

FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E INDEMNIZACIÓN

EDORTA COBREROS MENDAZONA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad País Vasco

I. EL «FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA» COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN: 1. *La previsión constitucional del art. 121 CE.* 2. *Su desarrollo en la Ley Orgánica del Poder Judicial.* 3. *La necesaria distinción entre los títulos de imputación «error judicial» y «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», respectivamente.* 4. *Delimitación del concepto «funcionamiento anormal».* 5. *Un supuesto con regulación específica en la legislación laboral.*— II. PANORÁMICA DE SUPUESTOS DE FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA RECONOCIDOS COMO INDEMNIZABLES: 1. *Previo.* 2. *El retraso como funcionamiento anormal.* 3. *Funcionamiento anormal con ocasión de bienes depositados judicialmente.* 4. *Otros supuestos de fallos, errores o descuidos constitutivos de funcionamiento anormal.*— III. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INDEMNIZACIÓN.

RESUMEN

El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es un supuesto previsto a efectos indemnizatorios, por parte del Estado, de los perjuicios que por tal causa se hubiesen producido. Pero tal concepto abierto necesita de precisión y determinación mayores. Tal es la finalidad de este trabajo. Así, se analizan, por categorías, los casos en los que se ha reconocido recientemente su existencia y se efectúan algunas consideraciones sobre los problemas que plantea la indemnización precedente.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado; Administración de Justicia; funcionamiento anormal; indemnización.

ABSTRACT

The abnormal operation of the Administration of Justice is one of the conditions required for compensation by the State for damages suffered. But such a broad concept requires of further precision and delimitation. That is the scope of this article. Thus, it is analyzed, in categories, cases where the abnormal operation was recently acknowledged and some considerations on the problems that the appropriate compensation by the State raises.

Key words: Patrimonial liability of the State; Administration of Justice; Abnormal operation; Compensation.

I. EL «FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA» COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN

1. *La previsión constitucional del art. 121 CE*

En su Título VI, dedicado al Poder Judicial, el Texto Constitucional contiene un precepto cuya dicción literal conviene recordar: «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» (art. 121 CE). Esta previsión constitucional constituye una *novedad* —aunque no absoluta, dado el precedente constitucional republicano¹ y alguna aislada sentencia de los años setenta²— y contempla un doble título de imputación diferenciado: el error judicial, por un lado, y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por otro. Precisamente este último —que es el que aquí interesa— se añadió al texto del Anteproyecto durante la tramitación parlamentaria de este precepto constitucional³, en el que ini-

¹ En efecto, la Constitución Republicana de 1931, en su art. 106 dispuso que:

«Todo español tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinan las leyes. El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones».

Este precedente constitucional, sin embargo, no resulta especialmente destacable para el caso que ahora nos ocupa por varias razones. La primera, porque la ley o leyes que debían haber desarrollado esta disposición constitucional no fueron dictadas (sin perjuicio de la modificación, aún vigente, del párrafo segundo del art. 960 LECrim que se efectuó en 1933 para resolver los supuestos indemnizatorios en el caso más grave de error judicial, cual es el de la condena penal por un delito inexistente, como ocurrió con el tristemente célebre Crimen de Cuenca; *vid.*, con precisión y detalle, MARTÍN REBOLLO, L., *Jueces y Responsabilidad del Estado*, CEC, Madrid, 1983, págs. 89 y ss.). La segunda, porque la responsabilidad del Estado, teóricamente prevista entonces, lo era con carácter subsidiario (aspecto que la diferencia netamente de la contenida en el texto constitucional de 1978). Y la tercera, porque el título «funcionamiento anormal» que ahora nos ocupa claramente no tiene cabida entre las previsiones constitucionales republicanas.

² Que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (en su *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, vol. II, 10^a edic., 2006, pág. 393) oportunamente han traído a colación: se trata de dos sentencias en las que un supuesto típico de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia —cual es la desaparición o sustracción de unas joyas y de unas cantidades consignadas, a disposición de un Juzgado, respectivamente— se encuadró como un caso de responsabilidad patrimonial a cargo del Ministerio de Justicia; si bien el Tribunal Supremo lo hizo entonces, obviamente, en el marco de la responsabilidad *administrativa* establecida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957 (SSTS de 10 de mayo de 1972, RJ 1972\2441, y de 15 de diciembre de 1976, RJ 1976\6014: la primera desfavorable a la indemnización solicitada y la segunda, en cambio, estimatoria).

³ Tramitación parlamentaria de la que, además de la consulta directa de la documentación recogida en *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios* (Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, 4 vols.), puede encontrarse una detallada relación tanto en MARTÍN REBOLLO, L., *Jueces y responsabilidad del Estado*, cit., págs. 113 y ss., como en JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la Justicia*. Impredisur, Granada, 1991, págs. 39 y ss.; y un útil resumen en GUZMÁN FLUJA, V., *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*. Tirant lo blanch, Valencia, 1994, págs. 32-33.

cialmente sólo se hacía referencia a los «errores judiciales»⁴.

En fin, la remisión constitucional a que se haga «conforme a la ley» establece un derecho a la reparación de *configuración legal* (de similar manera a lo que ocurre con lo dispuesto en el art. 106.2 CE o en el art. 33.3 CE), lo que significa en último término que, respetados los límites del art. 121 CE, al legislador le corresponde un amplio margen regulador en la materia.

2. Su desarrollo en la Ley Orgánica del Poder Judicial

Como es sabido, el desarrollo de la previsión constitucional del art. 121 CE tendrá lugar en 1985 con los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵ —en unos términos que han permanecido inalterados desde entonces—, donde se establece un régimen diferenciado para el error judicial y para el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y donde, además, de aquél se desgaja (también con régimen jurídico específico) el caso de la prisión provisional indebida.

En efecto, el supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por *error judicial* se articula a través de dos fases sucesivas en el tiempo: la primera, destinada a establecer indubitadamente la existencia de un error judicial y que —como no podía ser de otra manera, si se quieren preservar las actuaciones jurisdiccionales de injerencias extrañas— se encarga a los propios órganos jurisdiccionales, en concreto, al Tribunal Supremo, para que por Sentencia *ad hoc* declare la comisión de un error judicial insubsanable (art. 293.1 LOPJ); la segunda, posible sólo en el caso de haber prosperado la anterior, dirigida a ejercer la acción indemnizatoria propiamente dicha y que se articula como una solicitud dirigida al Ministerio de Justicia, cuya decisión será revisable por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 293.2 LOPJ).

El supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado en favor del inocente que hubiera sufrido la medida procesal cautelar de la *prisión preventiva* se articula más simplificada que el genérico error judicial, a partir del dato de que en el propio proceso penal haya quedado demostrada la inocencia del que había permanecido en prisión (*ex arts.* 502 y ss. LECrim), con lo que el mecanismo resarcitorio comienza después, con la solicitud de indemnización ante el Ministerio de Justicia, propiamente⁶.

⁴ En trámite parlamentario también fue incluida la precisión de que la indemnización fuera «a cargo del Estado», con la intención explícita de que no hubiera duda alguna con respecto a que no eran los Jueces y Magistrados los obligados a indemnizar por este concepto.

⁵ Más precisiones sobre la tramitación parlamentaria de estos preceptos pueden encontrarse, directamente, en *Ley Orgánica del Poder Judicial Trabajos Parlamentarios*. Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1986, 3 vols.; para una completa síntesis, *vid.* JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad del Estado...*, cit., págs. 67 a 88.

⁶ Art. 294 LOPJ, reinterpretado de manera extensiva en su requisito más destacado (el

Finalmente, cuando es el *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* el título en el que se basa la pretensión indemnizatoria —que es el supuesto que aquí interesa—, el ejercicio de la acción se plantea también directamente en vía administrativa ante el Ministerio de Justicia⁷, que es quien —tras los preceptivos *Informe* del Consejo General del Poder Judicial⁸ y *Dic-*

de la «inexistencia del hecho imputado») por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su capital Sentencia de 27 de enero de 1989, RJ 1989/500; si bien ha de reconocerse que, anteriormente, el Dictamen del Consejo de Estado de 9 de octubre de 1986, núm. 49283, ya se adelantó de alguna manera a esta posibilidad. Esta interpretación ampliatoria continúa plenamente vigente en nuestros días (*vid.* STS de 16 de diciembre de 2007, RJ 2007/9155). Precisamente «Acercas de la “inexistencia del hecho” a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia» ha tratado recientemente y con amplitud el Consejo de Estado: *vid. Consejo de Estado. Memoria 2006*, págs. 161 a 182.

⁷ Más concretamente, la tramitación de este tipo de expedientes viene encomendada a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia [art. 5.1.d) R.D 1125/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia] y la resolución al propio Ministro de Justicia (*ex art.* 142.2 LRJPAC).

⁸ Sobre la intervención del órgano de gobierno del Poder Judicial en esta materia, podemos destacar aquí que el Pleno aprobó unos «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», plasmados en un Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 1992 (publicado en el *Boletín Oficial de Información del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 105, 1992, pág. 50 y ss.) que decía lo siguiente:

«Por lo que se refiere a los informes a emitir por el Consejo General del Poder Judicial, como consecuencia de los expedientes suscitados ante el Ministerio de Justicia, se propone como criterios básicos a tener en cuenta los que siguen: 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 este último se exige una resolución judicial que expresamente reconozca la existencia del error; 2º) en caso contrario, determinación precisa de la existencia o no de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; 3º) exclusión en el informe de todo pronunciamiento acerca de la plena viabilidad de la reclamación formulada, de la concurrencia o no de relación de causalidad entre la actuación que se censura y el perjuicio que se dice sufrido y, por último, de la procedencia o no de la cuantía indemnizatoria pretendida; 4º) a tales efectos, extensión del concepto de Administración de Justicia no sólo al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de Jueces y Magistrados, sino también a las conductas realizadas por cuantos colaboran a que aquélla cumpla sus fines, incluyendo, por tanto, la actuación de los Secretarios judiciales, funcionarios y Policía judicial; y, finalmente, 5º) pronunciamiento expreso, cuando así derive de las actuaciones practicadas, acerca de la improcedencia de la acción de repetición que asisten al Estado a tenor de lo prevenido en el artículo 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, guardando silencio en caso contrario».

De estos criterios básicos podemos destacar ahora el que se refiere a la autorrestricción que se impone a sus funciones informativas el Consejo General del Poder Judicial, al limitarlas a la constatación de la existencia (o no) de un funcionamiento anormal, sin entrar en los restantes aspectos que se contienen en todo ejercicio de la acción indemnizatoria, cuyo dictamen corresponde al Consejo de Estado. Como el propio Consejo General del Poder Judicial reconocerá en otro lugar: «el dictamen del Consejo de Estado no tiene un carácter sectorial como el Informe del Consejo General, sino que su naturaleza más general luce, entre otros muchos preceptos, en el art. 12.2 del Proyecto remitido para informe. En este precepto, en efecto, se prevé que se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre extremos tales como la relación de causalidad, la valoración del daño causado y la cuantía o modo de la indemnización. En estos aspectos el Consejo General del Poder Judicial no debería entrar como regla general, pues no son los dignos de consideración, como queda dicho, desde el punto de vista de la independencia judicial» (apartado III.6 del «Informe elaborado por la

tamen del Consejo de Estado⁹ (cuya importancia, pese a no ser vinculan-

Comisión de Estudios sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial», publicado en el *Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 111, 1991, págs. 55 y ss). Pero, a la vez, también procede reseñar que incardina tal actuación en el ámbito de los mecanismos protectores de la independencia judicial, lo que potencia su relevancia:

«En los casos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y especialmente aunque no exclusivamente, en los casos de dilaciones judiciales subsumibles en ese supuesto, el informe del Consejo General del Poder Judicial cumple la función de poner de manifiesto ante la Administración responsable de la decisión las circunstancias que permiten calificar los hechos determinantes del daño alegado como de funcionamiento anormal o no. A tenor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo al Consejo General, en su papel constitucional, le corresponde la realización de la inspección y el control de la estadística de la actividad de los Juzgados y Tribunales. Sólo el Consejo General, en consecuencia, está en condiciones de suministrar datos ciertos sobre las circunstancias que han rodeado un acontecimiento o una conducta presuntamente generadora de responsabilidad, pues sólo el Consejo puede aportar con certeza los hechos determinantes de la anomalía de funcionamiento y efectuar una valoración correcta de ellos.

Ciertamente, el principio de colaboración entre poderes del Estado, sobre el que tantas veces ha llamado la atención el Tribunal Constitucional, puede hacerse extensivo al deber de los jueces y tribunales de informar sobre aquellos hechos que pueden haber dado lugar a responsabilidad patrimonial. Pero no puede dejar de notarse que tal solicitud de información corre a veces el riesgo de ser interpretada como una intromisión en la independencia judicial, fundada o infundadamente. Es difícil evitar en ocasiones que pueda producirse la apariencia de una inquisición de la actividad del Juez por otro poder del Estado. No se olvide, en efecto, que los hechos determinantes de responsabilidad patrimonial pueden estar relacionados con una conducta negligente o dolosa del Juez, y que la materia relativa a la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los jueces y magistrados está estrechamente vinculada con la independencia judicial. La Ley Orgánica lo subraya al incluir su regulación en un título dedicado a la independencia judicial.

Incluso en los casos en que esa posible afectación de la independencia no esté en juego, parece difícil que el Ministerio de Justicia tenga en sus manos el exigir eficazmente de los jueces y tribunales un informe sobre actividades susceptibles de responsabilidad. La Administración carece de cualquier género de poderes jerárquicos sobre órganos de otro poder. Sólo, una vez más, el Consejo General del Poder Judicial es capaz constitucionalmente de realizar esta función y de plasmar su resultado en un informe que se inserte en el expediente administrativo» (apartado III.4 del Informe citado).

De hecho, cuando el Consejo General del Poder Judicial ha reconocido en su Informe la existencia de un funcionamiento anormal, tanto el Consejo de Estado, como la Audiencia Nacional, suelen otorgar a esta valoración una relevancia decisiva (de tal manera que es muy extraño que la contradigan). Ahora bien, tampoco puede negarse la existencia de una cierta incomodidad en el Consejo General del Poder Judicial —a la hora de emitir este tipo de informes, en concreto— debido al cuándo y al cómo se le solicita tal Informe, en contraste con lo que sucede con el Dictamen del Consejo de Estado (*vid.* el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 6 de octubre de 2004, que aprueba una propuesta de la Comisión de Estudios e Informes «en relación con el momento procedimental oportuno en que el Ministerio de Justicia ha de recabar el preceptivo Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», de 14 de abril de 2004, en el que tras diversas consideraciones se decide «interesar del Ministerio de Justicia que, en atención a la naturaleza y deseable eficacia del Informe que al Consejo General del Poder Judicial corresponde emitir en las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, dicho Informe sea recabado una vez concluida la instrucción del procedimiento, evacuado el trámite de audiencia al interesado y formulada la propuesta de resolución por el Ministerio de Justicia»).

⁹ Sobre la intervención de este órgano consultivo tenemos que hacer tres observaciones de diversa índole. En primer lugar, su actuación dictaminadora deriva de la remisión que el

tes, no debe minimizarse en absoluto)— ha de apreciar si concurren o no las circunstancias y los requisitos legalmente establecidos para obtener la reparación¹⁰. Apreciación inicial del Ministerio de Justicia que, en caso de desacuerdo por parte del interesado, podrá discutirse (como en los casos anteriores) en sede contencioso-administrativa (art. 293.2 LOPJ)¹¹.

3. *La necesaria distinción entre los títulos de imputación «error judicial» y «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», respectivamente*

El propio Texto Constitucional, al mencionar separada y específicamente ambos títulos de imputación, y el posterior desarrollo efectuado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, al establecer un sistema diferenciado para ambos, obligan inexcusablemente a distinguir uno y otro.

art. 293.2 LOPJ hace «a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado», que nos conduce derechamente al art. 22.13 LOCE, donde se establece la preceptiva consulta para «las reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen a la Administración del Estado». Ahora bien, recuérdese que a partir de la modificación introducida por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, ésta sólo procederá cuando las reclamaciones sean de cuantía superior a seis mil euros.

En otro orden de consideraciones, recientemente el Tribunal Supremo ha establecido —parece que con visos de definitividad— que en el caso de resolución desestimatoria *presunta* sin solicitud de Dictamen al Consejo de Estado de una petición indemnizatoria de este tipo, la estimación del recurso no puede dar lugar a la declaración de nulidad de actuaciones con retroacción al momento en el que se debía haber pedido el Dictamen —cosa que sí procede en el caso de resolución denegatoria *expresa*—, sino que «corresponde a la Sala enjuiciar el fondo sin que proceda la nulidad de lo actuado para recabar el informe del Consejo de Estado» (SSTS de 9 de mayo de 2007, RJ 2007/3159 y de 25 de enero de 2008, RJ 2008/920).

Finalmente, procede advertir de que el sistema de numeración de los dictámenes de este órgano fue modificado a partir del 1 de enero de 2000.

¹⁰ Podría plantearse aquí la cuestión de si, tras pasados los servicios de la «Administración de la Administración de Justicia» a algunas Comunidades Autónomas, deberían ser éstas las que respondieran, al menos en algunos supuestos (*vid.* el planteamiento, con pormenorización de los argumentos en uno y otro sentido en COBREROS MENDEZONA, E., *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*. Civitas. Madrid, 1998, págs.112 a 120). No obstante, debe tenerse en cuenta que, desde el primer Real Decreto de trasposos en esta materia (R.D. 1684/1987, de 6 de noviembre, para el País Vasco) hasta el último, por ahora (R.D. 1702/2007, de 14 de diciembre, para Aragón), en todos ellos se recoge expresamente que este tipo de responsabilidad patrimonial continúa imputándose a la Administración General del Estado; con lo que, en la práctica, el asunto ha quedado zanjado.

¹¹ Ante los *Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo*, cuando lo solicitado no supere los 30.050 euros [art. 9,d) LJCA]. Ante la *Audiencia Nacional*, en única instancia, cuando la reclamación sea superior a la cantidad recién señalada [art. 11.1,a) LJCA]; y en apelación contra las sentencias de los Juzgados Centrales, cuando la cantidad discutida supere los tres millones de pesetas [art. 81.1,a) LJCA].

Téngase muy en cuenta, en todo caso, que únicamente llegarán a conocimiento del *Tribunal Supremo*, en vía casacional, las sentencias dictadas en única instancia por la Audiencia Nacional cuando la cuantía discutida rebase el umbral de los 25 millones de pesetas [art. 86.2,b) LJCA].

Así, la primera cuestión a dilucidar es la relativa a su *recíproca diferenciación*. Para ello el criterio de distinción más claro es uno predominantemente formal: corresponderá al ámbito del error judicial la reparación del daño que se produzca en una resolución judicial (obviamente, en el ejercicio de funciones jurisdiccionales). El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia quedará para los restantes casos.

Desde otra perspectiva, el Tribunal Supremo también ha señalado que el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia «abarca cualquier defecto en la actuación de los Juzgados y Tribunales, concebidos como un complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades¹²».

Importa precisar que el supuesto de error judicial, a efectos indemnizatorios, debe reservarse a las resoluciones judiciales que implican lo esencial de tal actuación: la interpretación y aplicación del Derecho. Quedarán fuera, por tanto, los meros errores que, aunque contenidos en una resolución judicial, no consistan en tal actividad. Precisar esta cuestión importa mucho por lo que más adelante se verá en cuanto a algunos casos que, correctamente, se han encuadrado en el título funcionamiento anormal y no en el de error judicial¹³.

En definitiva, en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas en la aplicación del Derecho, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho¹⁴.

4. *Delimitación del concepto «funcionamiento anormal»*

La siguiente cuestión hace referencia a *qué debe entenderse* por funcionamiento anormal. La legislación de desarrollo de la previsión constitucional no ha añadido precisión o connotación alguna. Así, pues, nos encontramos con un supuesto normativamente recogido de forma genérica o indeterminada —un «concepto jurídico indeterminado», en conocida

¹² STS de 18 de abril de 2000, RJ 2000/5483.

¹³ *Vid., infra*, el apartado II.4: «Otros supuestos de funcionamiento anormal».

¹⁴ Que es el cometido constitucionalmente encomendado a los Juzgados y Tribunales (según el art. 117.3. y 4 CE), a lo que el art. 2.2 LOPJ añade las funciones de Registro Civil. *A contrario*, no se incluirá en este ámbito una reclamación de indemnización por un mal funcionamiento del Registro General de Actos de Última Voluntad, dependiente del Ministerio de Justicia, pero no de la Administración de Justicia (como acertadamente se aprecia en el supuesto al que se refiere el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de enero de 2005, num. 2984/2005, donde se reconduce la acción indemnizatoria al art. 139 LRJPAC).

expresión de los administrativistas, expresamente asumida para este caso por el Tribunal Supremo¹⁵—, que habrá de apreciarse en cada supuesto concreto si se considera tal o no; de manera que, por un lado, no se pueden fijar exhaustivamente de antemano cuáles son los casos de funcionamiento anormal y, por otro, su apreciación efectiva podrá ir variando con el tiempo¹⁶.

En cualquier caso, parece que por «anormal» funcionamiento de la Administración de Justicia habrá de entenderse un actuar (u omitir) anómalo, incorrecto o defectuoso. Asimismo, a efectos de mayor seguridad jurídica, sería deseable que los aplicadores de esta previsión normativa (Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado en su respectiva labor asesora; Ministerio de Justicia, en su función resolutoria; y, en su caso, los órganos contencioso-administrativos, en su potestad revisora o de control) —sin perder de vista el caso concreto de que se trate, naturalmente—, elaborasen criterios o interpretaciones que permitieran, al menos, una cierta previsibilidad y cuya fundamentación alejara cualquier atisbo de arbitrariedad, diferenciación injustificada o mero decisionismo en la solución dada en cada supuesto.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la previsión constitucional (y su mencionada configuración legal posterior) se insertan en un ordenamiento ya existente, en el que desde 1954 las disposiciones relativas a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se refieren expresamente tanto al caso del funcionamiento normal como al del funcionamiento anormal —y así sigue luciendo en la normativa básica vigente en la actualidad (art. 139.1, *in fine* LRJPAC)—, resulta necesario también plantearse el alcance de la exclusión (*ex silentio*) del «funcionamiento normal» para que únicamente quede como título de imputación el del funcionamiento anormal. Y esto resulta aún más pertinente si reparamos en la confusión conceptual que a veces se percibe en esta materia y que, en el caso que nos ocupa, fue patente en su mismo origen. En efecto, la inclusión del «funcionamiento anormal» de la Administración de Justicia en la tramitación parlamentaria del Texto Constitucional —junto a los «errores

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, las SSTs de 11 de noviembre de 1993, RJ 1993\8249, y de 17 de febrero de 1999, RJ 1999\2234.

¹⁶ En relación con este último aspecto, resulta trasladable, así, al ámbito que ahora nos ocupa lo dicho por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en su *Curso de Derecho Administrativo*, cit., vol. II, p. 399, al tratar el funcionamiento anormal como título de imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración: «conviene subrayar que el hecho de que la Ley haya objetivado la anormalidad haciendo de ésta un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se remite a los estándares de rendimiento medio del servicio de que se trate, significa que en su estimación entran factores variables en cada época según el grado de sensibilidad. Esto es lo que explica (aunque no solamente, por supuesto) el giro que se viene operando en nuestra jurisprudencia desde que se estableció el nuevo sistema legal, en cuya primera etapa de vigencia dominarían casi absolutamente los fallos negativos a propósito de supuestos en los que hoy se admite sin dificultad el derecho al resarcimiento».

judiciales», que ya venían previstos desde el Anteproyecto— partía, precisamente, de la (incorrecta) identificación entre funcionamiento anormal y responsabilidad por culpa; o, mejor, pretendía excluir la responsabilidad objetiva al no incluir el funcionamiento normal¹⁷.

Para aclarar esta cuestión tenemos un terreno firme con la reciente aportación de un destacado especialista —como es LEGUINA¹⁸—, a partir de la cual podemos decir que el carácter objetivo de la responsabilidad no depende de que el funcionamiento haya sido normal o anormal, sino de la «objetivación» (precisamente) o innecesariedad de detectar culpa, negligencia o dolo algunos; y, por lo tanto, aunque tratemos de un supuesto de funcionamiento anormal, el sistema no pierde por ello el carácter de objetivo¹⁹. Desde otra perspectiva, siempre que se aprecie un funcionamiento anormal (aunque no haya culpa de nadie, se insiste), en el sentido de ilegal o incorrecto, el daño será antijurídico, ya que el perjudicado no tiene el deber de soportarlo²⁰. Finalmente, lo que quedará excluido de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del art. 121 CE es el funcionamiento correcto o debido de la Administración de Justicia (pese a que le pueda ocasionar algún daño al particular afectado por la actuación).

Quede claro entonces que, producido un funcionamiento incorrecto en

¹⁷ En efecto, la inclusión del «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» no fue sino la victoria *parcial* de una enmienda (la núm. 779, del Grupo de Unión de Centro Democrático, a la que no se acompañará justificación alguna) que —en claro mimetismo con los conocidos arts. 121 LEP y 40 LRJAE— pretendía incluir un segundo párrafo en el texto del Anteproyecto que dispusiese: «Los daños que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración de Justicia serán igualmente indemnizables con arreglo a lo dispuesto por la ley». El Informe de la Ponencia sobre el entonces art. 113 (BOC núm. 82, de 17 de abril de 1978) argumentaba la admisión parcial de esta enmienda —y, en consecuencia, la restricción de los supuestos de responsabilidad al ámbito del funcionamiento «anormal» (con exclusión del «normal») —, a partir de una confusión conceptual: «entiende [la Ponencia] que no cabe en la Administración de Justicia un principio de responsabilidad objetiva». Confusión conceptual consistente, como es inmediatamente apreciable, en identificar funcionamiento anormal con responsabilidad por culpa; o, dicho de otra manera, en considerar que el funcionamiento anormal excluye la responsabilidad objetiva.

¹⁸ LEGUINA VILLA, J., «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», en *REDA* núm. 136, 2007, págs. 669 y ss.

¹⁹ Así lo ha entendido también la SAN de 19 de abril de 2000, rec. núm. 383/1999, RJCA 2000/1425: «Dos, pues, son los presupuestos que generan este tipo de responsabilidad: el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y la existencia de un daño que sea su consecuencia. La anormalidad de ese funcionamiento no implica, desde luego, referencia alguna necesaria al elemento de ilicitud o culpabilidad, en el desempeño de tales funciones, al tratarse de un tipo de responsabilidad objetiva».

²⁰ Como ha señalado LEGUINA (refiriéndose al ámbito de actuación de las administraciones públicas, en general): «es forzoso convenir que en los supuestos de daños causados por el *funcionamiento anormal* de los servicios públicos, la inexistencia del deber de soportar el daño viene determinada, en todo caso, por la ilegalidad o anormalidad de la actividad administrativa. Los particulares no están obligados a sufrir las consecuencias dañosas derivadas de comportamientos administrativos que vulneran la legalidad o que infringen los estándares de funcionamiento exigibles. Por ello, aun en el caso de que la Administración contara *a priori* con un título jurídico que justificaría el daño causado, éste le será también imputable siempre que su actividad esté viciada de ilegalidad o anormalidad» (*op. cit.*, pág. 673).

el aparato administrativo de la Justicia, y sin necesidad detectar culpa o falta de cuidado o atención en ninguno de sus servidores (ése es el *plus* que exige el sistema no objetivo o culpabilístico), el daño producido por tal actuación será indemnizable bajo el título de imputación que nos ocupa.

5. *Un supuesto con regulación específica en la legislación laboral*

Si bien la regulación general del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 —y, posteriormente, el art. 139.4 LRJPAC establecería que «[l]a responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial»—, con anterioridad existía ya un supuesto específico, establecido en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y que, con alguna ligera modificación, es el que está recogido en el art. 57 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (su actual redacción es de 2002), desarrollado en los arts. 116 a 119 de la Ley de Procedimiento Laboral. Como es de sobra conocido por los iuslaboralistas, en el orden jurisdiccional social se ha establecido un estándar de funcionamiento, en cuanto a la duración de determinado proceso, superado el cual los perjuicios causados por una dilación superior se asumen por el Estado. Más concretamente, se trata de que cuando la Sentencia laboral declara improcedente un despido, pasados sesenta días desde la fecha en la que se presentó la demanda, el abono de los salarios de tramitación correspondientes al tiempo que exceda de dicho plazo corre por cuenta del Estado y no del empleador²¹. Repárese en lo evidente que queda en este caso que el funcionamiento «anormal» es perfectamente compatible con la responsabilidad «objetiva»; o, dicho de otra manera, que el funcionamiento anormal no tiene por qué remitir a un sistema de responsabilidad por culpa previamente constatada.

Reconduciendo a las categorías que manejamos aquí, para este supuesto concreto el legislador ha establecido un plazo —de sesenta días

²¹ Dice así el art. 57 ET:

«Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a que se refiere el párrafo b) del apartado 1 del artículo 56 [el denominado “salario de tramitación”, esto es, el devengado desde que se produce el despido hasta que se declara judicialmente su improcedencia] satisfecha al trabajador; correspondiente al tiempo que exceda de dichos sesenta días.

En los casos de despido en que, con arreglo al presente artículo, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios».

hábiles²²— que se considera asumible como «normal», pasado el cual nos encontramos ante un retraso «anormal» de cuyo coste económico se hace cargo directamente el Estado²³.

II. PANORÁMICA DE SUPUESTOS DE FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA RECONOCIDOS COMO INDEMNIZABLES

1. *Previo*

A diferencia de lo que ocurre con los supuestos de error judicial —en los que el elemento más relevante lo constituyen, sin duda alguna, las sentencias del Tribunal Supremo²⁴—, para los casos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es muchísimo menos significativa (tanto cuantitativa como cualitativamente) del alcance real que tiene su reconocimiento.

Tenemos, sin embargo, otros materiales más indicativos de lo que se reclama por esta razón, como son, por un lado, el conjunto de los dictámenes del Consejo de Estado²⁵ —de preceptiva aportación en los procedimientos administrativos de este tipo²⁶— y, por otro lado, la jurisprudencia

²² Con las modulaciones previstas para su cómputo en el art. 119 LPL.

²³ A continuación se tratarán en el texto, con mayor detenimiento, las dilaciones como supuesto genérico de funcionamiento anormal, por lo que, para este caso específico bastará con indicar que, cuando existe una regulación *ad hoc* —como es el caso que nos ocupa—, es ésta la aplicable, quedando desplazada la más general de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según tiene declarado, con reiteración, el Consejo de Estado (*vid.*, por ejemplo, sus dictámenes de 5 de septiembre, núm. 1052/91; de 11 de enero de 1996, núm. 2591/95; y de 16 de diciembre de 2004, núm. 2528/2004). Pero ésta será plenamente aplicable en el ámbito de la Jurisdicción Social para otros supuestos diferentes a éste regulado en el art. 57 ET: la compatibilidad entre ambos procedimientos resarcitorios —en el sentido de que, incluso aplicándose las previsiones laborales específicas, cabe, en lo restante, la vía del art. 293.2 LOPJ— ha sido admitida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 7 de febrero de 1996, núm. 3173/95, y de 25 de mayo de 2006, núm. 497/2006. Por su parte, Díez-Picazo, I., *op. cit.*, págs. 174-175, entiende que también para el mismo supuesto, pero cuando no se cumplan los requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, es posible acudir a la regulación general.

²⁴ Ya que, por exigencia del art. 293.1 LOPJ, su apreciación tiene que efectuarse, precisamente, en Sentencia del Alto Tribunal (bien en proceso *ad hoc*, bien en recurso extraordinario de revisión).

²⁵ La intervención del Consejo de Estado se produce en último lugar (inmediatamente antes de la resolución ministerial) y suele hacer referencia al sentido de la previa intervención dictaminadora del Consejo General del Poder Judicial.

Tratados con la debida precaución —en el sentido de que no puede olvidarse que la opinión de este órgano de relevancia constitucional no es vinculante para la Administración—, los dictámenes no sólo resultan reveladores de lo que se solicita sino que pueden ser indicativos también de lo que se otorga (si se tiene en cuenta el alto grado de seguimiento o aceptación que suele tener el Dictamen del Alto Órgano Consultivo por parte del Ministerio).

²⁶ Recuérdese, sin embargo, lo señalado *supra* (en la nota 8), de tal manera que ya sólo conocerá (obligatoriamente) este órgano consultivo de las reclamaciones superiores a seis

de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A fin de analizar los diversos supuestos con una cierta homogeneidad y un poco de orden, se agruparán a continuación en tres apartados.

2. *El retraso como funcionamiento anormal*

El retraso en las actuaciones jurisdiccionales viene considerándose, desde hace ya tiempo, *la especie más clara e indiscutida* de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como el propio Tribunal Constitucional reconoció expresamente hace ya tiempo²⁷. En efecto, la dilación es un grave y extendido problema estructural, contra el que no parece existir una solución taumatúrgica²⁸.

Veamos a continuación los aspectos más destacados que presenta el retraso en las actuaciones judiciales, a efectos de responsabilidad patrimonial del Estado.

A) Para dilucidar si se ha producido o no un retraso constitutivo de funcionamiento anormal —y, en consecuencia, si hay título suficiente para (cumplidos los demás requisitos) exigir una indemnización—, tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo de Estado en su función informadora o dictaminadora, como la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su función de control, utilizan los mismos *criterios* que el Tribunal Constitucional emplea para determinar si el retraso ha constituido o no una violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas garantizado por el art. 24.2 CE.

Y como el Tribunal Constitucional, a su vez, maneja a estos efectos los mismos criterios que usa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para enjuiciar si se ha producido una conculcación del derecho a un juicio dentro de un plazo razonable (art. 6.1 CEDH), el resultado final es una mimetización entre derecho al «plazo razonable» (garantizado en el Convenio de Roma), derecho al proceso «sin dilaciones indebidas» (garantizado en

mil euros, con lo que serán muchas las acciones de indemnización dirigidas al Ministerio de Justicia con posterioridad al comienzo de 2005 que no obtendrán el Dictamen del Consejo de Estado (y, por tanto, de las que ya no tendremos conocimiento, salvo si continúan en vía contencioso-administrativa).

²⁷ En una de las primeras veces en las que se ocupó *in extenso* del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (STC núm. 36/1984, de 14 de marzo, RA, FJ 4).

²⁸ En alguna ocasión anterior he tenido oportunidad de ocuparme de determinados aspectos que presenta este preocupante problema: COBREROS MENDEZONA, E., «Las dilaciones indebidas en los procesos judiciales. Un problema generalizado y de no fácil solución», en *RVAP*, núm. 58 (II), 2000, págs. 169-188, y «La violación del “plazo razonable” por la Jurisdicción Constitucional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16, 2002, págs. 13-24.

la Constitución) —hasta aquí, sin problemas, máxime teniendo en cuenta lo que dice el art. 10.2 CE— y retraso constitutivo de funcionamiento anormal, como título indemnizatorio (lo que ya debe producir algunas reticencias, como un poco más adelante se argumentará).

Los criterios son, básicamente, la complejidad del asunto, la conducta seguida tanto por el litigante como por el órgano judicial afectado y las consecuencias del proceso concreto, y están expresamente tomados —como ya se ha indicado— de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en la interpretación y aplicación del derecho de toda persona a que su causa sea oída «dentro de un plazo razonable» que garantiza el art. 6.1 CEDH²⁹.

Con respecto a los criterios de elucidación, hay que formular varias observaciones:

1^a) La primera consiste en advertir de entrada que utilizar los mismos criterios no implica llegar a las mismas conclusiones, sobre todo cuando, como en este caso, su formulación está impregnada de una buena dosis de vaguedad o imprecisión.

Así, un claro ejemplo de lo que se dice lo tenemos en el conocido como *caso Sanders*, en el que la empresa de este nombre formuló un recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional al no apreciarse dilaciones indebidas vulneradoras del art. 24.2 CE³⁰.

Sin embargo, cuando acudió a Estrasburgo unos años más tarde —y utilizándose, formalmente, los mismos criterios para enjuiciar el mismo supuesto— sí se consideró por el Tribunal Europeo que se había incumplido el plazo razonable para la resolución de la causa³¹.

2^a) La segunda es una objeción y consiste en que no parece muy correcto identificar el retraso constitutivo de funcionamiento anormal, a efectos del art. 121 CE, con el constitutivo de lesión del derecho fundamental, a que se refiere el art. 24.2 CE. Así lo sostienen relevantes opiniones³² y así

²⁹ Estos criterios del Tribunal de Estrasburgo, aunque acuñados hace ya muchos años, siguen plenamente vigentes en su actual jurisprudencia (*vid.*, por ejemplo, la STEDH de 5 de febrero de 2008, *caso Tot c. Hungría*).

³⁰ En la Sentencia núm. 5/1985, de 23 de enero (aunque con un fundamentado voto particular discrepante de TOMAS Y VALIENTE).

³¹ En Sentencia de 7 de julio de 1989. La aplicación de esta Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por cierto, fue reconducida por el Consejo de Estado, precisamente, al cauce establecido para las reclamaciones *ex art.* 293.2 LOPJ (*vid.* su Dictamen de 22 de octubre de 1990, núm. 54344).

³² Una dura y fundada crítica a esta identificación en DIEZ-PICAZO, I., *op. cit.*, pág. 146 y ss.; en el mismo sentido, GUZMAN FLUJA, V., *op. cit.*, pág. 203 y ss. y DELGADO DEL RINCON, L., «La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez en el ordenamiento jurídico español» en RVAP núm. 50, 1998, pág. 69 y ss. También es ésta la interpretación de GARCÍA MANZANO, P., «Responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia», *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. XIV, 1996, pág. 188, donde establece una «gradación en

luce también en alguna Sentencia del Tribunal Supremo³³. En efecto, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas parece que debería considerarse un supuesto más estricto y grave, por cuanto que constituye una de las tachas más serias que para nuestro ordenamiento puede darse³⁴.

3ª) En tercer lugar, a esto que se acaba de indicar —y por tratarse, en definitiva, de la posible relación existente entre el art. 24.2 CE y el art. 121 CE³⁵— ha de añadirse una precisión complementaria, que consiste en que, declarada por el Tribunal Constitucional la existencia de unas dilaciones indebidas vulneradoras del art. 24.2 CE, tal Sentencia de amparo debe considerarse título suficiente para justificar la solicitud de una indemnización por la vía del art. 293.2 LOPJ. En tal procedimiento administrativo será donde deberán acreditarse los demás requisitos (como es, muy principalmente, la demostración de la existencia del daño que se solicita reparar), pero la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no podrá ser discutida ya por el Ministerio de Justicia (ni por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa si tuviera que controlar la legalidad de la resolución ministerial).

Descartado ya definitivamente, y con acierto³⁶, que el Tribunal Constitucional pueda otorgar indemnizaciones por la conculcación, en nuestro

los supuestos prototípicos de retrasos en la tramitación y decisión de los procesos: retraso simple, por el mero incumplimiento de los plazos, retraso constitutivo de funcionamiento anormal y retraso grave o cualificado que supone violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)».

Podríamos incluir aquí también la opinión del Defensor del Pueblo, como puede deducirse de su *Informe anual 1994*, donde en el apartado dedicado al «Servicio Público Judicial» (pág. 217 y ss.) se exponen «aquellos retrasos y otras disfunciones en la tramitación de procedimientos ante los órganos jurisdiccionales, determinantes de un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, aunque no hayan llegado a incidir en el núcleo esencial del derecho fundamental a un proceso en un tiempo razonable».

³³ Se trata, en concreto, de la STS de 21 de junio de 1996, RJ 19964897, donde se puede leer lo siguiente: «El carácter objetivo de la responsabilidad y la finalidad de reparación de los daños y perjuicios se colocan en primer término cuando se habla de la responsabilidad patrimonial del Estado, como la jurisprudencia de esta Sala ha mantenido con firmeza constante. *Por ello dicha responsabilidad, cuando se anuda a casos de retraso anormal, no necesariamente coincide con la existencia de una violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.* La responsabilidad patrimonial surge de la existencia de unos perjuicios individualizados y concretos cuya existencia haya quedado probado que está causalmente unida a una circunstancia de anormalidad en el funcionamiento de la Administración de Justicia» (la cursiva está añadida).

³⁴ Para un mayor desarrollo argumentativo, *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., *La responsabilidad del Estado derivada...*, *cit.*, págs. 39 y 40.

³⁵ Relación entre las previsiones de ambos preceptos constitucionales que viene planteándose desde hace tiempo (valga como prueba lo reflexionado hace ya tiempo por TOROS MAS, J., «La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», en *REDC* núm. 13, 1985, especialmente, pág. 118 y ss.).

³⁶ Mayores precisiones al respecto en COBREROS MENDAZONA, E., *La responsabilidad del Estado derivada...*, *cit.*, págs. 40 a 43.

caso, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que entonces resulta preciso es considerar como un dato indubitado e indiscutible, a efectos de constituir el título indemnizatorio proclamado en el art. 121 CE, la declaración del Tribunal Constitucional de la existencia de una violación del art. 24.2 CE. Ahora bien, para no frustrar la pretensión en esta hipótesis, el año «a partir del día en que pudo ejercitarse» la acción (art. 293.2, *in fine* LOPJ) deberá comenzar a contarse a partir de tal pronunciamiento constitucional; pues no resultaría muy coherente asimilar funcionamiento anormal con dilaciones indebidas y, si se ha acudido al Tribunal Constitucional para que éste ampare el derecho fundamental, argumentar posteriormente que la indemnización es una cuestión distinta e independiente, a efectos del ejercicio de la acción indemnizatoria en plazo: ello conllevaría la necesidad de simultanear (con los problemas que siempre se suscitan entonces) el recurso de amparo con la acción de indemnización.

No puede olvidarse que, aunque relacionadas, la lógica y la finalidad del recurso de amparo *ex. art.* 21.4 CE y de la acción indemnizatoria *ex. art.* 121 CE son distintas. Prueba irrefutable de ello la tenemos en la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, que —como es sabido— se niega a admitir a trámite una solicitud de amparo por esta causa cuando el proceso origen de la queja ya ha terminado (en el momento de acudir al amparo, se entiende)³⁷, cosa que no tiene ningún sentido y resultaría radicalmente absurda cuando se utiliza la vía indemnizatoria³⁸.

Dicho de otra manera: para reclamar la indemnización a que se refiere el art. 121 CE no es necesario que el Tribunal Constitucional haya declarado previamente la violación del art. 24.2 CE³⁹; pero si éste así lo ha constatado, el título para solicitar aquélla (otra cosa son los restantes requisitos establecidos a efectos de indemnización, se insiste) no puede ser discutido posteriormente y debe permitir su obtención⁴⁰.

El Consejo de Estado ha venido reflexionado en profundidad sobre esta cuestión en su *Memoria de 2004*, llegando a la conclusión de que «si se considera que un eventual pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional en la vía de amparo podría hacer desaparecer el perjuicio por el

³⁷ Como aparece desde la STC núm. 51/1985, de 10 de abril, RA, FJ 4, hasta la núm. 237/2001, de 18 de diciembre, RA, FJ 3.

³⁸ *Vid.* expresamente en tal sentido la STS de 29 de marzo de 1999, RJ 1999/3783.

³⁹ Conviene insistir en ello para evitar que se produzca el efecto perverso de un planteamiento de recursos de amparo cuya intencionalidad última fuera la de facilitar la posterior reclamación indemnizatoria (*vid.*, BORRAJO INIESTA, I., «Los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a un proceso público», en *CDP* núm. 10, 2000, págs. 147 y ss.).

⁴⁰ En algunas resoluciones, el propio Tribunal Constitucional ha establecido expresamente esta conexión. Así, en su STC núm. 31/1997, de 24 de febrero, RA, se puede leer: «Nuestro pronunciamiento ha de ser pues, meramente declarativo, aunque no simbólico sino con una proyección útil por constituir el presupuesto del derecho a una eventual indemnización de daños y perjuicios, que sin embargo no nos corresponde reconocer aquí y ahora» (FJ 3, *in fine*). *Vid.*, asimismo, la posterior STC núm. 146/2000, de 29 de mayo, RA, FJ 3.

que se reclama, la conclusión ha de ser que la interposición de ese recurso interrumpe el plazo para reclamar en vía administrativa. En efecto, en estos casos el ejercicio de la vía de amparo se puede configurar como un legítimo intento del interesado de restaurar su derecho, antes de acudir a la vía de los artículos 292 y siguientes de la LOPJ»⁴¹.

4^a) Debe recordarse, por otra parte, que el incumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos no constituye *per se* funcionamiento anormal. Por innumerables, se excusa la cita de sentencias del Tribunal Constitucional que han afirmado que la conculcación de los plazos por parte de los órganos judiciales no constituye dilación indebida; interpretación que se ha tomado como base para afirmar lo mismo a efectos del art. 121 CE⁴².

5^a) Finalmente, ha de rechazarse que la situación actual de la Administración de Justicia —lamentable por los retrasos acumulados en muchos órganos jurisdiccionales— pueda ser considerada funcionamiento «normal» y sólo lo que destaque netamente como peor funcionamiento aún deba incluirse en el «anormal». Es cierto que el Derecho se aplica en situaciones concretas y que desconocer la realidad existente y de la que se parte no es buen método para su mejor aplicación, pero tampoco puede entronizarse el mal funcionamiento (percibido como tal, además, de forma prácticamente unánime), resignándose a que eso constituya el canon hermenéutico de lo normal. Procede esta observación porque, tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa, como (incluso) constitucional suele incluirse también, entre los criterios ya mencionados, el de la duración normal o media de procesos similares⁴³.

Así, algunas referencias del Tribunal Constitucional a la duración media de los procesos, a propósito de las dilaciones indebidas⁴⁴, han podido inducir a un cierto desánimo o confusión al respecto⁴⁵, pero también es

⁴¹ Consejo de Estado. Memoria de 2004, pág. 174.

⁴² Así, por ejemplo, en la STS de 28 de junio de 1999, RJ 1999\6331.

⁴³ Vid., por ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de febrero de 2006, núm. 118/2006 o la STS de 7 de octubre de 2003, RJ 2003\8229 (este último asumiendo expresamente la doctrina del Tribunal Constitucional con respecto al derecho garantizado por el art. 24.2 CE).

⁴⁴ Que se reiteran en la actualidad: *vid.*, por ejemplo, la STC núm. 38/2008, de 25 de febrero RA, FJ. 2.

⁴⁵ Ya en la Sentencia núm. 5/1985, de 23 de enero, RA, FJ 6, donde además de los criterios clásicos, ya mencionados, para la apreciación de si ha habido o no violación del art. 24.2 CE —esto es, la complejidad del litigio, la conducta tanto de los litigantes como de las autoridades, así como las consecuencias del proceso concreto de que se trate—, el Tribunal Constitucional añadió: «Otros criterios son las pautas o márgenes ordinarios en los tipos de proceso de que se trata, o en otros términos el estándar medio admisible para proscribir dilaciones más allá de él». Ahora bien, esto fue duramente contestado en el seno del propio Tribunal por el voto particular de TOMÁS Y VALIENTE, quien señaló que: «A falta de una justificación *ad casum*, tampoco vale “la estimación de los *standars* de actuación y rendimientos normales en el servicio de Justicia”, como se dice en el mismo fundamento, y ello porque, en primer lugar, la frecuente tardanza excesiva del “servicio de Justicia”, no puede reputarse

verdad que, desde sus primeras sentencias —y, nuevamente, con apoyo en el Tribunal de Estrasburgo—, el Tribunal Constitucional ya advirtió también de que los defectos estructurales de la organización judicial exculparán, en su caso, de responsabilidad personal a los jueces y magistrados, pero que ello «no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes»⁴⁶ y que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas «debe predicarse aun cuando la dilación se deba a carencias estructurales de la organización judicial, pues no es posible restringir el alcance y contenido de este derecho, dado el lugar que la recta y eficaz administración de justicia ocupa en una sociedad democrática, con base en distinciones sobre el origen de la dilación que el propio precepto constitucional no establece, sino que, por el contrario, es exigible que los Jueces y Tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los necesarios medios personales y materiales»⁴⁷.

Más rotundamente, el propio Tribunal Constitucional ha considerado en alguna ocasión improcedente tener en cuenta el promedio de duración de los juicios de la misma clase y ha concluido que «el criterio del “margen ordinario” no puede ser utilizado para justificar situaciones anómalas de demoras generalizadas en la prestación de la tutela judicial» y que «el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es el que debe marcar los tiempos que observan los Tribunales en el despacho real de los asuntos, no al revés: los Tribunales deben, por imperativo constitucional, finalizar los procesos abiertos ante ellos dentro del plazo razonable que exige la Constitución»⁴⁸. Y con otra formulación más correcta, ha hablado posteriormente de «cotejar la dilación denunciada con la duración normal *constitucionalmente aceptable* del incidente en cuestión»⁴⁹.

Parece muy acertada, asimismo, una Sentencia del Tribunal Supremo que, enfrentándose a una petición de indemnización por retraso constitutivo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, afirma lo siguiente: «esta anormalidad ha de valorarse, con un criterio objetivo,

como “normal”, pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente; y en segundo término porque si continuase *in crescendo* el tiempo y la generalización del incumplimiento en “el rendimiento del servicio de justicia” y hubiere que tomar como regla para medir el respeto o la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ese mismo hecho anormal, pero general, ello equivaldría a dejar vacío de su contenido esencial el derecho fundamental.»

⁴⁶ Sentencia núm. 36/1984, de 14 de marzo, RA, FJ 3, reiterado posteriormente en otras muchas.

⁴⁷ STC núm. 10/1997, de 14 de enero, RA, FJ 5 (con cita de otras anteriores).

⁴⁸ Sentencia núm. 195/1997, de 11 de noviembre, RA, FJ 3, donde apoya esta consideración en la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, dictada en el caso *Sanders* ya mencionado.

⁴⁹ STC núm. 7/2002, de 14 de enero, RA, FJ 10 (la cursiva está añadida).

partiendo de un apreciación razonable de los niveles de exigencia que la Administración de Justicia, desde el punto de vista de la eficacia, debe cumplir según las necesidades de la sociedad actual y para alcanzar los cuales los poderes públicos están obligados a procurar los medios necesarios. El simple incumplimiento de los plazos procesales meramente aceleratorios constituye una irregularidad procesal que no comporta, pues, por sí mismo, una anormalidad funcional que genere responsabilidad. Sí constituye anormalidad, en cambio, una tardanza, tomando en cuenta la duración del proceso en sus distintas fases, que sea *reconocida por la conciencia jurídica y social como impropia de un Estado que propugna como uno de sus valores la justicia y reconoce el derecho a una tutela judicial eficaz*»⁵⁰.

Por su parte, la Audiencia Nacional también ha señalado a estos efectos que, aunque tal transcurso del tiempo en la tramitación de una causa sea normal para el órgano jurisdiccional por la carga de trabajo que soporta, «en ningún caso las deficiencias estructurales y las consecuencias de ellas derivadas suponen una obligación a soportar por el justiciable»⁵¹.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado consideró hace tiempo *ad cautelam* que no puede «a efectos de responsabilidad, eximirse siempre a la Administración de Justicia aduciendo que la demora es algo general en su funcionamiento»⁵². Y, más recientemente, también ha señalado que los problemas estructurales o coyunturales en la oficina judicial pueden explicar el retraso, pero no evitan que «deba reconocerse un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en la medida que a la reclamante le ha producido un perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar»⁵³.

Pero es que, además de esto que se acaba de indicar, la relevancia efectiva del criterio de la duración media o normal de los procesos, aunque pueda parecer a primera vista una indicación sensata, conlleva una dificultad notable —al menos en muchos procedimientos judiciales—, cual es la de establecer el *tertium comparationis* a tales efectos. Así, el primer reflejo podría llevar, de manera un tanto mecánica, a utilizar la experiencia habida en la práctica del art. 14 CE (*sub specie* igualdad en la aplicación judicial de la Ley) y las categorías para este caso acuñadas, lo que nos abocaría a la duración media o normal de *los mismos procesos ante el mismo órgano*, lo que deja sin efecto alguno la salvedad ya mencionada (y asumida desde al Tribunal de Derechos Humanos a nuestro Tribunal

⁵⁰ Es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de junio de 1996, RJ 1996\897 (la cursiva está añadida).

⁵¹ SAN de 21 de octubre de 2004, rec. núm. 1129/2003, JUR 2005\222340.

⁵² Dictamen de 5 de septiembre de 1991, núm. 1052/91.

⁵³ Dictamen de 27 de abril de 2006, núm. 335/2006.

Constitucional), consistente en que las deficiencias estructurales no exigen de las obligaciones del plazo razonable y sin dilaciones indebidas y, en nuestro caso, de la calificación de funcionamiento anormal a efectos indemnizatorios a cargo del Estado. Y, si no se hace así, entonces determinar la duración media o normal puede consistir, en muchos casos, en una empresa excesivamente ardua y, al final, muy poco rigurosa.

B) El retraso se pone de manifiesto en forma de paralizaciones del proceso que se pueden producir *en cualquier fase* del mismo. En efecto, la realidad muestra que los «atascos» se producen en muy diversos momentos: bien al inicio del proceso, durante su instrucción o desarrollo, en la fase de resolución e incluso en la ejecución de ésta⁵⁴.

C) El retraso constitutivo de funcionamiento anormal indemnizable puede producirse *en cualquier tipo de proceso*.

Pero parece claro que es en los *procesos penales* donde las consecuencias gravosas pueden resultar mayores. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, las dilaciones indebidas «son especialmente relevantes en el *orden penal*. En él la tardanza excesiva o irrazonable en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que en materia penal la dimensión temporal del proceso tiene mayor incidencia que en otros órdenes jurisdiccionales, pues están en entredicho valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes»⁵⁵. Asimismo, el Tribunal Supremo también ha dejado claro que «no cabe equiparar las dilaciones en la tramitación de un proceso penal con aquellas que pueden generarse en la tramitación de un proceso civil como el ahora contemplado. En los procesos penales (...), una duración indebida de un proceso puede comportar consecuencias tales como un desprestigio social o una carga patente de angustia y frustración, circunstancias éstas que no aparecen ineludiblemente unidas a los procesos civiles, por lo que será necesario valorar de forma individualizada las circunstancias concurrentes en cada caso»⁵⁶.

Veamos algunas circunstancias relevantes del retraso experimentado en este tipo de procesos.

1ª) Por un lado, es claro que el retraso en la tramitación de un pro-

⁵⁴ Por citar sólo dos ejemplos, un tanto curiosos, tenemos el caso resuelto por la SAN de 16 de marzo de 2006, rec. núm. 107/2004, JUR 2006\118049, referido a la emisión del informe del médico forense; o el que se refieren los dictámenes de 7 de febrero de 1996, núm. 3173/95 y de 30 de octubre de 2003, núm. 2752/2003, de retrasos en la notificación de las sentencias.

⁵⁵ STC núm. 35/1994, de 31 de enero, reiterado recientemente en la STC núm. 38/2008, de 25 de febrero.

⁵⁶ STS de 3 de mayo de 2007, RJ 2007\3159.

ceso penal puede tener consecuencias perjudiciales inmediatas y directas: piénsese en supuestos en los que se haya adoptado la medida de prisión provisional, donde cualquier alargamiento en la tramitación del proceso supone una mayor duración de la situación de pérdida de libertad, con lo que los perjuicios son indiscutibles si, al final, se produce la absolución o la condena a pena de libertad inferior a la cumplida o a pena distinta de la de privación de libertad⁵⁷.

O en el caso de que el proceso penal se siga contra un menor de edad⁵⁸.

Más simplemente, el supuesto de quien se encuentra en situación de procesado (con las consecuencias de toda índole que de ello se derivan) y que, finalmente, resulta absuelto también es un caso claro de perjuicio inmediato⁵⁹.

E incluso también son evidentes los perjuicios en aquellos casos en los que, aun siendo condenatoria, la Sentencia penal recae mucho tiempo después de cometido el delito, cuando el condenado ya se había apartado de cualquier actividad delictiva y había «rehecho» su vida personal, familiar, social y profesional. Este delicado supuesto de retraso en la condena ha dado lugar a diversos ensayos paliativos por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resultando vigente en la actualidad⁶⁰ el decidido en el Acuerdo (no jurisdiccional) del Pleno de dicho órgano de 21 de mayo de 1999, consistente en aplicar la atenuante analógica del art. 21.6^a CP⁶¹, a efectos de rebaja de la pena a imponer⁶². Se trata, así, de una solución

⁵⁷ En este sentido, *vid.* la interesante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 1993, RJ 1993\8249. *Vid.*, asimismo, los dictámenes del Consejo de Estado de 5 de julio de 1990, núm. 54602, y de 7 de febrero de 1991, núm. 54601. Por su parte, la SAN de 18 de junio de 2002, rec. núm. 388/2003, JUR 2003\58432 se refiere a un supuesto de situación de prisión firme, de la que se pidió revisión de condena, tardíamente concedida.

⁵⁸ Como es el enjuiciado por el Tribunal Constitucional en su STC núm. 153/2005, de 6 de junio, RA.

⁵⁹ *Vid.* los dictámenes del Consejo de Estado de 1 de marzo de 1990, núm. 53/89; de 20 de junio de 1991, núm. 714/91; de 16 de mayo de 1994, núm. 732/94; de 26 de enero de 1995, núm. 2175/94; de 21 de diciembre de 1995, núm. 2388/95 (aunque en este caso parece que hubo incluso una condena). Si bien parcialmente distinto en cuanto a los hechos, *vid.*, asimismo, el Dictamen de 30 de marzo de 1995, núm. 566/95. Y más recientemente, el Dictamen de 9 de febrero de 2006, núm. 2054/2005, afirma que el hecho de haber sido acusado y tardíamente absuelto da derecho a un aumento de la indemnización.

Resultan llamativas, sin embargo, dos sentencias de la Audiencia Nacional en las que se puede leer que «el mantenimiento de las causas penales en el tiempo a veces produce el efecto contrario de diluir la alarma social generada en su inicio» (SSAN de 6 de octubre de 2005, rec. núm. 1078/2003, JUR 2005\262079, y de 10 de noviembre de 2005, rec. núm. 219/2004, JUR 2006\122154).

⁶⁰ *Vid.*, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) de 8 de enero de 2008, RJ 2008\233.

⁶¹ Incluso catalogada como «muy cualificada» para el caso en el que la pena a imponer (antes de la consideración de la existencia de dilaciones indebidas en el proceso penal que perjudicaron al condenado) lo fuese en su grado mínimo, como fue, por ejemplo, el caso resuelto por la STS (Sala de lo Penal) de 23 de noviembre de 2001, RJ 2001\1982.

⁶² A la posible compatibilidad de esta solución «interna» en el proceso penal (de rebaja de la pena) con la indemnizatoria prevista en el art. 293 LOPJ se ha referido el Dictamen del

«intraprocesal» al funcionamiento anormal, en forma de *restitutio in integrum*, pues supone que en el seno del propio proceso penal se repara el daño producido por el retraso al condenado que no ha tenido culpa alguna en tal dilación indebida.

2^a) Ahora bien, conviene insistir mucho en que la mera existencia o puesta en marcha de un proceso penal no se considera como un perjuicio indemnizable, ya que no tendría la calificación de «antijurídico»⁶³. En efecto, la Audiencia Nacional ya ha dicho que «el proceso penal, como todo proceso, es un mal menor en bien de la paz social. Es evidente que la propia existencia de un proceso penal inflige al imputado un sufrimiento cuyo grado varía según las circunstancias de cada persona. Esto no significa que dicho sufrimiento sea en sí mismo indemnizable dado que existe el deber de soportar el proceso en cuanto contrapartida al derecho a la tutela judicial, pero sí procede la indemnización en el supuesto de funcionamiento anormal, que rebasa aquel deber del inculpado de soportar el proceso en que está inmerso»⁶⁴; y que «la iniciación de un proceso penal con el fin de investigar y esclarecer unos hechos delictivos lejos de constituir un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, se constituye como el objeto propio y específico de todo proceso penal, correspondiendo tanto a la policía judicial como a los Juzgados de Instrucción la averiguación de los delitos públicos que se cometieren y la práctica de cuantas diligencias e investigaciones sean necesarias para su comprobación y el descubrimiento de los responsables (art. 23 de la LOPJ, arts. 269 y 282 de la LECrim). De modo que la mera existencia de un proceso penal no integra un supuesto de funcionamiento anormal y por lo tanto no es susceptible de generar una indemnización por tal concepto. (...) desde la perspectiva del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, la incoación del proceso, con las secuelas derivadas del mismo, una vez apreciadas unas determinadas circunstancias o indicios relevantes que pueden constituir un delito, no pueden conceptuarse como una actuación procesal patológica o anormal de los órganos jurisdiccionales, sino que, por el contrario, las personas investigadas o incursoas en el proceso penal están obligadas a soportar aun cuando los hechos investigados finalmente no sean constitutivos de delito, salvo que se demuestre excesos o comportamientos anómalos en el curso de las indagaciones judiciales realizadas»⁶⁵.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo ha establecido que:

Consejo de Estado de 27 de julio de 2006, núm. 1003/2006.

⁶³ Puesto que todo imputado «tiene el deber de soportar» el proceso penal (SAN de 23 de noviembre de 2006, rec. núm. 964/2004, JUR 2006\292927).

⁶⁴ SAN de 24 de enero de 2007, rec. num. 854/2004, JUR 2007\52406.

⁶⁵ SAN de 13 de junio de 2007, rec. núm. 76/2005, JUR 2007\277110.

«El sometimiento a un proceso judicial, cualquiera que sea el orden jurisdiccional de que se trate, no es más que el reverso del ejercicio del derecho a la tutela judicial que proclama el artículo 24 de la Constitución. El derecho de acceso a los tribunales de justicia tiene como contrapartida el deber de someterse al proceso que pesa sobre aquellos contra los que la acción se ejercite, así como también la carga —carga decimos, que no obligación— de comparecer en el mismo.

Consecuencia de lo anterior es que no es fácil evitar que todo proceso —sea o no un proceso penal— pueda producir inquietud, molestias, e incluso consecuencias de muy distinta naturaleza al demandado o al imputado, pero no cabe pretender que, sin más, ello deba dar origen a responsabilidad extracontractual de la Administración.

Cierto es que el ordenamiento jurídico contiene determinadas previsiones para resarcir de las consecuencias derivadas del ejercicio injustificado de acciones: condena en costas, posibilidad de ejercer acciones penales en los supuestos en que tal actuación pueda ser constitutiva de conductas tipificadas como delito (acusación y denuncia falsa, prevaricación, etc.), e incluso, llegado el caso, la misma condena a la Administración por responsabilidad extracontractual. Pero en este último caso, si se alega que, como consecuencia de un proceso judicial, se ha generado daño al patrimonio, al honor o al bienestar físico o psíquico de quien se ha visto sometido a aquel, es necesario siempre que la realidad del daño esté acreditada, sin que, en modo alguno, pueda entenderse que ese daño, y su antijuridicidad, existe, sin más, por el hecho de haber existido un proceso contra quien en el mismo ha ocupado la posición de demandado o, en su caso, de imputado. Entenderlo de otro modo supondría estimar que el proceso constituye *per se* una lesión antijurídica lo que resulta incompatible con el derecho fundamental a una tutela judicial eficaz»⁶⁶.

⁶⁶ STS de 24 de mayo de 2002, RJ 2002\5871. Posteriormente, el Tribunal Supremo ha señalado: «No es posible negar que la existencia de cualquier proceso penal y el sometimiento a él, conlleva un sufrimiento evidente que varía, y que se acentúa y acrecienta, según las circunstancias que concurren en cada persona. Ello no significa que en todo caso ese padecimiento sea indemnizable, pero, desde luego, lo es cuando la persona a quien se somete al mismo, por las circunstancias que en él concurren, el hecho de verse sometido al proceso le lleva a desmerecer claramente en el concepto social en el que era tenido afectando a su entorno personal, familiar y profesional del afectado, o el proceso adquiere una relevancia pública que excede de lo habitual. Si a eso se añade que, como en este supuesto, finalmente el recurrente fue absuelto, con independencia de las razones por las que se produjo la exculpación, y que entretanto debió permanecer sujeto a la incertidumbre que generaba la

Quede claro, entonces, que la tramitación de un proceso penal no es algo indemnizable y que lo único que puede serlo es el desarrollo anormal del mismo (por diversas causas, destacadamente las dilaciones). No se admiten indemnizaciones, entonces, por la «pena de banquillo»⁶⁷, sino, en todo caso, por las situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídicas y por otros perjuicios (que se habrán de probar) causados por la *prolongación excesiva* del proceso penal.

3ª) Cambiando la perspectiva, otras veces sucede que el perjudicado por el retraso es la propia víctima del delito (o de la falta), para quien tal dilación supone, entre otros efectos, uno bien inmediato: el retraso en la percepción de la indemnización *ex delicto* a que tenga derecho⁶⁸.

Pero muchas veces lo que el retraso implica es la pérdida de la acción penal por prescripción, con la consiguiente carga de iniciar un nuevo proceso civil para intentar el resarcimiento de los daños causados por la actuación delictiva⁶⁹. En este último caso debe tenerse en cuenta que la solicitud de indemnización no puede tener por objeto el equivalente a lo que se pretendía obtener como tal por el daño producido por el delito en el seno de proceso penal, sino el perjuicio que supone el tener que acudir a la vía civil, tras la fallida tramitación del proceso penal (para intentar obtener allí el resarcimiento del daño que se podía haber intentado en la vía penal si se hubiera producido la condena)⁷⁰. Pero, además de tal

continuación del proceso sin que se produjera una resolución definitiva, no cabe duda que se le causó el daño moral que reclama y que esta Sala le reconoce en la suma de 12.020,24 € a la fecha de esta Sentencia. En el bien entendido que, en este caso, la indemnización se reconoce por la dilación excesiva e indebida en la instrucción y resolución de la causa y no por la existencia misma del proceso penal, y que la cuantía se fija atendidas las circunstancias del caso y que no existen razones que justifiquen la suma solicitada por el recurrente» (STS de 16 de diciembre 2004, RJ 2005\682).

También se ha reiterado que «el deber de soportar el proceso es la contrapartida del derecho a la tutela judicial efectiva» en las más recientes SSTs de 15 de marzo de 2006, RJ 2006\5236, y de 3 de mayo de 2007, RJ 2007\3159.

⁶⁷ En expresión que ha hecho alguna fortuna y que a veces también se usa en el ejercicio de la acción indemnizatoria (*vid.*, por ejemplo, las referencias contenidas en los dictámenes del Consejo de Estado de 8 de junio de 2000, núm.1894/2000; de 19 de octubre de 2000, núm. 3026/2000; de 8 de noviembre de 2001, núm. 2420/2001; de 24 de octubre de 2002, núm. 1945/2002; 25 de marzo de 2003, núm. 209/2004; y 19 de enero de 2006, núm. 2003/2005).

⁶⁸ Un supuesto paradigmático entre nosotros lo constituye el conocido como *caso del aceite de colza*. Al respecto, *vid.* el trabajo de GONZÁLEZ ALONSO, A., «La responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en el caso del “síndrome tóxico”: un viaje de ida y vuelta», en *Actualidad Administrativa* núm. 21, 2007, págs. 2558 y ss.

⁶⁹ Son numerosísimos los supuestos de solicitud de indemnización por esta causa. Valga, entonces, aquí con mencionar algunos de los más recientes como son los recogidos en los dictámenes del Consejo de Estado de 26 de junio de 2003, núm. 1027/2003; de 4 de septiembre de 2003, núm. 2086/2003; de 15 de abril de 2004, núm. 377/2004; de 10 de junio de 2004, núm. 968/2004; de 7 de septiembre de 2006, núm. 911/2006. O los recogidos en las SSAN de 29 de diciembre de 2004, rec. núm. 1128/2003, JUR 2005\217986; y de 28 de junio de 2005, rec. núm. 873/2003, JUR 2005\244615.

⁷⁰ En consolidado criterio para el Consejo de Estado: *vid.*, por ejemplo su Dictamen de

perjuicio más tangible, también habrá de tenerse en cuenta la pérdida de la oportunidad de obtener una condena penal (interés legítimo del perjudicado por el delito), aunque sea evidente la dificultad a la hora de su cuantificación⁷¹.

Ahora bien, como ya se ha señalado al comienzo de este apartado, ha de insistirse aquí en que el retraso como funcionamiento anormal no se acota únicamente al ámbito de los procesos penales, sino que también puede apreciarse *en cualquier otro tipo de proceso*⁷². La realidad ya se encarga de mostrar, indiscutiblemente, clarísimos perjuicios por dilaciones en procesos que no son penales⁷³.

D) Merece una atención específica la hipótesis de un posible *retraso en procesos ante el Tribunal Constitucional*, pues el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional ya ha sido objeto efectivo de solicitudes de indemnización vía art. 293 LOPJ.

En efecto, la primera petición de este tipo tuvo lugar hace ya algún tiempo, se refería a la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad y su resolución ha servido de pauta para las posteriores (sin perjuicio de lo que luego se matizará). En aquel caso, la denegación se fundó en la inaplicabilidad de la vía indemnizatoria que ahora nos ocupa para el ámbito de la Jurisdicción Constitucional, por no integrarse ésta en el Poder Judicial⁷⁴.

21 de enero de 2006, núm. 2050/2005; previamente, en el de 22 de diciembre de 2003, núm. 2735/2003, ya había considerado tal concepto —el resarcimiento de los gastos que ocasionará el nuevo pleito civil— «como mínimo», a efectos indemnizatorios.

⁷¹ Además de los dictámenes y de las sentencias citados en la nota anterior, *vid.*, por ejemplo el Dictamen de 7 de septiembre de 2006, núm. 911/2006 donde, se reconoce la indeterminación del daño, pero se añade «la certeza de que la prescripción de la falta supone alguna clase de perjuicio efectivo». En la SAN de 25 de septiembre de 2007, rec. núm. 51/2007, JUR 2007/306708 se ha calificado a un supuesto de este tipo de «pérdida de oportunidad procesal» indemnizable.

Sobre esto algo más se dirá *infra*, al tratar de la indemnización.

⁷² A estos efectos resultó capital la interpretación mantenida por el Tribunal Constitucional que, desde el primer momento, consideró que las dilaciones indebidas, prohibidas por el art. 24.2 CE, no eran sólo las producidas en el proceso penal, sino que eran apreciables en cualquier proceso. Así, en su temprana Sentencia núm. 24/1981, de 14 de julio, RA, FJ 3, ya señaló que «aunque pueda pensarse que por el contexto en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso». Si esto es así con respecto al art. 24.2 CE, con mayor razón lo debe ser en relación con el art. 121 CE.

⁷³ *Vid.*, por ejemplo, el caso al que se refiere el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de julio de 2006, núm. 909/2006, en el que el retraso en la tramitación de un proceso civil conllevó la indebida privación del régimen de visitas al padre de una menor durante cuatro años.

⁷⁴ Se trata del Dictamen del Consejo de Estado de 6 de julio de 1995, núm. 1054/95, donde se afirma que el retraso que se produce en sede constitucional no es reconducible al ámbito de la responsabilidad prevista por el art. 121 CE: «En efecto, la responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de los servicios judiciales está prevista en el artículo 121 de la Constitución, incluido en su Título VI (relativo al Poder Judicial), siendo el Tribunal Constitucional un órgano no encuadrado en la estructura de dicho Poder,

Con posterioridad se han planteado solicitudes de indemnización en relación con la excesiva duración en la tramitación de recursos de amparo y la respuesta tanto del Consejo General del Poder Judicial como del Consejo de Estado ha sido la misma y el fundamento —esto es, la no integración del Tribunal Constitucional en el Poder Judicial (al que vienen referidas las previsiones indemnizatorias)— también ha sido el mismo⁷⁵.

Sin embargo no podemos olvidar que del derecho a un proceso en un plazo razonable (*ex art. 6.1 CEDH*) no quedan excluidos los procesos constitucionales, según tiene reiteradamente declarado el Tribunal de Estrasburgo⁷⁶. Por lo tanto, inexcusables exigencias derivadas del art. 10.2 CE obligan a interpretar que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas proclamado en el art. 24.2 CE también habrá de entenderse aplicable al ámbito de los procesos constitucionales⁷⁷.

Esto y, sobre todo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2003, *caso Diego Soto Sánchez c. España*⁷⁸, le han llevado al Consejo de Estado a plantearse frontalmente la cuestión en su Memoria de 2004. Ahí se reconoce que «no cabe ocultar un cierto grado de insatisfacción por el hecho de que el ordenamiento interno no ofrezca vías “eficaces y suficientes” para la reparación de los perjuicios correspondientes, forzando a quienes se sientan perjudicados por el funcionamiento del tribunal Constitucional a acudir a instancias externas [se refiere, precisamente, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos] para

como lo prueba su regulación independiente en otro Título (IX) de la Constitución, por lo que es improcedente examinar el funcionamiento del Tribunal Constitucional bajo el prisma del artículo 121 de la Constitución y de los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo desarrollan». *Vid.*, asimismo, el Dictamen de 30 de septiembre de 2004, núm. 1919/2004.

⁷⁵ Dictámenes de 6 de mayo de 2004, núm. 366/2004; de 3 de junio de 2004, núm. 423/2004; de 18 de noviembre de 2004, núm. 2522/2004; de 22 de junio de 2006, núm. 487/2006; y también de 22 de junio de 2006, núm. 595/2006.

⁷⁶ Permítase aquí la remisión a COBREROS MENDAZONA, E., «La violación del “plazo razonable” por la Jurisdicción Constitucional», cit., *in totum*, donde se analiza detalladamente la primera condena a España por violación del plazo razonable garantizado por el art. 6.1 CEDH, precisamente, en la tramitación de un recurso de amparo constitucional.

⁷⁷ En este sentido expresamente también el Dictamen del Consejo de Estado de 6 de mayo de 2004, núm. 366/2004.

⁷⁸ Donde —recuérdese, por lo que ahora importa— un reclamante español obtuvo la declaración (por unanimidad) de violación del art. 6.1 del Convenio Europeo por el retraso en la tramitación de su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y, además (*ex art. 41 CEDH*), una indemnización de seis mil euros por los daños morales sufridos, y otros mil quinientos en concepto de gastos y costas. Procede indicar, también, que en este caso el Gobierno español había alegado la excepción de inadmisibilidad consistente en el no agotamiento de las vías de recurso internas, con referencia expresa a los artículos 292 y ss. LOPJ. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo la rechazará argumentando que el Gobierno —que es a quien, en estos supuestos, le corresponde probar la existencia de recursos eficaces y suficientes en su ordenamiento estatal (que el reclamante no habría utilizado debidamente)— «no ha proporcionado ningún ejemplo de caso en el que una persona en una situación análoga hubiese obtenido una reparación adecuada por los retrasos acusados en el marco de un procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional» (aptdo. 34).

obtener una reparación»⁷⁹. A estos efectos, el Consejo de Estado propone «abordar frontalmente la cuestión desde el ordenamiento interno», aunque sin mayores precisiones; eso sí, partiendo de la inaplicabilidad de los arts. 292 y ss. LOPJ y, por tanto, dejando a un lado la intervención del Ministerio de Justicia a este propósito⁸⁰. Parece muy acertada esta última precisión, pero lo que no se ve es cuál puede ser la solución alternativa.

E) La determinación del retraso anormal requiere, en cada supuesto, su *cuantificación* y, para ello, la técnica consiste en descontar del total de duración del proceso (indebidamente alargado) el tiempo que se considera que hubiese sido razonable o normal; con lo que únicamente será el resto (esto es, el exceso) lo que se deba tener en cuenta como causa del daño producido⁸¹. Se insiste, el retraso anómalo no es todo el tiempo que ha estado paralizado el trámite judicial, sino aquél que exceda del razonable para su desarrollo (lo que dependerá de cada caso y de cada trámite, obviamente).

A estos efectos, suele ser muy útil y relevante el «cronograma» que elabora el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de cada caso y donde se detectan los mencionados «parones» en la tramitación procesal.

Finalmente, también procede indicar que, en algunas ocasiones, lo que se ha producido es una pérdida o extravío (temporal o incluso definitivo) de las actuaciones judiciales⁸², pero tal funcionamiento anormal se suele reconducir, en muchos casos, a una dilación indebida⁸³.

⁷⁹ Añadiendo, seguidamente, que «además del efecto disuasorio que puede tener para los ciudadanos afectados que sean legítimos acreedores de una satisfacción, no deben ignorarse las distorsiones que ello puede ocasionar al abordarse la cuestión desde una mayor distancia jurídica con los principios y mecanismos propios de nuestro Derecho» (*Consejo de Estado. Memoria 2004*, pág. 180).

⁸⁰ *Ibidem*, págs. 182 y 181. Una vez concluido y entregado este trabajo, se ha hecho pública una SAN de 8 de julio de 2008, rec. núm. 593/2006, JUR 2008\222953, en la que se anula la resolución del Secretario de Estado de Justicia (por delegación del Ministro) que decidió no acceder a la solicitud de indemnización —basada en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia— por dilaciones indebidas en la tramitación de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Además de la anulación, se ordena al Ministerio de Justicia que «remita la reclamación administrativa y las actuaciones practicadas al Consejo de Ministros para dicho órgano, tras la tramitación que estime oportuna, resulte la reclamación planteada por dilaciones indebidas que se imputan al Tribunal Constitucional». Esta Sentencia está recurrida, al parecer, por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo.

⁸¹ Este *modus operandi* está muy consolidado, razón por la que bastará aquí con la referencia a algunos casos de reciente de aplicación. Así, *vid.* los dictámenes del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 2003, núm. 2930/2003, y de 22 de junio de 2006, núm. 587/2006; las SSAN de 10 de octubre de 2000, JUR 2000\312262, y de 27 de febrero de 2007, rec. núm. 933/2004, JUR 2007\80620.; y las SSTs de 4 de mayo de 2007, RJ 2007\5819, y de 26 de septiembre de 2007, RJ 2007\7458.

⁸² Como son, entre los más recientes, los casos a los que se refieren los dictámenes del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004, núm. 2526/2004; de 28 de octubre de 2004, núm. 2517/2004; de 9 de febrero de 2006, núm. 2056/2005; y de 8 de junio de 2006, núm. 479/2006. O el que resuelve la SAN de 26 de noviembre de 2004, rec. 970/2003, JUR 2005\21316.

⁸³ Razón por la que estos supuestos no los hemos incluido en el siguiente apartado, dedicado específicamente a la pérdida o sustracción de objetos a disposición judicial.

F) Por último, aunque en este apartado nos hemos referido exclusivamente —y como era lógico— al retraso en las actuaciones judiciales, esto es, por la actividad desarrollada en el ámbito de la Administración de Justicia, quizás no esté de más reparar en que también suele resultar demasiado usual que a esta patología (o, técnicamente hablando, funcionamiento anormal) se le sume otra, cual es *el retraso en las actuaciones administrativas* cuando se ejerce la acción indemnizatoria por aquélla causa ante el Ministerio de Justicia, precisamente.

En efecto, si se analizan con detenimiento, por ejemplo, los dictámenes del Consejo de Estado emitidos en estos casos se advierte que, desde la presentación de la solicitud hasta la intervención de este órgano consultivo (que lo hace, como ya se ha indicado, inmediatamente antes de la resolución ministerial), se produce un prolongado lapso de tiempo. Es más, si atendemos a algunos datos facilitados —y que resultan de total fiabilidad⁸⁴—, la tardanza en resolver este tipo de expedientes por parte del Ministerio de Justicia ha venido siendo, invariablemente, de unos dos años. De hecho, su excesiva duración fue denunciada hace ya algún tiempo por el Defensor del Pueblo, quien expresamente dedicó un apartado de su Informe de 1999 a los «Retrasos en la tramitación de los expedientes relativos a reclamaciones por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia»⁸⁵.

Por otro lado, si el particular recurre la resolución de su solicitud indemnizatoria, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa también necesita su tiempo para resolver; con lo que el resultado final puede resultar bastante desolador para el *tempo* de la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia consistente, precisamente, en un retraso.

⁸⁴ Ya que han sido aportados desde la Subdirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, con privilegiado conocimiento de causa (recuérdese lo señalado *supra*, en la nota 7): *vid.*, HIGUERAS AGEJAS, F., «La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la Administración Judicial y error judicial», en *Manuales de formación continuada*, núm. 24, 2000 (dedicado a «Ética del Juez y garantías procesales»), pág. 275. *Vid.*, asimismo, los datos (más actualizados) que aporta GONZÁLEZ ALONSO, A., «Doctrina legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», en *Teoría y Derecho*, núm. 2, 2007, pág. 225.

⁸⁵ Que finaliza de la siguiente manera: «A modo de conclusión, si los expedientes de responsabilidad patrimonial que se incoan por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, en muchas ocasiones, están motivadas por las dilaciones excesivas detectadas en los procedimientos judiciales, no deja de ser paradójico que los mismos adolezcan a su vez del mismo defecto que el que, se supone, tratan de comprobar y evaluar» (*Defensor del Pueblo. Informe, 1999*, pág. 298).

3. *Funcionamiento anormal con ocasión de bienes depositados judicialmente*

En este apartado se recogerán, separadamente, algunos supuestos variados, pero que traen causa de actuaciones relacionadas con bienes puestos a disposición judicial.

A) En primer lugar, tenemos aquellos casos de *extravío o desaparición de bienes*. Como expresivamente señaló hace ya algún tiempo el Consejo de Estado, «la pérdida de cosa depositada en los Juzgados es, junto con la demora en la terminación de un proceso, el supuesto más común de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia»⁸⁶; y a este propósito manifestó su preocupación «por la frecuencia con la que llegan a su conocimiento pretensiones de responsabilidad patrimoniales con origen o fundamento en quiebras del indicado deber funcional de custodia»⁸⁷, llegando incluso a proponer modificaciones en el régimen del depósito de objetos⁸⁸.

Lo que desaparece son objetos de valor; obviamente, pero de muy variada naturaleza. Así, desaparece dinero⁸⁹, joyas⁹⁰, cheques⁹¹, letras de

⁸⁶ Dictamen de 23 de septiembre de 1993, núm. 1109/93, reiterado en el de 13 de enero de 1994, núm. 1601/93.

⁸⁷ Dictamen de 14 de julio de 1993, núm. 657/93.

⁸⁸ Lo que hace con las siguientes palabras: «Podría pensarse si el problema que las indicadas situaciones revela encuentra suficiente tratamiento en el ejercicio legítimo de potestades disciplinarias sobre los eventuales responsables y, en su caso, en el impulso de actuaciones de signo punitivo y aun a través de instrumentar con mayor rigor el juego de la acción de regreso que hoy se contiene en el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y vigente siempre desde la instauración del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. Tal vez ha llegado el momento, cada vez más acuciente, de revisar los textos reglamentarios sobre la custodia y conservación de efectos, pues siendo algunos relativamente recientes, pudieran necesitar de modificaciones y aun de enfoques más rigurosos. Conoce el Consejo de Estado —y ello es perceptible en la función que realiza— que la desaparición, por llamarla con un nombre alejado de connotaciones penales, de dinero, y sus modalidades representativas, ha encontrado en las normas reglamentarias una mejora notable del sistema en el que, a través de la función consultiva, percibe el Consejo de Estado la eficacia de la regulación establecida al residenciar en entidades bancarias el depósito de dinero; mas el problema parece que subsiste respecto de otros objetos de valor. Debiera, piensa el Consejo de Estado, considerarse la conveniencia de articular medidas encaminadas a evitar tan graves situaciones» (Dictamen citado en la nota anterior).

⁸⁹ *Vid.*, entre los más recientes, los dictámenes favorables del Consejo de Estado de 29 de mayo de 2003, núm. 699/2003; de 19 de junio de 2003, núm. 897/2003; de 26 de junio de 2003, núm. 1028/2003; de 25 de septiembre de 2003, núm. 2277/2003, de 27 de noviembre de 2003, núm. 2697/2003; y de 23 de septiembre de 2004, núm. 1474/2004.

⁹⁰ *Vid.*, entre los más recientes, los dictámenes favorables del Consejo de Estado de 5 de junio de 2003, núm. 700/2003; de 26 de junio de 2003, núm. 890/2003; de 22 de diciembre de 2003, núm. 2951/2003; de 27 de mayo de 2004, núm. 867/2004; de 10 de junio de 2004, núm. 851/2004; de 30 de septiembre de 2004, núm. 1763/2004; de 11 de enero de 2005, núm. 2933/2004; y de 2 de febrero de 2006, núm. 1929/2005. O la SAN de 9 de diciembre de 1991, rec. 871/1996, RJCA 1999/4244.

⁹¹ Dictamen de 19 de septiembre de 1991, núm. 1073/91.

cambio⁹², varias cosas que se encontraban en el interior de un vehículo depositado en un taller por orden judicial⁹³, diversas prendas de vestir⁹⁴ u otros objetos sin especificar⁹⁵.

En ningún caso se puede negar ni minusvalorar la importancia que tiene este tipo de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. El Consejo de Estado ha sido sensible a ello y en su Memoria de 2006 ha dedicado un amplio apartado —denominado «En torno a los depósitos judiciales en relación con el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia»— en el que reflexiona específicamente sobre estos casos de pérdida o desaparición de los bienes depositados, que califica de «auténtica “patología” del funcionamiento de la Administración de Justicia, estadísticamente frecuente en los últimos años, consistente en la comisión de gruesas negligencias o, incluso de posibles delitos allí donde el ciudadano esperaría la protección de sus derechos, esto es, los órganos y oficinas del Poder Judicial», y donde reitera que «no deja de producir asombro que en las oficinas o dentro de la organización de los poderes y fuerzas públicas destinados a combatir el delito, precisamente allí, se produzcan extravíos y desapariciones lesivos al derecho de la propiedad de los ciudadanos que pueden obedecer en ocasiones a simple negligencia pero en ocasiones también muy verosímilmente a conductas delictivas que los responsables del depósito no han sabido evitar.

La separación entre deuda y responsabilidad, la deuda de los funcionarios públicos que incumplen sus obligaciones de custodia y que, no obstante no asumen la responsabilidad de su incumplimiento, que recae, como en este caso en el Estado, puede explicar causalmente, que no justificar; la relajación en la observancia de dichas obligaciones, con grave perjuicio no sólo de los derechos de los justiciables, sorprendidos por una lesión a sus derechos donde esperaban protección o al menos legalidad,

⁹² Dictamen de 27 de octubre de 1994, núm. 1752/94, donde sí se aprecia la existencia de anormal funcionamiento en la tramitación de juicio ejecutivo del que trae causa, pero no se reconoce el derecho a obtener una indemnización por considerar que aún estaba abierta la posibilidad de promover juicio ordinario declarativo a partir del reconocimiento de las copias existentes como correspondientes a los originales.

⁹³ Como es el caso en el que, además, se produjo una indebida dilación y que fue informado favorablemente por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1109/93, de 23 de septiembre de 1993. O el recogido en una petición muy complejamente articulada y que el Consejo de Estado defiere hasta un mayor esclarecimiento de los hechos (Dictamen núm. 1547/95, de 2 de noviembre de 1995).

⁹⁴ Como ciento ochenta pares de zapatillas deportivas (Dictamen de 3 de mayo de 1996, núm. 665/96); más de trescientas camisetas (Dictamen de 27 de mayo de 2004, núm. 864/2004); o casi quinientos pantalones vaqueros (SAN de 27 de abril de 2004, rec. 138/2003, JUR 2004\247288). Curiosamente, en el caso al que se refiere el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de abril de 2004, núm. 412/2004, se trataba de una riñonera y un forro polar —que habían sido requisados para su reconocimiento por la testigo de los hechos delictivos—, valorados (e indemnizados) en 138 euros.

⁹⁵ Dictamen de 13 de enero de 1994, núm. 1601/93.

sino de la imagen y el prestigio del poder judicial ante la sociedad a la que sirve»⁹⁶.

B) Por otro lado, tenemos los casos en los que el funcionamiento anormal consiste en una falta de cuidado con respecto a los bienes puestos a disposición de la Administración de Justicia. Así, se han venido produciendo diversas reclamaciones por el deterioro que se aprecia en tales bienes a la hora de devolverlos a sus legítimos propietarios. A estos efectos conviene dejar claro que lo indemnizable serán, en su caso, los desperfectos producidos por el mal uso o la negligencia en su cuidado, pero no por la depreciación o el mero deterioro que el paso del tiempo produce en los objetos (sobre todo tratándose de vehículos a motor)⁹⁷.

Se han reconducido, asimismo, a este ámbito otros perjuicios a terceros causados con ocasión de los depósitos ordenados judicialmente⁹⁸.

También a estos supuestos les ha dedicado atención especial el Consejo de Estado, considerando que buena parte de los problemas tienen su origen «en un patente problema estructural de la Administración de Justicia» (que carece de medios apropiados), que «las normas que disciplinan los depósitos judiciales son insuficientes para abarcar la rica problemática y casuística que los mismos generan» y que resulta «especialmente llamativa la injustificada discriminación de tratamiento que se aplica a los propietarios de los bienes depositados» (según que el Juzgado o los servicios administrativos locales dispongan de instalaciones o establecimientos aptos para acogerlos o no; ya que, en este último caso, deberán pagar los gastos de depósito cuando el Juzgado acuerde que éste se constituya en las instalaciones de una empresa privada). Estas reflexiones, originadas por los casos de funcionamiento anormal, van bastante más allá y finalizan con una propuesta: «El Consejo de Estado entiende que es altamente deseable modificar esa situación, acometiendo, de un lado, una reglamentación específica sobre los depósitos judiciales que colme las lagunas, dudas, inseguridades e incertidumbres que genera el actual marco normativo para los particulares y también para los órganos judiciales. Junto a ello, es también muy conveniente generalizar la existencia de dependencias públicas de

⁹⁶ *Consejo de Estado. Memoria de 2006*, págs. 153-154.

⁹⁷ *Vid.* los supuestos de indemnización por daños en vehículos a que se refieren los dictámenes del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2003, núm. 2702/2003; de 8 de enero de 2004, núm. 2693/2003; de 1 de abril de 2004, núm. 368/2004; de 15 de julio de 2004, núm. 1146/2004; y de 23 de febrero de 2006, núm. 70/2006. Así como las SSAN de 31 de mayo de 2000, JUR 2000\204061; de 26 de noviembre de 2004, rec. 848/2003, JUR 2005\231060; y, refiriéndose a objetos perecederos, la de 20 de marzo de 2002, rec. 465/2000, JUR 2000\144541.

⁹⁸ *Vid.* el caso al que se refiere el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de febrero de 2006, núm. 2049/2005, en el que el daño se origina al propietario de una nave industrial, precintada por el depósito de un semirremolque propiedad del arrendatario, que constituía una pieza de convicción en un proceso penal. *Vid.*, asimismo, lo resuelto por la SAN de 26 de octubre de 2004, rec. núm. 1411/2002, JUR 2005\222332.

depósito a disposición de los órganos judiciales, aspecto administrativo u organizativo que abundaría en la uniformidad de tratamiento que derivaría de esa reglamentación *ad hoc* de los depósitos judiciales»⁹⁹.

C) Por último, podemos mencionar el caso del depositario privado, que no puede cobrarse del titular de los bienes los gastos originados por el depósito ordenado judicialmente, y que se reconduce también a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia¹⁰⁰. El Consejo de Estado ha señalado que «la insolvencia del deudor o deudores podría ser aducido por el depositario para imputar a la Administración de Justicia la obligación de resarcirle de los gastos del depósito que se constituyó con su decisiva intervención»¹⁰¹.

4. *Otros supuestos de fallos, errores o descuidos constitutivos de funcionamiento anormal*

Se incluyen en este apartado una variedad de fallos, errores u omisiones en el ámbito de la Administración de Justicia cuyo nexo en común es el de haber sido reconocidos, recientemente¹⁰², como constitutivos de un funcionamiento anormal y cuya relación aquí tiene un valor ilustrativo de la realidad existente.

Quede claro que, aunque normalmente se produce el error, la confusión o el fallo en el momento de aplicar una resolución judicial, se admite —con evidente acierto, hay que señalar— que la reclamación indemnizatoria se articule por la (más sencilla) vía del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y no por la (muchísimo más complicada y costosa) vía del error judicial, porque en estos casos no se trata de una mala interpretación o aplicación del Derecho¹⁰³, sino más simplemente, de una mala ejecución o puesta en práctica, y en donde lo que es la función jurisdiccional propiamente dicha no presenta tacha alguna: de ahí que el título de imputación no se deba referir a la actuación jurisdiccional (error judicial) sino a la actuación del aparato organizativo que la sustenta y posibilita (funcionamiento anormal de la Administración de Justicia).

⁹⁹ Consejo de Estado. Memoria, 2006, pág. 149.

¹⁰⁰ Dictamen del Consejo de Estado de 7 de febrero de 1991, núm. 55744. Y SAN de 21 de marzo de 2007, rec. 409/2005, JUR 2007/98575. Vid., asimismo, la SAN de 30 de septiembre de 2004, rec. 248/2003, JUR 2005/218320.

¹⁰¹ Consejo de Estado. Memoria de 2006, pág. 145.

¹⁰² Para otros supuestos anteriores, vid. COBREROS MENDAZONA, E., *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal...*, cit., págs. 57 y ss.

¹⁰³ Lo que, en alguna ocasión, ha sido denominado por la Audiencia Nacional como las «cuestiones de fondo» (SAN de 20 de abril de 1999, rec. núm. 40/1998, RJCA 1999/2619).

Agruparemos también aquí —a efectos de mayor claridad expositiva— los muy diversos supuestos realmente producidos y reconocidos como indemnizables.

A) En primer lugar, podemos hacer referencia a una serie de circunstancias en las que se produce un (fatal) error en la identificación de la persona (por similitud de nombres, normalmente, o por alguna otra desgraciada coincidencia) en el ámbito de actuaciones penales, lo que acarrea muy graves consecuencias, en muchos casos con incidencia directa en la libertad del afectado¹⁰⁴.

Corroboraría la afirmación anteriormente hecha —respecto de la corrección de tratar estos supuestos como funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (y no como error judicial)— el que, en algún caso en el que el fallo de identificación ha sido localizado nítidamente en un servicio policial, la indemnización se ha tramitado por la vía del art. 139 LRJPAC, dirigiéndola y obteniéndola del Ministerio del Interior¹⁰⁵.

B) Por otro lado, son relativamente frecuentes las confusiones a la hora de trabar embargos; cosa que, en ocasiones, exige luego anular posteriores actuaciones (incluidas las adjudicaciones definitivas), con los perjuicios que todo ello ocasiona tanto a los indebidamente embargados como, en su caso, a los adquirentes de buena fe¹⁰⁶.

C) También se reconoce un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia en supuestos en los que se omite alguna actuación debida. Así sucede con la falta de aviso o notificación de la suspensión de la celebración de un juicio (con los consiguientes gastos de desplazamiento, que se podían haber evitado)¹⁰⁷; la falta de citación al propietario en el caso de una subasta¹⁰⁸; la falta de notificación al interesado del sobreseimiento

¹⁰⁴ Así, *vid.*, los supuestos a los que se refieren los dictámenes del Consejo de Estado de 30 de octubre de 2003, núm. 2679/2003 (error en la identificación de la persona del imputado); de 22 de diciembre de 2003, núm. 3094/2003 (confusión en la persona de un reclamado en busca y captura que pasa diecisiete días en prisión preventiva); de 20 de mayo de 2004, núm. 766/2004 y de 16 de diciembre de 2004, núm. 2659/2004 (ambos errores de identidad con ingreso en prisión, también); especialmente interesante puede resultar, a estos efectos, el de 27 de julio de 2006, núm. 886/2006, donde se justifica más detenidamente su inclusión en el ámbito del funcionamiento de la Administración de Justicia.

¹⁰⁵ *Vid.* la SAN de 23 de julio de 2002, rec. núm. 986/2001, JUR 2003\68785.

¹⁰⁶ *Vid.*, por ejemplo, los dictámenes del Consejo de Estado de 13 de mayo de 2004, núm. 794/2004; de 10 de junio de 2004, núm. 1128/2004; de 24 de junio de 2004, núm. 871/2004; de 23 de septiembre de 2004, núm. 1478/2004; de 29 de junio de 2006, núm. 638/2006. Y SSAN de 28 de septiembre de 2004, rec. núm. 1497/2002, JUR 2004\281681; y de 29 de septiembre de 2006, rec. núm. 69/2005, JUR 2006\292747.

¹⁰⁷ Dictámenes del Consejo de Estado de 11 de marzo de 2004, núm. 195/2004; de 6 de mayo de 2004, núm. 367/2004; y de 28 de octubre de 2004, núm. 2521/2004.

¹⁰⁸ Dictamen del Consejo de Estado de 11 de noviembre de 2004, núm. 1914/2004. Y

del proceso penal (con lo que, innecesariamente, hubo de acudir personalmente al Juzgado durante siete meses)¹⁰⁹; la no advertencia al perito que emitió un informe técnico de la circunstancia de que las dos partes gozaban del beneficio de justicia gratuita y, además, el no haber solicitado la aprobación del coste de la prueba pericial a la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia (con lo aquél no podía cobrar por su trabajo)¹¹⁰; o la falta de notificación a los padres del fallecimiento de su hijo (que iba documentado y del que habían denunciado su desaparición), más la ausencia de ofrecimiento de las acciones del art. 109 LECrim, fallos todos ellos cometidos por un Juzgado de Instrucción¹¹¹.

D) En fin, podemos reseñar otras equivocaciones o descuidos de muy variada condición: entrega o ingreso equivocados de cantidades dinerarias puestas a disposición judicial, que luego no se pueden recuperar¹¹²; persona que resulta detenida y obligada a pagar una multa que ya había pagado con anterioridad¹¹³; defectuosa notificación que acarrea nulidad de actuaciones y retraso en la devolución del depósito¹¹⁴; embargo decretado cuando ya había sido consignada la cantidad reclamada¹¹⁵; persona detenida e ingresada en prisión, cuya orden de búsqueda y captura había quedado sin efecto con anterioridad¹¹⁶; persona emplazada por error, pese a que no había sido ni siquiera demandada (con lo que tuvo que acudir a los correspondientes servicios de profesionales que la representasen y defendiesen)¹¹⁷; detenido e ingresado en prisión por una pena que se encontraba suspendida¹¹⁸; indicación errónea de la fecha en la cédula de citación a un testigo¹¹⁹; identificación errónea de un ordenador (porque el proveedor de servicios de internet no había tenido en cuenta la diferencia horaria oficial española con la hora GMT), en unas investigaciones penales relacionadas con material pornográfico depositado en la red y que conduce al registro, incautación del mencionado ordenador y detención de

SSAN de 28 de octubre de 2005, rec. núm. 48/2004, JUR 2006\122440; y de 17 de octubre de 2007, rec. núm. 139/2006, JUR 2007\329357.

¹⁰⁹ Dictamen del Consejo de Estado de 15 de mayo de 2004, núm. 857/2004.

¹¹⁰ Dictamen del Consejo de Estado de 15 de julio de 2004, núm. 1365/2004.

¹¹¹ SAN de 29 de octubre de 2002, rec. núm. 431/2001, RJCA 2002\1298.

¹¹² *Vid.* los dictámenes del Consejo de Estado de 12 de junio de 2003, núm. 879/2003; de 26 de junio de 2003, núm. 1047/2003; de 18 de diciembre de 2003, núm. 2703/2003; y de 1 de julio de 2004, núm. 847/2004.

¹¹³ Dictamen del Consejo de Estado de 10 de julio de 2003, núm. 1032/2003.

¹¹⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 3 de julio de 2003, núm. 1051/2003.

¹¹⁵ Dictamen del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2003, núm. 2724/2003.

¹¹⁶ Dictámenes del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 2003, núm. 2753/2003; de 1 de abril de 2004, núm. 365/2004; y de 15 de abril de 2004, núm. 372/2004.

¹¹⁷ Dictamen del Consejo de Estado de 18 de diciembre de 2003, núm. 2734/2003.

¹¹⁸ Dictamen del Consejo de Estado de 6 de mayo de 2004, núm. 409/2004.

¹¹⁹ Dictamen del Consejo de Estado de 23 de septiembre de 2004, núm. 2078/2004.

quien no había tenido nada que ver con los hechos investigados¹²⁰; identificación errónea de domicilio registrado¹²¹; escritos de personación que se traspapelan en el Juzgado, lo que obliga a una serie de actuaciones para conseguir la nulidad de la vista judicial¹²²; desaparición de la cinta en la que estaba registrado el acto de la vista de un juicio, por lo que hubieron de realizarse nuevas actuaciones de parte y judiciales¹²³; confusión en la identificación de cadáveres y subsiguiente enterramiento cambiado¹²⁴; y persona detenida porque no se había dejado sin efecto la orden de detención, pese a que un Auto judicial ya había declarado extinguida la responsabilidad penal por prescripción del delito¹²⁵.

Ahora bien —se insiste, una vez más—, debe tratarse de equivocaciones o fallos en el aparato que sostiene la función jurisdiccional, no en el núcleo de ésta¹²⁶.

III. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INDEMNIZACIÓN

Como es sabido, la acción ejercitada ante el Ministerio de Justicia (y, en su caso, continuada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) se articula sobre una pretensión indemnizatoria dineraria. Este resarcimiento monetario a otorgar presenta algunos problemas que merecen siquiera una breve mención.

Con carácter previo, hay que explicitar que la responsabilidad estatal exigida por esta vía es compatible con la responsabilidad personal de tipo disciplinario, civil o penal que, en su caso, se pudiera seguir contra los funcionarios causantes del daño, según sus específicas regulaciones¹²⁷; e

¹²⁰ Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2004, núm. 2084/2004.

¹²¹ Dictamen del Consejo de Estado de 28 de octubre de 2004, núm. 2079/2004.

¹²² Dictamen del Consejo de Estado de 28 de octubre de 2004, núm. 2525/2004.

¹²³ Dictamen del Consejo de Estado de 18 de mayo de 2006, núm. 375/2006.

¹²⁴ SAN de 24 de octubre de 2002, rec. núm. 986/2001, RJCA 2002\1295.

¹²⁵ SAN de 11 de julio de 2007, rec. núm. 357/2006, JUR 2007\229135.

¹²⁶ Así, sendas sentencias de la Audiencia Nacional no aceptan el planteamiento de los respectivos solicitantes: en un caso, porque la incorrecta transcripción del domicilio que se pretendía funcionamiento anormal no se apreció como tal, porque su fijación a efectos de emplazamiento había sido objeto, precisamente, de consideración y valoración por la Sentencia previa (SAN de 16 de diciembre de 2003, rec. núm. 879/2002, JUR 2004\32063); y, en el otro, porque el perjuicio lo ocasionó, finalmente, la actuación del Registrador de la Propiedad —cancelando todas las obligaciones garantizadas con la hipoteca, cuando sólo tenía que haberlo hecho respecto de una de ellas—, pero la causa estaba en un Auto (y posterior mandamiento judicial) que no identificaba convenientemente qué obligación quedaba extinguida y cuáles quedaban subsistentes, lo que ocasionó en último término la actuación del Registrador (SAN de 2 de noviembre de 2005, rec. núm. 1013/2003, JUR 2006\122335). En ambos casos se indica que la eventual reparación tendría que haberse obtenido por la vía del error judicial.

¹²⁷ Recuérdesse que el art. 297 LOPJ ya recoge —más acotadamente— que «[]o dispues-

independiente también de la eventual acción de regreso¹²⁸. Ahora bien, si por vía civil o penal al persona perjudicada hubiera obtenido la indemnización correspondiente, la responsabilidad directa frente al Estado no podría accionarse, puesto que, en tal hipótesis, nos encontraríamos ante un supuesto de enriquecimiento injusto; dicho más precisamente, en caso de solapamiento o simultaneidad de tales vías, habría de tenerse en consideración lo obtenido a título resarcitorio en cualquiera de ellas para no producir el mencionado efecto perverso.

Para los supuestos en los que el mal funcionamiento hubiera consistido en un retraso, conviene hacer algunas matizaciones. Así, si tal retraso se ha traducido en el cobro de una determinada cantidad más tarde de lo debido, la indemnización consistirá —según continuada interpretación tanto del Consejo de Estado como de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— en el pago de los *intereses legales* por tal cantidad durante el período que se considera indebida dilación (recuérdese lo señalado antes respecto de la «cuantificación» del lapso de tiempo en que consiste el retraso indebido) y hasta al momento de su cobro efectivo (en su caso, con el añadido de lo previsto en el art. 106.3 LJCA)¹²⁹. No se han considerado aplicables las específicas previsiones recogidas en la normativa sobre Seguro (que suben al 20 por ciento el interés del dinero), como en algún caso se ha solicitado¹³⁰.

Como anteriormente se ha visto, el funcionamiento anormal ha podido no retrasar sino impedir el cobro de alguna cantidad pretendida en la vía judicial emprendida. Debe quedar claro —frente a lo que a primera vista

to en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».

¹²⁸ Sobre la (también aquí) inencontrable acción de regreso, valga con la remisión a lo recogido en COBREROS MENDAZONA, E., *La responsabilidad del Estado derivada...*, cit., págs. 103 a 106. Aunque en honor a la verdad hay que indicar que el Consejo de Estado ha señalado expresamente la posibilidad de exigir la repetición de lo pagado, frente al funcionario culpable: así, por ejemplo, el Dictamen de 29 de mayo de 2003, núm. 699/2003 o el de 25 de septiembre de 2003, núm. 2277/2003. Adviértase, en fin, que si la acción se dirigiese contra un Juez o Magistrado, habría de seguirse «por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente» (art. 296 LOPJ), y no por la vía administrativa.

¹²⁹ *Vid.*, por todas, la SAN de 16 de marzo de 2004, rec. núm. 229/2003, JUR 2004\134672.

¹³⁰ *Vid.*, por ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de junio de 2003, núm. 884/2003, donde se señala que «carece de fundamento la pretensión del reclamante relativa al incremento del 20%, previsto en la ley que regula el sector de seguros para compeler a las aseguradoras a pagar o consignar con puntualidad [parece que se refiere al art. 20.4ª de la Ley del Contrato de Seguro, en su versión de 1995], pero que no es aplicable al instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Como dice el Consejo General del Poder Judicial, «otra cosa es que durante dicho período, a falta de una actuación indiligente o morosa del deudor, tenga derecho el reclamante al recargo específico de interés por mora establecido por la ley, que en modo alguno se puede extender al supuesto específico ahora contemplado, relativo no a un supuesto específico de mora deudor, en materia de derecho privado de obligaciones sino a la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia».

podiera parecer— que, en tal supuesto, el interesado *no obtendrá por esta vía lo no cobrado en el proceso*, sino que el perjuicio causado por el funcionamiento anormal se le valorará de forma distinta (y menor)¹³¹. Y de igual manera cuando la persona perjudicada ha visto cercenada, por tal causa, la vía judicial emprendida (recuérdense, como más evidentes, los casos en los que el retraso ha supuesto la prescripción de la acción penal): la indemnización a otorgar no se identifica con la que podría haber obtenido de haber prosperado la acción judicial, sino con una compensación (otorgada a tanto alzado a la vista de las circunstancias de cada caso) por el mal funcionamiento, que es cosa diferente y que siempre suele ser, obviamente, mucho menor que lo solicitado por tal concepto, se insiste¹³². Esta interpretación viene avalada por el propio Tribunal Supremo¹³³.

Por otro lado, se echa en falta, quizá, una elaboración mayor y una

¹³¹ Así, por ejemplo, en el caso de retraso en un juicio de desahucio por falta de pago (con el consiguiente impago al propietario durante bastantes meses), el Consejo de Estado afirmará lo siguiente: «como en múltiples ocasiones ha señalado el Consejo de Estado, la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado no puede servir como un medio de resarcirse de los perjuicios ocasionados durante un proceso judicial, de carácter alternativo a su exigencia frente a los verdaderos causantes de tales perjuicios (habitualmente, quien aparece como deudor en ese proceso), articulando una especie de responsabilidad subsidiaria (o incluso solidaria) del Estado por vía de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia (dictamen 1692/2005). En esta misma línea, se ha señalado que la existencia de dilaciones no determina que el Estado haya de hacerse cargo de la deuda en beneficio del verdadero deudor, sino que para que deba asumir el Estado el perjuicio correspondiente al impago, total o parcial de la deuda, sería necesario, entre otros extremos, que se acreditara la imposibilidad de cobro (total o parcial) frente al verdadero deudor (o, en su caso, su mayor onerosidad), así como que dicha imposibilidad o el mayor coste derivan, precisamente, del funcionamiento anormal detectado en cada caso (dictamen 1144/2004)» (Dictamen del Consejo de Estado de 22 de junio de 2006, núm. 587/2006).

¹³² *Vid.* lo razonado, en este sentido, por el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de julio de 2006, núm. 912/2006, donde podemos leer —en la misma línea de lo recogido en la nota anterior— lo siguiente:

«[L]a responsabilidad patrimonial del Estado no puede servir como un medio a disposición de quien es parte en un proceso judicial, para resarcirse de los perjuicios que se le han causado, de carácter alternativo a la exigencia de su indemnización frente al verdadero causante de tales perjuicios (habitualmente, quien aparece como deudor en ese proceso), articulando una especie de responsabilidad subsidiaria (o incluso solidaria) del Estado por vía de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia (dictamen 1692/2005, entre otros muchos).

Por tanto, el perjuicio derivado del funcionamiento anormal no puede identificarse con el importe de la indemnización que, según ella, hubiera percibido —como resarcimiento patrimonial por sus daños— en el proceso en que aquel se produjo. Ahora bien, es evidente que la interesada sí ha resultado perjudicada, puesto que, cuando ya había entablado una acción —en vía penal— para obtener aquel resarcimiento, dicha acción se ha visto truncada, habiendo quedado obligada a impulsar nuevas actuaciones si quiere obtener el resarcimiento de referencia frente al causante de los daños.

En estos casos, el Consejo de Estado viene reconociendo el derecho a percibir una indemnización, que se fija a tanto alzado en función de las circunstancias del caso; en el ahora sometido a consulta, el órgano instructor propone abonar a la interesada una indemnización de 600 euros, importe que el Consejo de Estado considera adecuado a la vista de las circunstancias concurrentes».

¹³³ *Vid.* la STS de 9 de marzo de 2007, RJ 2007/950.

utilización más segura y efectiva del concepto *pérdida de oportunidad* (*procesal*), como objeto de reparación. Concepto que —hay que resaltarlo— no es en absoluto desconocido ni por el Consejo de Estado ni por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En efecto, hace ya tiempo que aquél utilizó, precisamente, esta categoría indemnizatoria en un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia¹³⁴; y lo sigue haciendo en la actualidad¹³⁵. Es más, para otro ámbito de responsabilidad de las Administraciones Públicas, este alto órgano consultivo ha realizado un notable esfuerzo de construcción y depuración del concepto «pérdida de oportunidad»¹³⁶. Por su parte, la Audiencia Nacional también ha considerado expresamente, a efectos indemnizatorios de este tipo, la pérdida de oportunidad procesal¹³⁷. Pero, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho Comunitario¹³⁸, entre nosotros —y a efectos de la responsabilidad extracontractual¹³⁹— parece pesar demasiado, todavía, determinada concepción de que el daño sea «efectivo» y su contraposición a las meras «expectativas» (que no se consideran indemnizables en ningún caso). Debe quedar claro, sin embargo, que la pérdida de oportunidad (en nuestro caso, procesal) constituye, en sí, un daño efectivo y real, no hipotético o futuro. Cosa distinta será su (difícil) cuantificación económica¹⁴⁰. Pero tal dificultad ni debe hacer retroceder, calificando el daño como un mero futurible (y, por tanto, no indemnizable), ni debe paralizar el razonamiento resarcitorio, dando paso a inmotivadas y voluntaristas cuantificaciones «a ojo» (que en muchas ocasiones se manifiestan como arbitrarias, porque con los mismos argumentos aducidos se podría haber otorgado cualquier otra cantidad, mayor o menor).

Conocidos los supuestos reales en los que se ha reconocido la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en mu-

¹³⁴ Dictamen de 3 de febrero de 1993, núm. 1604/93. Para mayor detalle, *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal...*, cit., págs. 60-61.

¹³⁵ Manteniendo incluso la referencia al art. 50 CEDH (en el que se apoyó originariamente). *Vid.*, entre otros, sus recientes dictámenes de 19 de junio de 2003, núm. 880/2003; de 14 de octubre de 2004, núm. 2090/2004; y de 6 de julio de 2006, núm. 1018/2006.

¹³⁶ Se trata del extenso apartado dedicado a «La apreciación y valoración de la pérdida de oportunidad en la prestación de servicios sanitarios» (*Consejo de Estado. Memoria de 2005*, págs. 153 a 175).

¹³⁷ Así, *vid.* sus recientes SSAN de 22 de noviembre de 2006, rec. núm. 17/2005 JUR 2006284368; y de 25 de septiembre de 2007, rec. núm. 51/2007, JUR 2007306708.

¹³⁸ *Vid.*, por ejemplo, en la reciente STJCE de 21 de febrero de 2008, as. *Comisión c. Girardot*, C-348/06 P, la construcción del concepto de «oportunidad seria» a efectos de indemnización y el modo de cuantificar esta última.

¹³⁹ Diferente es el caso de la responsabilidad contractual. A este respecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene asumido este concepto indemnizatorio, al menos desde 1996 (*vid.* su Sentencia de 20 de mayo de 1996, RJ 19963793). En la práctica totalidad de los casos, eso sí, al tratar de actuaciones u omisiones de Abogados o Procuradores (esto es, en el marco de la responsabilidad contractual, se insiste).

¹⁴⁰ *Vid.* lo recogido *supra*, en la nota 71.

chas ocasiones el perjuicio producido se ha calificado —lógicamente— de daño moral, lo que siempre representa una dificultad a la hora de evaluarlo en términos de reparación dineraria, cuando la satisfacción o reparación no se satisface con la sola declaración de su producción por la propia resolución (administrativa o, sobre todo, judicial) que la reconoce. Mencionaremos a continuación tres dificultades destacables en este ámbito.

En primer lugar, obviamente, está el de su cuantificación, ya que al no afectar, por definición, a la esfera patrimonial del afectado (aun cuando pueda luego tener consecuencias indirectas materializables en términos económicos), su fijación está siempre sujeta a muy diferentes tipos de valoración, lo que dificulta claramente su objetivación¹⁴¹. La «solución» más socorrida es la de acudir a una valoración global en forma de suma a tanto alzado. Y es cierto que esta forma de actuar está muy extendida y también hay que reconocer que goza de importante respaldo¹⁴². No obstante lo cual, y precisamente por esta razón, tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa debería hacerse un esfuerzo adicional de justificación (en definitiva, de motivación) para garantizar en lo máximo posible la previsibilidad (como elemento integrante de la seguridad jurídica) y la no discriminación (para garantizar la igualdad de trato en la aplicación de la ley).

Íntimamente relacionada con lo anterior está la (equívoca) afirmación, muy reiterada en la jurisprudencia contencioso-administrativa, consistente en que el «daño moral no necesita prueba», basándose precisamente en la subjetividad a la que se acaba de hacer referencia. Así lo vienen señalando hasta la fecha tanto la Audiencia Nacional como el propio Tribunal Supremo¹⁴³. Sin embargo, más correcto sería decir que el daño moral debe

¹⁴¹ El reconocimiento expreso de la subjetividad valorativa es constante en la jurisprudencia; valga pues, aquí, con mencionar a título de muestra, la importante STS de 29 de marzo de 1999, RJ 1999\3783 y la muy reciente STS de 3 de mayo de 2007, RJ 2007\3159.

¹⁴² Opera así también el Tribunal de Estrasburgo cuando se refiere al daño moral, resolviendo «en equidad» (la satisfacción equitativa a que se refiere el art. 41 CEDH). *Vid.*, recientemente, la STEDH de 21 de junio de 2007, as. *SCM c. Francia*, aptdo. 30.

Por su parte, hace tiempo que el Tribunal Constitucional —en un pronunciamiento que, posteriormente, fue un referente imprescindible sobre el requisito de la motivación de las sentencias— admitió la valoración global de la indemnización (incluidos no sólo los daños morales): «de conformidad con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que estimamos constitucionalmente acertada, la valoración minuciosa y detallada de los daños y perjuicios económicos, físicos y morales es de muy difícil realización y expresión y ello obliga, en la mayoría de los casos, a fijar la cuantía de su indemnización de un modo global, atemperándose a los módulos valorativos de uso convencional, sin que en ningún caso haya de reputarse necesario que la cantidad globalmente fijada represente la suma de las parciales en que puedan cuantificarse, dentro de esa valoración conjunta, cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración, ni que haya que especificar de manera singularizada cuáles son esos conceptos parciales» (STC núm. 122/1991, de 3 de junio, RA, FJ 3).

¹⁴³ *Vid.*, recientemente y en el ámbito que ahora nos ocupa, la SAN de 5 de diciembre de 2006, rec. núm. 491/2004, JUR 2007\687 («la dilación indebida genera un daño moral que no necesita prueba»), y las SSTs de 15 de marzo de 2006, RJ 2006\5236 («ese daño no necesita

ser probado (como efectivo, real e individualizado) —y, sin tal prueba, la indemnización no se puede otorgar—, sin perjuicio de que, tras dicha constatación, en su cuantificación haya de ser inevitablemente, mayor el margen para la apreciación del mismo¹⁴⁴; pero que no será de absoluta disponibilidad, sino que se moverá entre los elementos valorativos aportados por el afectado y los que considere pertinentes (justificándolos) el órgano que haya de resolver.

En tercer lugar, tenemos también la reiterada doctrina jurisprudencial consistente en que, en vía casacional, el Tribunal Supremo no puede revisar la cuantía indemnizatoria fijada en la instancia. Es cierto que si la Sentencia recurrida ha denegado la indemnización por daño moral en su integridad el Alto Tribunal puede modificar aquélla y fijar la que considere pertinente con plena jurisdicción¹⁴⁵; pero, si ya ha establecido una determinada cantidad, el Tribunal Supremo no puede cambiarla (salvo probada irracionalidad o violación de las normas reguladoras de la valoración de la prueba)¹⁴⁶. Si a las dificultades procesales existentes para llegar a un pronunciamiento de fondo por parte del Tribunal Supremo¹⁴⁷ sumamos esta interpretación, al final no podemos esperar mucha eficacia jurisprudencial en orden a una cierta homogeneidad de criterios al respecto.

Sumados todos estos aspectos, se comprende que el panorama genere insatisfacción, puesto que en tema tan importante y delicado, como es el del funcionamiento de la Administración de Justicia, la vía de la responsabilidad del Estado en caso de anomalía funcional tampoco resulta suficientemente coherente, segura y eficaz.

prueba, puesto que se define precisamente por la subjetividad que le caracteriza»), y de 26 de septiembre de 2007, RJ 2007\7458 («el daño de carácter moral... no necesita acreditación»).

¹⁴⁴ Así, algo más correctamente, el propio Tribunal Supremo lo ha dicho en alguna ocasión: «esta Sala en reiteradísimas sentencias, por todas citaremos la de 16 de diciembre de 2004, ha señalado que el daño moral se define precisamente por la subjetividad que le caracteriza siendo de libre apreciación del tribunal» (STS de 3 de mayo de 2007, RJ 2007\3159).

¹⁴⁵ *Vid.*, en este sentido, la varias veces citada STS de 29 de marzo de 1999, RJ 1999\3783.

¹⁴⁶ «[L]a determinación de la cuantía de la indemnización del daño moral producido por esa dilación indebida no puede ser rectificada en el presente recurso de casación, y mucho menos invocando doctrina jurisprudencial, dado que no existe un único criterio de valoración del daño moral puesto que éste ha de fundamentarse en la apreciación por el Tribunal de las circunstancias de cada caso, lo que impide a esta Sala rectificar dicha valoración efectuada por el Tribunal de instancia cuyo pronunciamiento, en cuanto al cálculo de dicha cuantía, no puede ser cuestionado en casación sino impugnando la valoración como irracional o aduciendo vulneración de preceptos sobre valoración de la prueba, lo que el recurrente en el presente caso no ha alegado» (STS de 1 de febrero de 2008, RJ 2008\954. En el mismo sentido, por ejemplo, las anteriores de 26 de septiembre de 2007, RJ 2007\7458; de 4 de mayo de 2007, RJ 2007\5819; y de 25 de noviembre de 2004, RJ 2005\638).

¹⁴⁷ Recuérdese lo señalado *supra*, en la nota 11.