance esta consideración como consecuencia de la adquisición. Asimismo resulta necesario que se complete bajo una sola linde la superficie necesaria para constituir una explotación prioritaria, que lo sea a favor de un titular de explotación prioritaria que no pierda o que alcance esta condición como consecuencia de la adquisición o que se trate de un agricultor joven o de un asalariado agrario para su primera instalación en una explotación prioritaria. En todo caso es al beneficiado al que corresponde optar entre la aplicación de la misma y lo dispuesto con carácter general en la LISD.

Pues bien, tanto si se dona la explotación individual como si se constituye primero una sociedad limitada y, con posterioridad, se donan las participaciones en la sociedad, cumpliéndose los requisitos establecidos en la Ley 19/1995 se tendrá derecho a la aplicación de la reducción del 95% de la base imponible, sin perjuicio de tener que cumplir los plazos de mantenimiento del valor de lo adquirido y de tener derecho a la aplicación de la exención del Impuesto sobre el Patrimonio en dicho período de diez años.

Para finalizar téngase presente que, de la misma manera que sucede en los casos de adquisiciones hereditarias, al margen de este conjunto de reducciones estatales han de ser igualmente tomadas en consideración las reducciones autonómicas existentes. Así, por ejemplo, se afirma en la Resolución de la DGT de 31 de julio de 2006, relativa a la donación efectuada por un no residente a sus hijos residentes en la Comunidad Autónoma de Madrid, en relación con los requisitos que deben ser cumplidos de cara a la aplicación de la correspondiente reducción autonómica, que los donatarios han de cumplir con el requisito de residencia durante un quinquenio hasta el día anterior a la fecha del devengo, en función de la existencia de vivienda habitual, siendo indiferente al respecto que el donante resida o no en Madrid. Cuestión distinta se plantearía si se tratara de una sucesión *mortis causa*, en cuyo caso la distribución territorial del ISD se realizaría en función de la residencia del fallecido, siendo necesario al objeto de proceder a la aplicación de la normativa autonómica que lleve residiendo en dicha Comunidad durante los cinco años anteriores a su muerte. Recuerda además la DGT en la citada Resolución que, respecto de las adquisiciones gratuitas e *inter vivos* de bienes muebles, se ha de aplicar la normativa de la Comunidad

Autónoma en la que tenga su residencia el adquirente, siempre que viniera residiendo en dicha Comunidad durante los cinco años anteriores a la donación o negocio gratuito *inter vivos* de que se trate aplicándose, en caso de no cumplirse con dicho requisito, la normativa estatal[18].

[18] Véase igualmente a este respecto la contestación de la DGT a Consulta de 21 de septiembre de 2007, en la que se declara que resulta aplicable la reducción del 99% aprobada por la Comunidad Autónoma de Madrid a aquellos donatarios de dinero en efectivo que hubiesen tenido su residencia en Madrid durante los cinco años anteriores a la realización de la donación, debiendo ser los órganos gestores los que acrediten la veracidad de la residencia.

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

SOBRE LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL DE 22 DE JULIO DE 2009, POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR EL CANAL DE ISABEL II CONTRA LA CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO

Se ha recibido el 29 de octubre de 2009 en esta Dirección General de los Servicios Jurídicos, petición del Gerente del Canal de Isabel II de interposición de recurso contencioso administrativo contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 22 de julio de 2009, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por el Canal de Isabel II contra la Confederación Hidrográfica del Tajo.

El presente dictamen se emite en cumplimiento del art.7.2 de la Ley 3/99 de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, que exige informe preceptivo de la Dirección General de Servicios Jurídicos para poder ejercitar acciones judiciales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el oficio de petición de acciones judiciales, el Ilmo. Sr. Gerente señala que la cantidad a reclamar es de 2.293.947,66 € para el año 2.003 y de 1.890.274,92 € para el año 2.004.

Sin embargo, en la nota técnica sobre la interposición del recurso evacuada por la Secretaría General Técnica del Canal de Isabel II se reconoce respecto a la liquidación de 2.003, haber pagado determinadas cantidades, la última de ellas el 15 de julio de 2005. En la citada nota se manifiesta que *"queda pendiente de ingresar la cantidad de 654.520,45 €"*. Sería ésta la cantidad objeto de recurso, así como según se nos manifiesta por la Subdirección de Asesoría Jurídica en correo electrónico, se solicitaría *"la devolución de las cantidades ingresadas indebidamente, esto es, 486.397,60 €, ingresados el 15 de julio de 2005, en concepto de gastos de conservación y funcionamiento"*.

Respecto a 2.004, la nota técnica señala que *"queda pendiente de ingresar la cantidad de 738.304,66 €"*, que sería el objeto de nuestro recurso; ya que se reconoce haber pagado 1.151.970,26 € el 4 de mayo de 2005, pese a que ya se había interpuesto recurso de reposición el 10 de enero de 2005, contra la liquidación de 2004.

SEGUNDO. En el oficio de petición de acciones judiciales, se nos solicita la suspensión de la ejecución del acto administrativo en vía judicial al amparo del art.129 de la LJ. Las liquidaciones practicadas tanto para 2.003 como para 2.004 ya están suspendidas en vía económico administrativa según la documentación entregada.

El art.233.7 de la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2.003, señala que *"la suspensión de la ejecución del acto se mantendrá durante la tramitación del procedimiento económico administrativo en todas sus instancias"*.

Por ello, en vía judicial habrá de solicitarse la medida cautelar de suspensión del pago de las cantidades pendientes de ingreso.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. El establecimiento de la Tarifa de Utilización de Agua (TUA) está regulado en el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 20 de julio de 2001, en cuyo art.114.2 se señala: *"Los beneficiados por obras hidráulicas especificas financiadas total o parcialmente a cargo del estado, incluidas las de corrección del deterioro del dominio público hidráulico, derivado de su utilización, satisfarán por la disponibilidad o uso del agua una exacción denominada "tarifa de utilización del agua" destinada a compensar los costes de inversión que soporte la Administración estatal y a atender los gastos de explotación y conservación de tales obras"*.

El Canal de Isabel II tiene la obligación de abonar cada año la TUA siempre que se dé el hecho imponible, es decir, *"la disponibilidad o uso del agua"*. A la hora de interpretar este precepto, ha de acudirse al primer criterio interpretativo con arreglo al art.3.1 del Código Civil, es decir, el *"sentido propio de las palabras"*. Por ello, lo primero que procede es analizar si gramaticalmente la conjunción **"o"** es coordinante o disyuntiva, es decir, si es equivalente a "y" en cuyo caso el hecho imponible sería acumulativamente la disponibilidad y el uso del agua; o por el contrario, es propiamente disyuntiva, en cuyo caso bastaría una de las dos cosas, la disponibilidad o su uso. El sentido propio de la conjunción es disyuntivo, marcando una diferencia entre los dos términos entre los que se sitúa. Del contexto, podemos entender que el legislador lo empleó en su sentido alternativo, pero también puede entenderse como coordinante.

En todo caso, acudiendo al diccionario, estar disponible (*"dícese de todo aquello de que se puede disponer libremente"*, disponer *"Ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute"*, según el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, vigésimo primera edición, 1992.

En el supuesto que nos ocupa, independientemente de cualquier interpretación es un hecho cierto y seguro y como tal se ha considerado probado en vía administrativa por el Tribunal que el Canal de Isabel II en el año 2.003 no solo tuvo a su disposición el agua sino que la utilizó, ya que el 2 de septiembre de 2003 inició el suministro de agua a los municipios afectados la cual se mantuvo hasta el día 4 inclusive, en que se decidió cortar el suministro por la mala calidad del agua.

Por tanto, claramente se ha dado el hecho imponible, tanto la disponibilidad como el uso del agua y ello, aunque el agua suministrada fuera turbia (por causas ajenas al Canal de Isabel II). Los sujetos pasivos de los impuestos, tasas y demás, están obligados a su pago cuando se dé el hecho imponible, sin que puedan invocarse como exención otras causas; v.gr en los bienes inmuebles urbanos, aunque un edificio esté en ruina técnica, el propietario sigue obligado al pago del IBI aun cuando no pueda vivir en él; en los bienes inmuebles rústicos o urbanos, aun cuando suceda un acontecimiento de fuerza mayor (una inundación) el sujeto pasivo tiene que abonar el IBI aunque no pueda usar o cultivar el inmueble o terreno anegado.

A mayor abundamiento, el Canal de Isabel II ha abonado ya parte de la tarifa liquidada: abonó el 30/12/2004 la cantidad de 1.153.029,61 € a la Confederación Hidrográfica en concepto de amortización de obras realizadas y el 15 de julio de 2005, la cantidad de 486.397,60 € en concepto de gastos de funcionamiento y conservación. Y ello, aun cuando ya se había producido el uso de las instalaciones y el suministro de agua turbia.

Por esta razón, el Tribunal Económico Administrativo Regional en su resolución de 20 de junio de 2007, señala correctamente que *"la obligación de satisfacer la tarifa tendrá carácter periódico anual y nace en el momento en que puedan utilizarse las instalaciones de las obras hidráulicas específicas, conducirse el agua y suministrarse a los terrenos o usuarios afectados"*. Todo lo cual sucedió el 2 de septiembre de 2003 en que se suministró el agua.

La Confederación Hidrográfica del Tajo (Organismo Autónomo de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia, dependiente del Ministerio de Medio Ambiente, Medio rural y

Marino) probó remitiendo el expediente de gestión que *"las instalaciones del sistema Almoguera Mondéjar han estado en disposición de ofrecer de ofrecer el servicio de abastecimiento al Canal de Isabel II durante el año 2.003 en las mismas condiciones que el resto de municipios..."*.

Sin que como hemos señalado, el Canal de Isabel II pueda invocar causas ajenas a su voluntad (agua turbia) para no pagar cuando se dé el hecho imponible, sin perjuicio que dichas causas, sí puedan invocarse en las reclamaciones que reciba de sus clientes. Por ello, la resolución fue confirmada por el Tribunal Económico Central y entendemos, que también sería confirmada en vía judicial.

SEGUNDA. Para el año 2.004 hay un hecho significativo que lo diferencia del ejercicio anterior y es que no se ha suministrado el agua; es decir, la instalación sigue disponible pero el Canal de Isabel II no la utilizó. Si se considera que el hecho imponible es la mera disponibilidad habría que satisfacer la cantidad, pero si se considera que la disponibilidad viene ligada al uso, (considerando por tanto, el "o" como conjunción copulativa) ya que la tarifa es por la *"utilización"* del agua, tendríamos alguna posibilidad de que el recurso contencioso fuera estimado, ya que ciertamente, las instalaciones en 2.004 no se han usado y el agua no se ha suministrado porque no reunía condiciones de potabilidad suficientes a juicio del Canal.

En todo caso, es de recordar la cuestión jurídica procesal de la prueba. El ya derogado art.1214 del código Civil señalaba que: *"Incumbe al prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone"* y el actual art. 217.2 y 3 de la Ley 1/00 de Enjuiciamiento Civil, obligan a la parte demandante a probar (no meramente aducir) aquello que alega.

La STS de la Excma. Sala Tercera (Sección Quinta) de 3 de julio de 2007, señala que *"Las normas jurídicas que gobiernan la distribución de la carga de la prueba (art.1214 del código Civil ya derogado y actuales art.217.2 y 3 de la LEC) despliegan sus efectos allí donde los hechos relevantes para la decisión del proceso quedan como dudosos; siendo tales efectos el que la decisión haya de desestimar la pretensión de la parte a quien correspondiendo la carga de la prueba no la satisfizo"*.

En este sentido, la resolución del TEAC de 22 de julio de 2007, cuya impugnación se pretende, es muy clara en su fundamento jurídico segundo: *"no se han añadido nuevos elementos de juicio que pudieran desvirtuarlos, ya que el oficio de la CHT remitido a este Tribunal Central el 25 de junio de 2008, no determina la indisponibilidad durante los años 2.003 y 2.004 del agua para el abastecimiento del sistema Almoguera Mondejar..."*.

Por ello, en el caso en que se decida ejercitar la acción judicial para 2.004 habría de probarse aportando nuevas pruebas, distintas de la documental aportada en vía administrativa, a fin de desvirtuar la información de la CHT, como por ejemplo una pericial judicial, testifical del responsable del Canal de esa zona o una documental elaborada por un perito encargado por el Canal...

TERCERA. Por mor del art.46 de la LJ el plazo para interponer un recurso contencioso es el de dos meses: *"El plazo para interponer recurso contencioso administrativo será de dos meses, contados desde el día siguiente al de la notificación del acto que ponga fin a la vía administrativa"*.

Por ello, constando notificado al Canal el 9 de septiembre de 2009, el escrito de interposición de recurso contencioso habría de presentarse el 9 de noviembre, que al ser festivo en Madrid capital, pasa al 10 de noviembre.

En atención a lo expuesto, la Letrada de la Comunidad de Madrid que suscribe, informa desfavorablemente la interposición del recurso relativo al año 2.003 y favorablemente la del año 2.004, con la consideración advertida en materia probatoria.

Este informe ha sido elaborado por la Letrada de la Comunidad de Madrid, Dña. Silvia Pérez Blanco.

SOBRE LA POSIBILIDAD DE INSCRIBIR EN EL REGISTRO DE ENTIDADES URBANÍSTICAS LA DISOLUCIÓN DE UNA JUNTA DE COMPENSACIÓN SOBRE LA CUAL NO HA RECAÍDO RESOLUCIÓN EXPRESA DE LA ENTIDAD MUNICIPAL ACTUANTE

Se ha recibido en este Servicio Jurídico procedente de la Secretaría General Técnica una solicitud de informe relativa a la posibilidad de inscribir en el Registro de Entidades Urbanísticas la disolución de una Junta de Compensación sobre la cual no ha recaído resolución expresa de la entidad municipal actuante.

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

La cuestión planteada por la Secretaria General Técnica implica el determinar si es posible inscribir la disolución de una Junta de Compensación sin que el Ayuntamiento del cual depende haya dictado resolución expresa.

Para ello debemos partir de lo dispuesto en el Art. 30 del Reglamento de Gestión Urbanística que exige "en todo caso, acuerdo de la Administración Pública actuante" añadiendo que no procederá la aprobación de la disolución de la entidad mientras no conste el cumplimiento de las obligaciones pendientes.

Se observa así una preocupación en el texto reglamentario por asegurar que la disolución de la entidad urbanística no supondrá un incumplimiento definitivo de las obligaciones de la misma.

De otro lado hay que estar a la peculiar naturaleza de estas entidades que el Art. 108.2 a) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid define como entes corporativos de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Añadiendo dicho artículo que la Junta ejerce la actividad de ejecución del planeamiento por atribución legal y asume frente al municipio la directa responsabilidad de la realización de las obras de urbanización y, en su caso de edificación.

De esta manera las entidades urbanísticas tienen una clara naturaleza jurídico administrativa en cuanto son mandatarias de la actuación de la Administración que tiene encomendada por la legislación la función pública de ejecutar el planeamiento (SSTC 61/97 y 164/2001), función que no ha de limitarse a *"convertir el "dibujo" que aquel (el plan) traza en una realidad sino también la de llevar a cabo la distribución equitativa de las cargas y beneficios del planeamiento"* –sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1989–. De ahí la posibilidad de recaudar las cuotas por vía de apremio, el que el Ayuntamiento tenga que designar un representante en la misma y de recurrir en alzada sus acuerdos ante el Ayuntamiento –Art. 110.3 e), f) y g) LSM.

Ello convierte la acción urbanizadora de los entes públicos en un servicio público tal y como recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia de 12 de julio de 2001 "Teatro de la Scala de Milán" y admiten las modernas leyes autonómicas que, al regular la figura del agente urbanizador, utilizan los criterios de selección de la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

Esta idea se ve reforzada por el concepto amplio que del servicio público ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados.

En este sentido la sentencia de 5 de octubre de 1983 *"Para distinguir entre contratos privados y administrativos (...) hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en la aceptación más amplia, para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su relación para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones públicas(...)"*, la sentencia de 28 de enero de 1993 (Ponente: Excmo. Sr. Baena del Alcázar) *"no es necesario que se trate de la existencia de un servicio público en sentido estricto como una prestación ofrecida al público, de forma regular y continua, bastando que se trate de una actividad pública, con lo que viene a acogerse a la acepción más general de todo el concepto"*, sentencia de 15 de febrero de 1994 (Ponente: Excmo. Sr. Sanz Bayón) *"El concepto jurídico del servicio público ha sido definido por esta Sala –sentencias de 5 de junio de 1.989 y 22 de noviembre de 1.991– como toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa, ejercida, incluso con la pasividad u omisión de la Administración cuando tiene el deber concreto de obrar o comportarse de modo determinado"* y, para concluir, la sentencia de 22 de marzo de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. Hernando Santiago) *"el Registro de la Propiedad tiene la naturaleza de servicio público, si se tiene en cuenta, de un lado, el amplio sentido que según la jurisprudencia ha de darse al concepto de servicio público a efectos de la responsabilidad patrimonial derivada de su funcionamiento, habiéndose llegado por la jurisprudencia (Sentencia de 5 de junio de 1989) a homologar como servicio público "toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo"*.

Si tenemos en cuenta que el Art. 74.1 LSM establece que la Comunidad de Madrid y los municipios podrán utilizar *"...para el desarrollo de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia, todas las formas o modalidades de gestión admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones Públicas y de régimen local"* resulta clara la remisión (como efectúa Fernando E. Fonseca Ferrandis (Luciano Parejo Alfonso (dir.), Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid, 2ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 479) a la normativa reguladora de la actuación municipal en la gestión indirecta de servicios públicos, esto es, el Art. 85 LBRL.

Por ello a juicio de este Servicio Jurídico resulta de aplicación la regla establecida en el Art. 43 LRJPAC relativa al silencio negativo de aquellos procedimientos en los que se transfieran a terceros facultades relativas al dominio o al servicio publico, en cuanto, al extinguirse y entrar en liquidación la Junta de Compensación, pasa a sus integrantes el patrimonio de la misma, patrimonio que mientras la Junta desarrolla su función urbanizadora está afecto al cumplimiento de dicha función/servicio público de tal forma que, si se extingue y dicho patrimonio se repartiese, podría ocurrir un mal funcionamiento del servicio público, en cuanto podrían no haberse cumplido todas las obligaciones por la Junta de Compensación, razón que justifica el silencio negativo que prevé el Art. 43 para estos supuestos y confirma el Art. 30 RGU.

Cuestión distinta son los supuestos específicos en los que la normativa urbanística establece el silencio positivo expreso y en los que no será de aplicación la regla general de la LRJPAC como es el caso de la aprobación por silencio de instrumentos de planeamiento así el contundente pronunciamiento del Art.63.2 LSM o el no menos claro Art. 152 c) LSM referido a las licencias urbanísticas, siendo destacable el que la Ley del Suelo establezca expresamente en diferentes supuestos el carácter positivo del silencio cuando, al amparo de la legislación de

procedimiento administrativo común, la regla general es precisamente el silencio positivo.

A ello hay que sumar el respeto a la autonomía local que consagrada en el Art. 140 CE da lugar a que la legislación del régimen local contenga el contenido de esa garantía institucional y así el Art. 25.2 g) LBRL atribuye al municipio la competencia en materia de gestión y ejecución urbanística. Si la Comunidad de Madrid en un supuesto dudoso como el presente atribuyese carácter positivo al silencio consintiendo así la disolución de la Junta de Compensación estaría interfiriendo en competencias municipales por lo que parece lógico exigir bien que el Ayuntamiento se pronuncie expresamente, ya sea con un acto expreso, ya con una certificación de acto presunto en la que conste el sentido que el silencio tiene para el Ayuntamiento.

En virtud de lo expuesto podremos formular las siguientes

CONCLUSIONES

ÚNICA.- La disolución de una Junta de Compensación requiere una resolución expresa para ser inscrita en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras no pudiendo entenderse al amparo del Art. 43 LRJPAC que el silencio tenga carácter positivo por cuanto ello implica transferir a terceros facultades relativas al servicio público.

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yáñez Díaz.

SOBRE LA EQUIVALENCIA DE LA PRUEBA DE ACCESO PARA MAYORES DE 25 AÑOS A LOS EFECTOS DE LA PROVISIÓN DE TRES PLAZAS DE ADMINISTRATIVOS EN DICHO ENTE PÚBLICO

Se solicita informe por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Instituto de Realojamiento e Integración Social sobre la equivalencia de la prueba de acceso para mayores de 25 años a los efectos de la provisión de tres plazas de administrativos en dicho ente público.

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

Por nota de servicio interno la Gerencia del IRIS convocó un concurso de traslado y de promoción interna para cubrir una serie de plazas de personal administrativo y auxiliar. Para la promoción interna se exigía aportar el currículo, acreditar el perfil adecuado (Bachiller Superior, Bachiller L.O.G.S.E., B.U.P., FP II o equivalentes) y superar las pruebas pertinentes.

El problema que se suscita es si superar las pruebas de acceso a la Universidad para mayores de 25 años puede considerarse como "equivalente" a los efectos de admitir a quienes la hayan superado en el proceso de provisión de dichos puestos de trabajo.

La cuestión dista de ser sencilla. El término "equivalente" aparece en el Art. 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública dentro de las titulaciones exigidas para el ingreso en el Grupo C, recogiéndose de forma idéntica en el Art. 27 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la función pública de la Comunidad de Madrid. Por el contrario dicha referencia desaparece en el Art. 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que sólo admite el título de bachiller o técnico para el acceso al grupo C1 (equivalente al anterior Grupo C conforme la Disposición Transitoria 8ª del Estatuto).

Para el personal laboral el Art. 5 del Convenio Colectivo para el Personal laboral de la Comunidad de Madrid para los años 2004-2007

contiene una referencia idéntica para el acceso al Grupo III. El Convenio Colectivo del IRIS se remite a estos efectos a lo que disponga la convocatoria.

La determinación de lo que se entiende por titulación equivalente plantea el problema de que la Ley sólo define esta equivalencia en la Disposición Transitoria 5ª al considerar equivalente a la diplomatura el haber superado tres cursos completos de la licenciatura, habiendo sido recogida dicha equivalencia por la Disposición Adicional 1ª del Real Decreto 1272/2003, de 10 de octubre, por el que se regulan las condiciones para la declaración de equivalencia de títulos españoles de enseñanza superior universitaria o no universitaria a los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

Al no haberse producido ninguna otra equiparación por vía reglamentaria, la decisión de admitir o no la equivalencia ha quedado a la decisión de las Administraciones Públicas empleadoras y al control jurisdiccional que de las mismas realizan los órganos jurisdiccionales.

Así cierta jurisprudencia ha admitido la equivalencia sobre la base del criterio de la "igualdad en la eficacia" según el cual ha de existir un similar contenido y finalidad entre el supuesto que se considera equiparable y el que es objeto de equiparación. En este sentido la STSJ Andalucía (Granada) 30-3-1990.

Por contra han rechazado la equiparación la STSJ Andalucía (Málaga) 30-11-2000 *"...lo que se trata es de saber si dichas pruebas pueden considerarse como título equivalente al bachillerato superior o FP II a efectos de titulación habilitante y suficiente para acceder o concurrir a pruebas selectivas de ingreso o promoción a plazas clasificadas en el Grupo C, según el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto. Y a tales efectos, y después de consultar los dictámenes del Consejo Nacional de Educación, de la Subdirección General de la Función Pública Local del M.A.P., de 11 de septiembre de 1.992 (aportados por la propia Administración demandada), así como la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1.985, así como la de esta Sala de 16 de mayo de de 1.995, hemos de pronunciarnos a favor de la tesis de la parte demandada"* o la STSJ Canarias (Tenerife) 24-2-2005.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid también se ha ocupado en diversas sentencias del problema señalando la de 14-10-1999 *"No obstante, el demandante considera que la superación de las repetidas pruebas es un título equivalente al de bachiller superior, lo que exige, por aplicación del principio de igualdad, un tratamiento idéntico para ambas titulaciones. Tampoco esta argumentación puede ser acogida, toda vez que la orden de 26 de mayo de 1971, que regula el acceso a los estudios universitarios para mayores de 25 años, no sólo no establece tal equivalencia, sino que su artículo 7º dispone expresamente que "la superación de las pruebas de acceso a la Universidad y el certificado de asistencia a los cursos de orientación e iniciación sólo faculta para efectuar la matrícula como alumno del centro elegido y no equivale, a ningún otro efecto, a la posesión de titulación académica alguna" Hay que recordar que fue el dictamen del Consejo Nacional de Educación de fecha 3 de marzo de 1975 el que hizo posible que los mayores de 25 años que hubiesen superado la prueba de acceso a la Universidad y que reunieran otros requisitos que demostrasen una madurez intelectual suficiente, pudiesen obtener la declaración de equivalencia al título de Bachiller, pero esa declaración de equivalencia con el tantas veces citado título de Bachiller superior no la obtuvo el Sr. L.R. hasta, el día 5 de noviembre de 1996, es decir, tres años después de que se realizase el proceso selectivo y se produjese el nombramiento de alumnos aquí combatido, por lo que en modo alguno puede ser tenida en cuenta a los fines del presente recurso"*.

Esta doctrina de la Sala de Madrid ha sido reiterada por otras sentencias como las de 19-1-2004 (admitiendo la declaración de equivalencia que haya sido realizada por autoridades educativas autonómicas), 27-5-2005 y 30-3-2007.

El Real Decreto 743/2003, de 20 de junio, que regula en la actualidad las pruebas de acceso para mayores de 25 años, establece en su Disposición Adicional 3ª que la superación de dicha prueba no equivale, a ningún efecto a la posesión de titulación académica alguna, si bien el Ministerio de Educación y Ciencia puede, en expediente individualizado, efectuar una declaración de equivalencia con el título de de bachiller a efectos laborales, equivalencia que como hemos indicado el TSJ de Madrid considera "equivalente" a dicho título.

Por lo expuesto cabe formular las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La mera superación de la prueba de acceso a la Universidad para mayores de 25 años no equivale a la posesión del título de bachiller.

SEGUNDA.- Sí puede admitirse a la provisión de plazas de administrativo a aquellas personas que habiendo superado dicha prueba dispongan de una declaración de equivalencia realizada por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yáñez Díaz.

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. PRIMER Y SEGUNDO TRIMESTRE 2010

Nº LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
1/2010	24/02/2010	24/03/2010	DE CREACIÓN DEL COLEGIO PROFESIONAL DE EDUCADORAS Y EDUCADORES SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID
2/2010	15/06/2010	29/06/2010	DE AUTORIDAD DEL PROFESOR
3/2010	22/06/2010	29/06/2010	DE INSTALACIONES AERONÁUTICAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
4/2010	29/06/2010	29/06/2010	DE MEDIDAS URGENTES, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 9/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA 2010, PARA SU ADECUACIÓN AL REAL DECRETO-LEY 8/2010, DE 20 DE MAYO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA LA REDUCCIÓN DEL DÉFICIT PÚBLICO

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
1/2010	14/01/2010	21/01/2010	ECONOMÍA Y HACIENDA	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY 11/1998, DE 9 DE JULIO, DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE LA COMUNIDAD DE MADRID
2/2010	28/01/2010	01/02/2010	VICEPRESIDENCIA, CONSEJERÍA DE CULTURA Y DEPORTE Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY 11/1998, DE 9 DE JULIO, DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE LA COMUNIDAD DE MADRID
5/2010	25/02/2010	08/03/2010	PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR	SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO DE LA MESA PARA LA INTEGRACIÓN Y PROMOCIÓN DEL PUEBLO GITANO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
8/2010	18/03/2010	15/04/2010	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN AGENCIAS DE VIAJES Y GESTIÓN DE EVENTOS
9/2010	18/03/2010	31/05/2010	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN GUÍA, INFORMACIÓN Y ASISTENCIAS TURÍSTICAS
10/2010	18/03/2010	15/04/2010	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN EFICIENCIA ENERGÉTICA Y ENERGÍA SOLAR TÉRMICA

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
11/2010	18/03/2010	15/04/2010	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN DISEÑO EN FABRICACIÓN MECÁNICA
12/2010	18/03/2010	15/04/2010	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN ADMINISTRACIÓN DE SISTEMAS INFORMÁTICOS EN RED
13/2010	18/03/2010	15/04/2010	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN INSTALACIONES DE TELECOMUNICACIONES
14/2010	18/03/2010	15/04/2010	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN GESTIÓN ADMINISTRATIVA
15/2010	18/03/2010	18/03/2010	VICEPRESIDENCIA, CONSEJERÍA DE CULTURA Y DEPORTE Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE FUSIONAN LA CONSEJERÍA DE EMPLEO Y MUJER Y LA CONSEJERÍA DE INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID
19/2010	25/03/2010	23/04/2010	EDUCACIÓN	SE REGULA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIZACIÓN DE CENTROS DOCENTES PRIVADOS PARA IMPARTIR ENSEÑANZAS REGLADAS NO UNIVERSITARIAS

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
20/2010	25/03/2010	26/03/2010 Corrección de errores 07/05/2010	ECONOMÍA Y HACIENDA	SE REESTRUCTURAN DETERMINADOS ÓRGANOS DE LA AGENCIA REGIONAL PARA LA INMIGRACIÓN Y LA COOPERACIÓN
22/2010	22/04/2010	04/05/2010	VICEPRESIDENCIA, CONSEJERÍA DE CULTURA Y DEPORTE Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE MODIFICA EL DECRETO 17/1987, DE 9 DE ABRIL, POR EL QUE SE REGULAN LAS CONDICIONES MATERIALES Y AQUELLOS OTROS ASPECTOS NECESARIOS PARA LA CELEBRACIÓN DE ELECCIONES A LA ASAMBLEA DE MADRID
28/2010	20/05/2010	10/06/2010	EDUCACIÓN	SE APRUEBA LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. PRIMER Y SEGUNDO TRIMESTRE 2010

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
20/2010	25/03/2010	26/03/2010 Corrección de errores: 07/05/2010	ECONOMÍA Y HACIENDA	SE REESTRUCTURAN DETERMINADOS ORGANOS DE LA AGENCIA REGIONAL PARA LA INMIGRACIÓN Y LA COOPERACIÓN
22/2010	22/04/2010	04/05/2010	VICEPRESIDENCIA, CONSEJERÍA DE CULTURA Y DEPORTE Y PORTAVOCIA DEL GOBIERNO	SE MODIFICA EL DECRETO 17/1987, DE 9 DE ABRIL, POR EL QUE SE REGULAN LAS CONDICIONES MATERIALES Y AQUELLOS OTROS ASPECTOS NECESARIOS PARA LA CELEBRACIÓN DE ELECCIONES A LA ASAMBLEA DE MADRID
28/2010	20/05/2010	10/06/2010	EDUCACIÓN	SE APRUEBA LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS