

DERECHO ADMINISTRATIVO

**LA ANTIJURIDICIDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL
DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA. CARACTERÍSTICAS
ESENCIALES Y SU FUNCIÓN EN
LA LESIÓN RESARCIBLE**

Francisco Andrés Pinilla Rodríguez*

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En la faz pública de la responsabilidad, vale decir, la responsabilidad de los daños causados por la Administración, la antijuridicidad cobra una importante función que no está dada por su búsqueda teleológica, sino por su necesaria referencia normativa, como vivo respeto del principio de legalidad. Sin perjuicio de esto, como se verá, la construcción antijurídica como elemento necesario de la lesión resarcible, genera alguna complejidad a la hora de analizar su operatividad. No obstante, es evidente el fin que cumple la antijuridicidad como elemento de restricción hacia una pretendida extensión de la responsabilidad de la Administración, fundada en razones de los conceptos jurídicos indeterminados. De lo anterior, resulta beneficioso efectuar un breve repaso del sistema general de responsabilidad patrimonial y los presupuestos que traducen a la lesión bajo un supuesto de resarcibilidad dentro del sistema general de responsabilidad de la Administración en la legislación administrativa española, que sin duda representa un referente y ejemplo de formalidad en su sistema general de daños, en comparación con la realidad normativa chilena. Se parte indicando que la antijuridicidad es un elemento evidentemente esencial y, como se verá, es el centro motivador de las conductas injustificadas de la Administración, dado el soporte de sistema objetivo en que se construye ésta.

1. Aspectos generales de la responsabilidad de la Administración

Bajo los dos cimientos en que se construye jurídicamente el Estado moderno y su administración, legalidad y responsabilidad, su plasmación ha alcanzado niveles de consagración constitucional. La responsabilidad de las administraciones públicas se inserta como mandato general en el art. 106 de la Constitución Española (CE)¹, con una mención de desarrollo legal que ha sido ejecutada, en términos generales por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPAC)² y, con anterioridad, por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF)³. No obstante, este actual marco general del sistema de responsabilidad del Estado tuvo su evolución previa que se distinguió, principalmente, por la interpretación extensiva que otorgó en algún momento el Tribunal Supremo. En este sentido, desde la vigencia del Código Civil, como hacen constar García De Enterría y Fernández, los tribunales interpretando el contexto del art. 1903, en relación al art. 1902, ambos del Código Civil español⁴, que en principio restringía de sobremanera la posibilidad de configurar la responsabilidad del Estado, entendieron que la expresión “*por medio de un agente especial*”, valía sostener que “*mediante personas de quienes, por no ser funcionarios, no*

¹ En la Constitución Española, la regulación del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, corresponde a una competencia exclusiva del Estado, según lo dispone el artículo 149.1.18ª de la Carta Fundamental.

² Publicada en el BOE de 27 de noviembre de 1992; corr. err., BOE de 28 de diciembre de 1992 y 27 de enero de 1993. Se debe tener presente el desarrollo reglamentario de la Ley a través del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

³ Publicada en el BOE de 17 de diciembre de 1954.

⁴ El art. 1902 del Código Civil español, establece que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, cláusula general de daños que engarza directamente con el prevenido sistema de responsabilidad por hecho ajeno establecido en el art. 1903, al disponerse que “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”.

*puede predicarse la cualidad de órganos del propio Estado*⁵. Posteriormente, al sellar esta posición interpretativa, que confluyó hacia una irresponsabilidad normativa del Estado, se inicia una nueva etapa con la vigencia de la LEF, en que a partir de su art. 121, hace sugerir una cierta cláusula general de responsabilidad del Estado que, con la cercana Constitución de 1978, vio la luz de su consideración jurisprudencial.

Con una visión constitucional de reafirmar la responsabilidad de los poderes públicos, el referido art. 106.2 de la CE preceptuó que *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Esta *“cláusula de Responsabilidad”* pública, como se mencionó, se encuentra precisada en la LRJAPAC, artículo 139, que dentro de los Principios de la Responsabilidad, en su párrafo 1º, dispone: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*. Como se aprecia, la especialización de la *“cláusula general de responsabilidad”* pública, se torna compleja al integrar otros elementos de funcionalidad. No obstante, el concepto de lesión pasa a ser, en palabras de García De Enterría y Fernández, un *“auténtico centro de gravedad del sistema”* de responsabilidad de la Administración⁶.

1.1. Principios básicos de sistema

A fin de tener a la vista el panorama elemental en que se funda el sistema general de responsabilidad patrimonial, es conveniente referirse a sus principales componentes esenciales y

⁵ García de Enterría, Eduardo; y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. 9ª ed., Madrid: Civitas, 2004, p. 368. En este mismo sentido, Martín Rebollo, Luis. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*. Revista de Administración Pública, Nº 150, 1999, p. 339 y siguientes.

⁶ García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. *Ibid.*, p. 378.

comunes.

En primer lugar, la responsabilidad patrimonial de la Administración, se inscribe en un sistema de responsabilidad directa y objetiva. La cláusula general desarrollada por la LRJAPAC, en su art. 139, y ciertamente el aún vigente art. 121 de la LEF, instituye lo anterior. Esto resulta de la inexistencia del elemento de la culpabilidad por parte de la actuación administrativa lo que trasciende en identificar la naturaleza objetiva de la responsabilidad. No obstante, como precisa de Ahumada Ramos, lo anterior “*no implica que, en orden a decidir si procede declarar una concreta responsabilidad de la Administración, sea siempre irrelevante la diligencia o negligencia con que aquella haya actuado, o que no sea nunca necesaria la demostración de la culpa en la conducta de los agentes de la Administración*”⁷. El autor agrega que existen múltiples casos en que se considera la prueba de la conducta negligente de la Administración, lo que no significa integrarlo como elemento rector, sino, más bien, asumiendo la tesis de Garrido Falla, como requisito exigible en determinadas modalidades de producción del evento lesivo⁸. Por otra parte, como ha precisado García De Enterría y Fernández, en función al fin objetivo de la responsabilidad, es “*desplazar el elemento básico de ilicitud del daño desde la conducta del responsable a la situación del patrimonio de quien sufre el perjuicio, el cual deberá justificar que “no tiene el deber jurídico de soportar” dicho daño, en los términos del art. 149 LPC, para poder justificar su pretensión reparatoria*”⁹. Como se denota, existe un encausamiento legal por sobre el cual se deberá centrar la prueba del particular lesionado, lo que no solo alcanza a los hechos lesivos generados por una cierta anormalidad del servicio sino también su actuación normal.

En segundo lugar, el sistema está fundado, además, en el principio de garantía de la esfera jurídica de los ciudadanos. Esto se

⁷ De Ahumada Ramos, Francisco Javier. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*. 2ª ed., Navarra: Aranzadi, 2004, pág. 56.

⁸ Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 262 y siguientes, referencia citada por Ahumada Ramos. *Op. cit.*, pág. 57.

⁹ García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. *Op. cit.*, págs. 375-376.

desprende de la referida cláusula general que, a su vez, materializa la garantía constitucional expresada en el art. 9.3. de la CE. En este sentido, la supuesta apertura de la cláusula en extenderse a toda lesión que sufran los particulares, denota esta garantía total, pues provendrá, en principio, de todos los actos generados por el funcionamiento de la Administración. Bajo esta garantía, quedarían de manera preliminar, como concluyen García de Enterría y Fernández, “no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes (...) sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita (...) siempre que un nexo de causalidad permita su imputación a la administración”¹⁰.

Bajo estos dos elementos anteriormente reseñados, objetividad y garantía ciudadana, se articula la dogmática de la responsabilidad administrativa. No obstante, como se ha anunciado, y lo que sirve de base para este apartado, una de las mayores complejidades del sistema se encuentra en la extensión y contenido de la lesión, dentro de los cuales, se sitúa la antijuridicidad.

1.2. *Breve referencia al alcance del concepto de lesión resarcible y sus elementos esenciales*

La lesión, como hace notar la doctrina, difiere del perjuicio en su consideración dentro del sistema común de daños, el cual, este último, en general, se origina y configura por un simple detrimento, menoscabo o disminución de índole patrimonial. La lesión, para que obedezca a un carácter de resarcibilidad, es notoriamente restringida a cuatro requisitos copulativos que se encuentran extraídos a partir de los arts. 139.2 y 141.1 de la LRJAP¹¹: i) antijuridicidad (art. 141.1)¹²; ii) efectividad; iii) evaluabilidad económica; y iv)

¹⁰ En este último aspecto, referente a los ámbitos de cobertura patrimonial, los autores agregan “los daños causados involuntariamente o, al menos, con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos, y, en definitiva, los resultantes del riesgo creado por ciertos servicios o por la forma en que éstos estén organizados”. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. *Op. cit.*, págs. 376-377.

¹¹ En este sentido se retoma el orden presentado por Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo general*, tomo II. 1ª ed., Madrid: Iustel, 2004, p. 492.

¹² Lo relativo a la antijuridicidad se detallará en el acápite siguiente, lo que conduce a referirse someramente a los demás requisitos. Por otra parte, Sentencias del TS que hacen

individualización¹³.

Que el “daño alegado sea efectivo” (ii), se traduce en dos elementos relacionados, es decir, que debe provocarse una afección dañosa a los bienes y derechos de la persona dañada, y que el daño debe ser efectivo en relación a su actualidad y realidad. Dentro del primer elemento, se incluirían todo tipo de daños y no solo los de índole netamente patrimonial¹⁴, sino también “los de carácter personal sin repercusión patrimonial (...) y los daños morales (...) que han terminado por ser aceptados pacíficamente por la jurisprudencia”¹⁵. El segundo elemento, actualidad y realidad del daño, corresponde a una delimitación ordinaria del alcance del daño sobre intereses lesionados, lo cual tiene por defecto excluir de la indemnización “los daños futuros, meramente posibles o de

alusión a la antijuridicidad como requisito de la lesión resarcible, corresponden a: Sentencias de 4 de junio de 1990, 21 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992, entre otras.

¹³ Por su parte, estos elementos de la lesión han quedado plasmados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como lo demuestra la STS (Sentencia del Tribunal Supremo) de 4 de marzo de 1998 (RJ 1998/2488) S. 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 588/1992 (Ref. Iustel: §318496): “Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo: a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo. c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado (STS14/05/1994). Por último, además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así, en sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994 STS14/05/1994, 11 de febrero de 1995 STS11/02/1994, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995 STS25/02/1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero STS28/02/1995 y 1 de abril de 1995 STS01/04/1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado” (Referencia citada en FUENTES BARDAJI, Joaquín de (dir). Manual de responsabilidad pública: homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda: Ministerio de Justicia, 2004, p. 87).

¹⁴ En una primera etapa, la LEF en su art. 121 solo daba cabida a los daños patrimoniales.

¹⁵ Santa María Pastor. *Op cit.*, p. 494.

*producción eventual, así como la simple frustración de expectativas; pero no puede ser entendido en un sentido demasiado riguroso, si se tiene en cuenta que existen expectativas que, por su propia naturaleza, han de convertirse, con un alto índice de probabilidad en derechos o beneficios económicos*¹⁶.

En cuanto a la evaluabilidad económica (iii), el art. 139.2 no da elementos para su estimación general. No obstante, cuando la evaluación de los daños recae sobre bienes o derechos patrimoniales, su cuantificación puede estar determinada por “*el valor que dicho bien o derecho tenga en el mercado*”, lo que integraría algunos elementos objetivos de estimación, cosa que no se presenta en la valoración de los daños personales y morales, los que dependen de criterios aún no asentados.

Finalmente, en lo referente a la individualización del daño (iv), Santamaría Pastor, opina que el art. 139.2, al disponer que “*el daño alegado habrá de ser (...) individualizado con relación a una persona o grupo de personas*”, pretende dos objetivos: 1. No limitar los daños indemnizables a los causados a personas singulares, sino abrirse a la posibilidad de integrar al conjunto de personas que actúen dentro de los marcos de la legitimidad y, en cierta medida, en igualdad de pretensiones; y, 2. “*Que, en relación con el resto de los ciudadanos, entrañe un “sacrificio especial” (...) o ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas*”¹⁷. Lo anterior, pese a la amplitud del sujeto afectado, formaliza un criterio de alteración individual o común de la relación persona-Estado, ya desde el punto de los intereses vulnerados como de su apreciación formal.

2. La antijuridicidad como elemento de la lesión resarcible

Como se ha venido señalando, el requisito que integra distinguidamente a la lesión corresponde a la antijuridicidad, en los términos descritos en el art. 141. De esta manera, pese a la necesaria coincidencia de los demás elementos normativos brevemente

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.* pág. 496.

descritos, se puede concluir que la lesión se construye sobre dos pilares: el daño, sea a derechos que se radiquen en bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, concurriendo los requisitos de efectividad, evaluabilidad e individualización; y la antijuridicidad objetiva del resultado desde la perspectiva de la víctima. Esto no quiere decir que exista una suerte de autonomía de la antijuridicidad desde el punto de vista de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que es una condicionante, como ya se ha dicho, objetiva del perjuicio, para que sufra su transformación a lesión y, en principio, resarcible.

De lo anterior, es conveniente atender lo concluido por García de Enterría y Fernández, que al desentrañar el alcance del art. 141, expresan que *“Lo que quiso decir y dijo (...) es que hay lesión y, por tanto, responsabilidad de la Administración siempre que no existan causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es, siempre que no concurra un título jurídico que determine e imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado”*¹⁸.

Se puede estimar que los autores, identifican a la antijuridicidad como un elemento formal, y como se ha venido diciendo, objetivo. Este último elemento, de objetividad, se ve expresado en la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 3 de diciembre de 2002, al disponer que *“no es el aspecto subjetivo del actuar jurídico de la Administración, el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo. En definitiva, la antijuridicidad es un elemento objetivo del daño, no una cualificación subjetiva de la*

¹⁸ García de Enterría y Fernández, *Op. cit.*, pág. 379. En este sentido, y bajo una argumentación similar, se explica la antijuridicidad por medio de la STS de 11 de marzo de 1998, Sala 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 6930/1993 “En definitiva ha de considerarse si el perjuicio padecido tiene o no la naturaleza jurídica de “lesión patrimonial”, es decir, un perjuicio antijurídico porque estamos en presencia de un daño que el administrado está obligado a soportar, porque no cualquier daño o perjuicio que sufran los particulares es indemnizable, sino que ese daño hace falta que constituya una lesión en sentido jurídico, concepto éste que incorpora la idea, como se ha indicado, de no estar obligado a soportar el daño o perjuicio, pues cuando se está obligado a soportarlo no existe lesión, sino perjuicio puro y simple”.

actividad dañosa”¹⁹.

El efecto general de esta visión se entiende reflejado en una restricción de los intereses o argumentos del daño por parte de la víctima, es decir, limitar la acción subjetiva de ésta. El daño sea del funcionamiento normal o anormal del servicio, en términos generales, no se erige solamente con la valoración de la víctima, sino que a partir de una construcción objetivamente externa de antijuridicidad, teniendo como límites los márgenes de legalidad y las potestades legítimas del poder público, los que, en definitiva, garantizan el orden público del Estado de Derecho. Así, por su parte, ampliar los elementos de lesividad y, en cierta forma, subjetivizar la antijuridicidad, atentaría contra los principios elementales que justifican el poder del Estado frente a los ciudadanos.

Se debe apreciar que la antijuridicidad radica en la conducta emanada de la actividad administrativa y en el resultado restringido que se produce en bienes y derechos de la víctima que se encuentran excepcionalmente fuera de los deberes y cargas de todo ciudadano.

Por su parte, un objetivo externo de la norma será limitar las acciones indemnizatorias en contra de la Administración, debiendo imponer, como señaló en su oportunidad Nieto, en referencia a la delimitación de la responsabilidad, que ésta “(...) *no puede ser ni infinita ni imprecisa. La responsabilidad objetiva necesita un contrabalance técnico, que ponga límites a su ambiciosa formulación inicial*”²⁰. De Ahumada Ramos, hace una prevención que debe interesar dentro de lo que se refiere a la lesión del derecho, en el sentido de que “*siempre que se quiera conocer si se ha producido una lesión, en los términos que estamos analizando, será necesario examinar cuál es la respectiva posición jurídica entre quien se dice lesionado y la persona a la que se reclama la indemnización como causante de la lesión*”²¹. Lo anterior, por mera

¹⁹ Sala 3ª, Sección: 6ª, N° de Procedimiento: 1922/1991, Ponente: Enrique Lecumberri Martí (Ref. Iustel: §334371)

²⁰ Nieto, Alejandro. *La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado* (sala 3.ª del T. S. s. 5-11-1974. ponente: Arozamena). En. Revista española de Derecho Administrativo, N° 4, enero-marzo, 1975, pág. 95. Además, el autor efectúa un referencia similar en: La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial. En. Revista Española de Derecho Administrativo, N° 51, julio-septiembre, 1986, pág. 427.

²¹ Ahumada Ramos, Francisco Javier. *Op. cit.*, pág. 164.

referencia general, se centra en buscar la lesión dentro de los intereses jurídicos del perjudicado y no solo restringirla a derechos objetivos, lo cual amplía la cobertura de derechos protegidos.

2.1. *Los “riesgos del progreso” y su efecto de restricción de daños*

De lo anterior, y relacionado a la restricción del sistema objetivo, es conveniente efectuar una breve referencia a los riesgos del progreso, incluido en el art. 141.1 de la LRJAP²² que, como se explicará, guarda una relación con la antijuridicidad desde el punto de vista de la limitación de la responsabilidad. Aunque se ha cuestionado su establecimiento²³, García de Enterría y Fernández, explican que el precepto que la estatuye corresponde a “*una simple aclaración, no una modificación, de la cláusula general de responsabilidad y del juego que en el sistema que dicha cláusula establece corresponde a la idea de antijuridicidad del daño, que no puede predicarse, naturalmente, de aquellos cuyo origen se desconoce o son inatacables de acuerdo con el estado de los conocimientos en el momento en que se producen y deben por ello ser soportados, como ya notamos, por quienes aceptan voluntariamente (régimen de consentimiento informado, hoy generalizado en la práctica médica) los riesgos inherentes a la intervención de la que resultan*”²⁴. Bajo estas explicaciones se

²² Art. 141.1. No serán indemnizables 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, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

²³ Jesús Jordano Fraga (*La reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas*. En *Revista de Administración Pública*, Nº 149, Mayo-Agosto, 1999, págs. 321 a 335) se opone directamente a esta modificación, pues a su juicio contradice el art. 106 CE en lo que respecta, en términos generales, a la fuerza mayor como exclusión general del sistema objetivo. Para una revisión más profunda de los efectos de la exclusión de riesgos en desarrollo ver: Desdentado Daroca, Eva. *Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la ley 30/1992 a la luz del análisis económico del derecho*. En *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 108, Octubre-Diciembre, 2000, p. 522-563; Esteve Pardo, José. *La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos*. En *Revista de Administración Pública*, Nº 161, Mayo-Agosto, 2003, págs. 53-82.

²⁴ García de Enterría y Fernández. *Op. cit.*, pág. 381. Por su parte, la exposición de

asume que, de cierta manera, la cláusula eximente de riesgos sobre daños imprevistos refuerza la objetividad del actuar de la Administración con el fin de no ampliar la antijuridicidad a supuestos que racional e informadamente no se pueden prever. No obstante, se puede estimar que la norma limita la procedencia resarcitoria. No solo se deben traspasar los elementos que hacen suponer la lesión, sino que, además, limita la extensión y procedencia de los daños. Desdentado Daroca estima que *“al excluir la responsabilidad por daños imprevisibles conforme al estado de la ciencia y por daños inevitables según el estado de la técnica, el legislador está vinculando el ungimiento de la responsabilidad: de la Administración a la vulneración de un estándar de diligencia. En todos los ámbitos de la actuación administrativa en los que la toma de decisiones se rija por criterios científicos y/o técnicos, la Administración responde únicamente si vulnera las pautas de conducta científica o técnicamente correctas, es decir, si se producen daños que se pudieron y debieron prever y evitar”*²⁵. Es evidente que se incluyen elementos que se dirigen hacia la subjetividad de la actuación dañosa, limitando no la técnica jurídica de la lesión, sino imponiendo elementos justificatorios de responsabilidad, restringiendo el criterio general dispuesto en la CE (art. 106).

Díez-Picazo ha señalado que este precepto –art. 141.1– *“no alude a una fuerza mayor que excluya la causalidad, sino que introduce factores que pertenecen al terreno de la culpabilidad”*, lo que en *“líneas de principio”* continúa siendo una responsabilidad objetiva, *“aunque se permiten causas de exoneración en atención a factores determinantes de exclusiones de culpabilidad, de modo que el sistema se sitúa en una zona de cierto eclecticismo”*²⁶.

No entrando a la discusión de los efectos de esta limitación de daños, de la práctica jurisprudencial, se aprecia que su fin –como se

motivos de la Ley 4/1999, indica que en el artículo 141, se introduce el precepto para matizar los supuestos de fuerza mayor.

²⁵ Desdentado Daroca, Eva. *Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la ley 30/1992 a la luz del análisis económico del derecho*. En Revista española de Derecho Administrativo, Nº 108, Octubre-Diciembre, 2000, pág. 561.

²⁶ Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, pág. 62.

señaló– es restringir los efectos de la responsabilidad en general, bajo el fundamento de los “*riesgos del progreso*”. Esta situación se manifiesta claramente en la STS de 21 de octubre de 2002, que dispone: “*Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, sin que sean indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por el resultado*”²⁷. En este párrafo se visualiza con nitidez que, aun reuniendo los requisitos técnico jurídicos de la lesión, se produce una separación o una consideración externa de la naturaleza de los daños, cuando éstos reúnen los elementos de imprevisión y desconocimiento científicamente actual. Un ejemplo que concretiza más la aplicación de esta figura limitativa de daño, se presenta en la STS de 27 de enero de 2003, al apreciarse que “*cuando el virus VHC ha sido inoculado con anterioridad a su aislamiento, no era posible detectar su presencia en la sangre transfundida, de manera que en esos supuestos no resulta exigible a la institución sanitaria responsabilidad patrimonial alguna por la contaminación sufrida, salvo que hubiera sido dicha sangre donada por un enfermo diagnosticado de hepatitis no A no B, pues si no se había aislado el virus VHC y no existían marcadores para detectarlo, la infección no puede considerarse una lesión o daño antijurídico, porque el riesgo de soportarlo recae sobre el paciente*”²⁸.

²⁷ Sala 3, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 5748/1998. En un sentido similar, la STS de 25 de enero de 2003 (Sala 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 7926/1998), dispone: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas requiere que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar la lesión de acuerdo con la Ley, no siendo indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

²⁸ Sala 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 8307/1998. Este mismo criterio se asienta en STS de 24 de marzo de 2003 (Sala 3ª, Nº de Procedimiento: 10451/1998). Por su parte, se debe tener en cuenta los precedentes anteriores emanados de otras Sentencias del TS,

Así, aunque el hecho dañoso represente elementos evidentes de antijuridicidad, la aplicación o el supuesto de daños de “*riesgos en progreso*”, supondrá una limitación real y considerada de la resarcibilidad de la lesión, lo cual gravita en un detrimento de la objetividad, acción directa y garantía ciudadana que representa la responsabilidad de la Administración consagrada a partir del art. 106.2 de la CE.

2.2. *Función de la antijuridicidad a partir de sus efectos particulares*

Como ya se ha estimado y aunque parezca reiterativo, la antijuridicidad guarda un lugar esencial dentro de la lesión resarcible. En este sentido, como evidencian García de Enterría y Fernández, “*es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico*”²⁹. Esto hace pretender que el elemento de antijuridicidad que provoca el simple perjuicio se transforme en lesión resarcible, sin perjuicio de los otros requisitos. Como enfatiza Parejo Alfonso, “[l]a lesión es un concepto más estricto, pues comprende sólo aquel daño o perjuicio que sea antijurídico”³⁰. Dentro del art. 141.1., se ha identificado al elemento de antijuridicidad en razón de la frase que exige que las lesiones producidas al particular serán indemnizables cuando éste no tenga el deber jurídico de soportarlas de acuerdo con la Ley³¹. Ejemplo que

tales como: Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (recurso de casación 7541/1996); Sentencias de 10 de febrero y 19 de abril de 2001; Sentencias de 22 de diciembre de 1997 (recurso 1969/93), 3 de diciembre de 1999 (recurso 3227/98), 5 de abril de 2000 (recurso 3948/98) y 9 de octubre de 2000 (recurso 2755/99), citadas por Sentencia del TS de 24 de marzo de 2003.

²⁹ García de Enterría, Eduardo; y Fernández, Tomás-Ramón. *Op cit.*, p. 378. En este sentido, ver: Desdentado Daroca, Eva. Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho. Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 108, 2000; Esteve Pardo, José. La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos. Revista de Administración Pública, Nº 161, Mayo-Agosto, 2003, p. 53 a 82; y López Menudo, Francisco. Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: un paso adelante en la definición del sistema. Revista Andaluza de Administración Pública, Nº 36 Octubre-Diciembre 1999, p. 11-44.

³⁰ Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho administrativo*. 1ª ed., Madrid: Ariel, 2003, p. 880.

³¹ A juicio de Parejo Alfonso, “Se legaliza así una construcción preferentemente doctrinal, aunque asumida por la jurisprudencia contencioso-administrativa” (*Ibid.*, pág. 880).

concretiza la frase anterior, se expresa en casos de funcionamiento anormal del servicio público, como en la STS de 20 de mayo de 1998, la cual, analizando el contenido de la antijuridicidad, indica que existe lesión en el sentido técnico jurídico “*pues, concurren las siguientes circunstancias: (...) a) Se trata de un perjuicio efectivo negado por la Administración que ha sido patrimonialmente evaluable y determinado, si bien su cuantificación definitiva ha de producirse en fase de ejecución de la sentencia. (...) b) Ha sido un daño antijurídico que se ha originado en una relación de causa a efecto, lo que conduce a reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala (...), no existiendo el deber de soportarla*”³². La STS de 13 de enero de 2000, revisando el cambio de circunstancias provocado por el acto de la administración en los derechos del particular y entendiendo la injustificada actuación administrativa, ni aun basada en conceptos indeterminados, señaló que “*...para la determinación de la concurrencia del requisito de antijuridicidad de la lesión que se examina, datos de especial relevancia cual sería la alteración o no de la situación jurídica en que el perjudicado estuviera antes de producirse la resolución anulada o su ejecución, ya que no puede afirmarse que se produzca tal alteración cuando la preexistencia del derecho no puede sostenerse al estar condicionado a la valoración, con un margen de apreciación subjetivo, por la Administración de un concepto en sí mismo indeterminado (...)* Trasladando lo hasta aquí expuesto al caso concreto, nos encontramos con que en él mismo estamos ante sanciones de arresto disciplinario que el recurrente se vio obligado a cumplir y que posteriormente fueron anuladas en vía administrativa por falta de presupuesto fáctico, ya que, como afirman las sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y del Tribunal Militar que anulan las sanciones, no hubo utilización para usos particulares de medios o

³² Esta interesante Sentencia, que se volverá a citar más adelante, hace referencia a otros fallos en que se representa un sentido similar de una injustificada antijuridicidad: Sentencias de 20 de mayo de 1991 STS 20/05/1991, 27 de noviembre de 1993 STS 27/11/1993, 19 de noviembre de 1994 STS 19/11/1995, 25 de febrero de 1995 STS 25/02/1995, 30 de septiembre de 1995 STS 30/09/1995, 4 de octubre de 1995 STS 04/10/1995, 2 de marzo de 1996 STS 02/03/1996, 26 de octubre de 1996 STS 26/10/1996 y 25 de enero de 1997.

recursos oficiales, ni tampoco quebrantamiento de arresto (...) No estamos, en consecuencia ni ante el ejercicio de potestades discrecionales, ni ante un supuesto en que la norma deba ser integrada mediante la apreciación de concepto indeterminado, por lo que, en consecuencia, conforme a la doctrina hasta aquí expuesta, el carácter antijurídico del daño es incuestionable”³³. Por su parte, la STS, de 13 de marzo de 2001, admite indemnizar cuando consta que la Administración, a través de actos administrativos, en cierta forma ilegales o anulables, ocasiona en el perjudicado “unos perjuicios económicos que no estaba obligado a soportar”³⁴. A su vez, en casos de funcionamiento normal del servicio, la STS, de 29 de octubre de 1998, estima que debe “concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social”³⁵. En un precedente más amplio de riesgo, la STS, de 4 de junio de 2002, ha entendido que se imputa la responsabilidad a la Administración, en relación a la muerte de una persona ocasionada por un individuo que gozaba libertad condicional y, por tanto, los perjudicados no puede cargar con el daño, toda vez que “éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos que objetivamente debe asumir la sociedad en la concesión de los beneficios penitenciarios de esta naturaleza, que por perseguir la reinserción social del penado deben ser soportados por toda la sociedad porque así lo impone la función de resocialización propia de la pena que establece la propia Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España”³⁶.

³³ Sala: 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 7837/1995, Ponente: José Manuel Sieira Míguez (Ref. Iustel: §276047).

³⁴ Sala: 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 8269/1996, Ponente: Enrique Lecumberri Martí (Ref. Iustel: §207041).

³⁵ Sala: 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 13936/1998, Ponente: Francisco González Navarro (Ref. Iustel: § 318942).

³⁶ Sala: 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 930/1998, Ponente: Enrique Lecumberri Martí (Ref. Iustel: §330899) En esta consideración citada, la sentencia se basa en el precedente de la STS de 7 de octubre de 1997 que guarda relación con los riesgos que debe asumir la Administración frente a los daños que provoca la omisión en funciones de limpieza de causas de agua sujetos a su tutela [Rec. Nº 8879/1992, Ponente: Juan A. Xiol Ríos].

De estas breves referencias jurisprudenciales, se puede estimar que, en general, el particular no tendrá el deber jurídico de asumir el daño, cuando éste no solo es provocado bajo niveles de injustificación legal alguna, sino cuando ni siquiera encuentre fundamento en principios o conceptos que operen en el actuar administrativo.

Anticipadamente, se debe entender que la antijuridicidad demuestra una clara tendencia objetiva, finalista y restrictiva, perspectivas que explican la función de la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial, pasando a explicarse, tomando en consideración su operatividad dentro de la lesión resarcible.

A. *La antijuridicidad es un elemento de resultado.* Aplicando el criterio general imperante del Derecho Civil, que entiende a la antijuridicidad en su fundamento no solo como presupuesto sino como violación de un principio que actúa preestablecidamente en el tráfico jurídico –es decir, *alterum non laedere*–; la antijuridicidad surge como un efecto de una conducta dañosa. Esta construcción doctrinal, extrapolándola a la responsabilidad patrimonial de la Administración, sugeriría entender que el principio que se ubica en los arts. 9.3 y 106.2 CE, de garantía de la esfera jurídica de los ciudadanos, entrega una cláusula de cobertura general, que en principio trasciende a todo daño –sin perjuicio del caso ya analizado brevemente, respecto de los “*riesgos del progreso*”–, y que los daños o lesiones que causa la Administración se deben entender antijurídicos desde el punto de vista causal, es decir, como efecto de la violación de la garantía. De lo anterior, si bien la Carta Fundamental establece la garantía general, también, en el entendido que autoriza su desarrollo legal de la responsabilidad, tiene como consecuencia la especialidad y restricción a que todo daño o lesión sea indemnizado. Esto hace entender que la supuesta antijuridicidad guarda su ubicación y su análisis en el resultado del daño o lesión, pues se centra en la posibilidad de constituirse como elemento de una lesión con la calidad de ser resarcida, o en otras palabras, existe una antijuridicidad del perjuicio referida al perjudicado³⁷.

³⁷ Nuevamente, la STS de 4 de marzo de 1998, (S. 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 588/1992, Ref. Iustel: § 318496) sirve en este caso, para ilustrar el lugar de análisis de resultado que presenta la antijuridicidad. “La antijuridicidad y la ilicitud debe

Leguina Villa señala que “*La ilicitud del daño, que postula su imputación a la Administración autora del mismo, no depende, pues, de una previa ilicitud en la acción u omisión de algún órgano administrativo, sino que se configura objetivamente en la incidencia del hecho dañoso sobre el patrimonio del dañado en todos los casos en que no exista causa legal alguna que, de modo expreso, obligue a éste a soportar el detrimento patrimonial*”³⁸. Es decir, que lo antijurídico no emana de la actividad misma, sino del evento o resultado de daño en el patrimonio particular, y que este evento dañino no encuentre un sustento legal que establezca la asunción del daño por parte de la víctima. El TS, al referirse a la estructura objetiva de la responsabilidad de la Administración ha señalado que se configura de esta manera dado “*el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado*”³⁹.

B. La antijuridicidad constituye un tipo de antijuridicidad formal. La ley obliga a indagar en el fundamento del resultado de la lesión, por sobre el mero hecho de haberse inferido un daño, lo cual permite

existir siempre, sin que con ello se haga referencia a si la responsabilidad ha de ser subjetiva u objetiva, pues esto es otro tema, el de la concurrencia o no de culpa, por lo que si la ley faculta a la Administración para actuar de la manera en que lo ha hecho, no existe la obligación de indemnizar y no hay antijuridicidad e ilicitud, pues concurre una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar administrativo, generando la obligación jurídica de soportar el daño y perjuicio por parte del recurrente”.

³⁸ Leguina Villa, Jesús. *El fundamento de la responsabilidad de la administración*. En. Revista Española de Derecho Administrativo, N° 23, Octubre-Septiembre, 1979, p. 534. El autor agrega, con una opinión que ha influenciado notoriamente a la doctrina española, que: “El hecho dañoso podrá ser reputado entonces como una lesión legítima imputable a la Administración, no tanto porque ésta, o alguno de sus agentes, hayan actuado ilícitamente (vulnerando la ley, con intención de causar un perjuicio o sin la diligencia requerida), sino mucho más sencillamente porque, incluso si la intervención administrativa es perfectamente lícita y permitida por la ley, no hay razón o título por el que la propia ley autorice a la Administración para atribuir además a la víctima, y sólo a ella, las consecuencias perjudiciales de dicha intervención. La ilicitud del hecho dañoso se mide, pues, en los efectos negativos injustificados sobre el patrimonio del particular, no en la valoración reprochable de la acción que lo provoca. De donde se sigue que una acción u omisión administrativa legítima e inculpable no dejará por ello de causar una lesión ilícita y, por ello mismo, resarcible, si no se apoya además en un título legal expreso que permita causar el daño”.

³⁹ STS 7 de julio de 1997, Sala: 3ª, Sección: 6ª, N° de Procedimiento: 8582/1991, Ponente: Juan José González Rivas (Ref. Iustel: §300539)

entender la exigencia de una antijuridicidad formal. En este orden, el sentido de antijuridicidad que se expresa en el art. 141.1, se podría interpretar bajo el supuesto de que no se puede imponer una restricción, cualquiera limitación o menoscabo a un derecho, de un particular, cuando no existe fundamento o norma que sustente tal limitación. Así, se entiende que se produce una derivación en que el daño o limitación de derechos, no es justificable y que el hecho o acto que impone tal limitación es ilegal o simplemente no tiene sustento legal; o como lo han explicado García de Enterría y Fernández, quienes señalan que quedan *“incluidos, en principio, en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de “funcionamiento normal” (...) siempre que un nexo de causalidad permita su imputación a la Administración”*⁴⁰.

En estos términos, la forma en que la antijuridicidad ha quedado descrita normativamente, conduce en cierta medida a delimitar *“legalmente”* la procedencia del hecho dañoso, en el entendido que una mera referencia a la antijuridicidad o ilicitud, como términos concentrados, generaría una amplitud que se trasladaría en la argumentación del daño injusto lo que, en cierta forma, degradaría la conveniente objetivación del sistema. Esto alude al límite y cauce lógico en que se debe basar el sistema de responsabilidad objetiva que sustenta la responsabilidad de la Administración, pues su aplicación directa –guardando su procedencia constitucional– y la naturaleza de la estructura organizativa que confrontan intereses subjetivos de los ciudadanos, y sumando un elemento de igualdad y garantía, debe obedecer a esta estructura formal, sea en su actividad unilateral (emanada de los actos administrativos) o en su actividad en sectores reservados, serviciales, regulados o, simplemente, generados por un hecho dañoso provocado por su personal funcionario.

Esta delimitación normativa del hecho dañoso que se origina

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. *Op. cit.* págs. 376-377.

en la formalidad antijurídica, se aprecia en la STS, de 3 de diciembre de 2002, en que el tribunal procede a acoger indemnizar los daños provenientes de la aplicación, por parte de la Administración, de una multa indebidamente impuesta y debidamente pagada, expresando que *“aunque la anulación en vía administrativa o jurisdiccional no presupone por sí sola derecho a indemnización, es jurisprudencia consolidada que habrán de indemnizarse aquellos daños que el perjudicado no tenga el deber de soportar (artículo 141.1 de la citada Ley) y que tengan su causa en la actuación del servicio público, razón por la que en este caso la entidad demandante debe ser resarcida por la Administración demandada mediante el pago de los intereses legales de la cantidad a que ascendió la multa indebidamente impuesta y oportunamente pagada y que, por haberlo así solicitado la propia demandante, habrán de calcularse a partir de la presentación de la demanda en sede jurisdiccional”*⁴¹. En este caso, los daños provocados por multas que carecen de soporte normativo o fundamento, manifiestan un actuar antijurídico formal.

Una referencia más concreta de la formalidad antijurídica se expresa en la STS, de 20 de mayo de 1998, la que clarifica aún más esta referencia cuando indica que *“[l]a antijuridicidad y la ilicitud debe existir siempre, sin que con ello se haga referencia a si la responsabilidad ha de ser subjetiva u objetiva, pues esto es otro tema, el de la concurrencia o no de culpa, por lo que si la ley faculta a la Administración para actuar de la manera en que lo ha hecho, no existe la obligación de indemnizar y no hay antijuridicidad e ilicitud, pues concurre una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar administrativo, generando la obligación jurídica de soportar el daño”*.

C. *La existencia del deber jurídico de soportar el daño.* El problema de determinar cuándo se está en posición o existe el deber jurídico de soportar en daño, reviste de ciertas vacilaciones. Ya se explicaron anteriormente los límites racionales de no soportar el daño, que en general comprendían a la inexistencia de niveles de justificación legal, de principios o conceptos de la

⁴¹ Sala 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 7050/2001, Ponente: Pedro Antonio Mateos García (Ref. Iustel: § 333958).

actuación administrativa. Se puede entender, como puede resultar lógico, que en la medida en que el hecho se encuadre dentro de los “*deberes jurídicos*” legales, el particular tendrá que asumir los costes del daño, en sentido amplio. Un ejemplo de esto se presenta cuando existe un daño generado por una actuación legal de la Administración, como se refleja en la STS, de 3 de diciembre de 2002, en que el particular sufrió un daño económico por la prohibición, por parte de la autoridad pertinente, de la comercialización de partidas de leche por no reunir las condiciones establecidas por la legislación vigente, indicando que “*no se puede imputar a la Administración aquel resultado dañoso, cuando su propia actuación se sustentó en una resolución expresamente por él consentida; resolución que goza de la presunción de legalidad y acierto que proclama el artículo 45 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, a la sazón vigente*”⁴².

Asimismo, bajo un criterio general, “*los deberes jurídicos*”, – y con el fin de no ampliar indebidamente el sistema de responsabilidad– encuentran una coherencia con lo referente a las cargas generales, tengan éstas una implicación individual o colectiva⁴³. De esta forma, lo que posibilita la aplicación del criterio de cargas se configura en base a los conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso del interés general o la discrecionalidad. Como previene Busto Lago, apoyado sobre el criterio del Tribunal Supremo, “*el TS vincula el presupuesto de la antijuridicidad con el tipo de potestad ejercitado al dictar el acto que se anula, de manera que si se trata de una potestad discrecional o de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, el particular vendrá obligado a soportar las consecuencias perjudiciales si el ejercicio de la misma se ha mantenido ‘dentro de unos márgenes de*

⁴² Sala: 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 1922/1991, Ponente: Enrique Lecumberri Martí (Ref. Iustel: § 334371).

⁴³ En este sentido García de Enterría y Fernández (Curso de Derecho Administrativo..., p. 380), quienes además dan cuenta que la idea de las cargas ha sido frecuentemente argumentada por el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo “para excluir la responsabilidad de la Administración y evitar que se desborde por una mala inteligencia del carácter aparentemente objetivo con el que está configurada”.

apreciación no sólo razonados sino razonables”⁴⁴.

Como ejemplo del deber jurídico de soportar un acto que emana de potestad discrecional, se presenta la STS, de 5 de febrero de 1996, en la cual se expresa que *“ha de concluirse que la valoración que se efectúa en la resolución anulada por parte de la Administración de los datos obrantes en su poder a efectos de integrar el concepto indeterminado contenido en la norma, se ha operado con arreglo a los criterios exigibles conforme a lo manifestado en los fundamentos anteriores para excluir la antijuridicidad de la posible lesión”⁴⁵*. Asimismo, la STS, de 4 de marzo de 1998, apreció que *“[e]n consecuencia, el daño no se ha producido como consecuencia del funcionamiento de un servicio público y no existe una relación de causa a efecto, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido (...) Por ello, la actuación administrativa no puede calificarse de ilegal y causante de un perjuicio, pues no hay lesión porque el daño no era antijurídico, al existir una causa de justificación, cual era la no adecuación de la petición del interesado a la legislación de directa aplicación y, en consecuencia, no cabe reputar ilegal la actuación administrativa”⁴⁶*. En la STS, de 20 de febrero de 2003, no se constata antijuridicidad por la calidad de bien en relación a la potestad regulatoria de la Administración, en la cual su estatuto jurídico permite adoptar medidas frente al caso de *“afrentar una situación de sequía extraordinaria, las que no son expropiatorias o limitativas de derechos adquiridos, sino que se trata de meras limitaciones de uso, que definen el contenido de la propiedad privada de las aguas subterráneas y configuran su peculiar estatuto jurídico, como lo entendió el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de noviembre de 1988”*.

En la STS, de 22 de octubre de 2002, en relación al cese de un cargo público de libre designación, el Tribunal, atendiendo a la

⁴⁴ Busto Lago, José. Capítulo XVIII La responsabilidad civil de las administraciones públicas. En: Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de responsabilidad civil. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 1447.

⁴⁵ Sala: 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 2034/1993, Ponente: José Manuel Sieira Míguez (Ref. Iustel: §262449).

⁴⁶ Sala 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 588/1992, (Ref. Iustel: §318496).

inexistencia de ilicitud formal del acto señaló que: *“el cese ordenado no puede en manera alguna generar el derecho a la indemnización pretendida, habida cuenta que la lesión aducida no cabe calificarla de antijurídica, en cuanto el funcionario, sometido al régimen estatutario correspondiente, tiene el deber de soportarlo o en otras palabras no existe lesión patrimonial resarcible, como se recoge ya en el artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, deviniendo por todo ello improcedente, sin que sean necesarias mayores consideraciones, el motivo tercero articulado, que constituye el segundo, en cuanto no concurren las infracciones acusadas, siendo indiferentes al respecto cuantos otros argumentos se exponen”*⁴⁷. En este sentido, no concurriendo una ilicitud de la actividad y menos del resultado y, atendiendo a la naturaleza normativa del funcionario, era claramente legal que asumiera la carga.

Por otra parte, la aplicación de otros conceptos jurídicos indeterminados se visualiza en la STS, de 28 de junio de 1999, desfavorable para el afectado, toda vez que no dirigiéndose oportunamente por medio del procedimiento idóneo para regularizar su situación, el Tribunal estima que *“la doctrina seguida por la sentencia impugnada pueda calificarse de errónea y gravemente dañosa para el interés general, tanto por su eficacia inmediata, como, sobre todo, por la posibilidad de que sus efectos negativos puedan perpetuarse y consolidarse en el futuro”*, para finalmente sostener que *“en función del caso enjuiciado, no puede fijarse la doctrina pretendida y que tampoco se ha razonado nada en punto a la magnitud con que la sentencia recurrida podría considerarse gravemente dañosa para el interés general (...)”*⁴⁸. En la STS, 4 de noviembre de 1995, relacionada con responsabilidad legislativa por la modificación del régimen provisional, el Tribunal entendió que *“la jubilación forzosa del referido personal por causa de edad forma parte del contenido de la relación estatutaria que les vincula con el Estado, y la anticipación de la edad de jubilación constituye una legítima modificación legislativa de dicho régimen estatutario, fundada en razones sociológicas y económicas, que no produce a*

⁴⁷ Sala 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 5954/1998, Ponente: Pedro Antonio Mateos García (Ref. Iustel: §333005).

⁴⁸ Sala 3ª, Sec. 2ª, Nº de Procedimiento: 7875/1998 (Ref. Iustel: §280357)

*los afectados una lesión que deba ser indemnizada de un derecho subjetivo o de un interés cierto, efectivo y actual que existiese en su patrimonio, lo que constituye el fundamento esencial de la desestimación de la pretensión de resarcimiento que enjuicamos*⁴⁹.

No se puede olvidar, además, que se exonera de responsabilidad a la Administración, cuando el perjudicado ha incurrido en conductas riesgosas, como es la participación en actividades violentas. Así, la STS de 21 de noviembre de 1995, declaró que *“cuando el ciudadano crea la situación de riesgo, (cual sucede en el supuesto que contemplamos), participando en una manifestación ilegal y violenta, que lógicamente degenera en un enfrentamiento con las fuerzas del orden, no puede estimarse que ha sufrido un daño antijurídico como consecuencia de la utilización de los normales medios antidisturbios, siempre que su actuación se ajuste a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, cuyo respeto es fundamental para la calificación jurídica de los muy distintos supuestos que la realidad puede plantear (...) y como en el concreto caso que decidimos se nos manifiestan como respetados los aludidos principios, en cuanto la actitud de los manifestantes determinó el empleo legítimo de las defensas, cuyo uso no resulta arbitrario ni desproporcionado, es por lo que no cabe calificar como antijurídica la actuación de los agentes del orden*⁵⁰. No obstante, frente a este caso de participación en disturbios, el daño sería antijurídico cuando la respuesta o reacción de las fuerzas de orden público es desproporcionada en medios y modos atendidas las circunstancias, criterio que asume la STS de 7 de octubre de 1995⁵¹. Por su parte, en el riesgo que se debe asumir, pero derivado de actividades taurinas, el recurrente intentó dirigir la responsabilidad de la Administración por los daños provocados en su patrimonio emanados de tal acto; el TS, estimado

⁴⁹ Sala 3ª, Nº de Procedimiento: 1538/1991 (Ref. Iustel: §313548)

⁵⁰ Sala: 3ª, Sección: 6ª Nº de Procedimiento: 9125/1991, Ponente: Pedro Antonio Mateos García (Ref. Iustel: §270405) Este criterio de deber, impera en Sentencias del TS: 22 de abril de 1994, 1 de julio; 7 de octubre de 1995; 16 de diciembre de 1997; 18 de octubre de 1999; 17 de abril de 2001 (recurso 8.512/96); 22 de abril de 1994, 1 de julio de 1995 y 31 de enero de 2003, entre otras.

⁵¹ Sala: 3ª, Sección: 6ª, Nº de Procedimiento: 878/1993, Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate. (Ref. Iustel: §270313).

la improcedencia por falta de causalidad, dispone el deber de asumir el daño en el sentido que *“si la ley, como ocurre en este caso, faculta a la Administración para actuar de la manera en que lo ha hecho, no existe la obligación de indemnizar y no hay antijuridicidad e ilicitud, pues concurre una causa que la excluye y un derecho que ampara el actuar administrativo, generando la obligación jurídica de soportar el daño y perjuicio por parte del recurrente”*.⁵².

De estos tres elementos referentes a la función de resultado, formalidad y el deber positivo excepcionalmente injustificado, materializa la aplicación de la antijuridicidad como elemento de la lesión y eje de su resarcibilidad en el ámbito de responsabilidad de la Administración. No obstante, y como se ha sostenido, la función general, en el espectro del sistema de responsabilidad en comento, será servir de filtro objetivo de daños, lo que guarda coherencia con la naturaleza del sistema.

CONCLUSIONES

De lo expuesto se pueden colegir ciertas reflexiones sobre la situación de la antijuridicidad.

En primer lugar, la antijuridicidad, desde un punto de vista general, representa una delimitación de la actuación de la Administración, sea representando una limitación legal o emanada de los principios de Derecho que orientan la función de los poderes públicos en su actividad frente a los ciudadanos. La naturaleza objetiva y directa del sistema sugiere la aplicación de limitar todo mecanismo que integre elementos subjetivos, sea desde el punto de vista de la acción dañosa, como desde las consideraciones de la víctima.

En segundo lugar, la antijuridicidad, es un presupuesto técnico jurídico elemental de la lesión resarcible, pues entrega una valoración objetiva de cuándo el resultado dañoso no representa justificación alguna o niveles de razonabilidad adecuados en vista del principio de igualdad de cargas que debe soportar cualquier

⁵² Sentencia de 7 de julio de 1997, Sala: 3ª, Sección: 6ª, N° de Procedimiento: 8582/1991, Ponente: Juan José González Rivas. (Ref. Iustel: §300539).

ciudadano. En este sentido precave la excepcionalidad de la concurrencia antijurídica desde el punto de vista de la actividad de la Administración. Así, la antijuridicidad formal se constituye como sub-elemento a fin de mantener una equidad y equilibrio de los daños que puede causar la Administración en ejercicio de su función pública.

En tercer lugar, la antijuridicidad es un elemento de resultado, dado que no puede existir una prevención *ex ante*, sino a partir de la apreciación objetiva y directa del daño, en función de su extensión y de la excepcionalidad resarcitoria. En este orden de ideas, no existiría una apreciación de las circunstancias conductuales que produjeron la lesión, sino solo la concurrencia final de aquella búsqueda de asumir o no, el daño, por parte de la víctima.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER DE. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*. 2ª ed., Navarra: Aranzadi, 2004.
2. BUSTO LAGO, JOSÉ. Capítulo XVIII La responsabilidad civil de las administraciones públicas. En. Reglero Campos, Fernando (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi, 2002, págs. 1425-1530.
3. DESDENTADO DAROCA, Eva. Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la ley 30/1992 a la luz del análisis económico del derecho. En. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 108, Octubre-Diciembre, 2000, págs. 522-563.
4. DIEZ-PICAZO, LUIS. *Derecho de daños*. 1ª ed., Madrid: Civitas, 1999.
5. ESTEVE PARDO, JOSÉ. La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos. En. *Revista de Administración Pública*, Nº 161, Mayo-Agosto, 2003, págs. 53-82.
6. FUENTES BARDAJI, JOAQUÍN DE (dir). *Manual de responsabilidad pública: homenaje a Pedro González Gutiérrez-Barquín*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda: Ministerio de Justicia, 2004.
7. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo II*. 9ª ed., Madrid: Civitas, 2004.
8. JORDANO FRAGA, JESÚS. La reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las administraciones públicas. En. *Revista de Administración Pública*, Nº 149, Mayo-Agosto, 1999, págs. 321-335.
9. LEGUINA VILLA, JESÚS. El fundamento de la responsabilidad de la administración. En. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 23, Octubre-Septiembre, 1979, p. 523-536.

10. LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO. Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: un paso adelante en la definición del sistema. *Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº 36 Octubre-Diciembre 1999, págs. 11-44.
11. NIETO, ALEJANDRO. La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado (sala 3.ª del T. S. s. 5-11-1974, ponente: Arozamena). En. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 4, enero-marzo, 1975, págs. 90-95.
--- La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial. En. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 51, Julio-Septiembre, 1986, págs. 427-4337.
12. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Derecho administrativo*. 1ª ed., Madrid: Ariel, 2003.
13. SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo general*, tomo II. 1ª ed., Madrid: Iustel, 2004.

* FRANCISCO ANDRÉS PINILLA RODRÍGUEZ. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama.