



Roj: **STS 3040/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3040**

Id Cendoj: **28079130052023100090**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **23/06/2023**

Nº de Recurso: **171/2021**

Nº de Resolución: **854/2023**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 854/2023

Fecha de sentencia: 23/06/2023

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 171/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 171/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 854/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande



En Madrid, a 23 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo núm. 171/2021 interpuesto por doña Martina , representada por la procuradora doña Veneranda Rodríguez Aguiar, bajo la dirección Letrada de don Alberto Suárez Bruno, contra resolución de la Excm. Sra. Ministra de Defensa de fecha 13 de mayo de 2020 elevada ante el Consejo de Ministros en resolución de fecha 21 de julio de 2020, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado. Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la representación procesal de doña Martina , se interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución de la Excm. Sra. Ministra de Defensa de fecha 13 de mayo de 2020 elevada ante el Consejo de Ministros en resolución de fecha 21 de julio de 2020, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso a disposición de la procuradora Sra. Rodríguez Aguiar, para que, en la representación que ostenta, formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito de fecha el 3 de noviembre de 2021 en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala: "Tenga por presentado este escrito, con los documentos acompañados y copias, lo admita, considerándome personada y parte en la representación acreditada de Dña. **Martina** , Capitana del Cuerpo Militar de Sanidad retirada, y tras los trámites se acuerde la estimación del presente recurso, modificando parcialmente la resolución recurrida dimanante de la Excm. Sra. Ministra de Defensa de fecha 13 de mayo de 2020 elevada ante el Consejo de Ministros en resolución de fecha 21 de julio de 2020, en cuanto a la indemnización a percibir por mi mandante, estableciendo por ello que la misma debería de ascender a la cantidad de 60.000 euros, abonando por tanto la diferencia existente (30.000 euros) más los correspondientes intereses legales así como la expresa condena en costas de las parte contraria si en algo se opusiese al presente recurso."

SEGUNDO. Dado traslado del escrito de demanda, la Abogacía del Estado, presentó escrito de contestación a la demanda de fecha 21 de febrero 2022, suplicando a la Sala: "admita este escrito en unión del expediente administrativo que se devuelve, tenga por contestada la demanda y, en su día, dicte sentencia desestimatoria de este recurso sin necesidad de acordar el recibimiento a prueba."

TERCERO. Por auto de 10 de marzo de 2022 se acuerda: "recibir el recurso a prueba por término de treinta días, admitiendo y declarando pertinente la documental pública y documental, así como la pericial y Mas pericial propuestas, y una vez aportados los dictámenes periciales, lo que deberá efectuar en el periodo probatorio, se acordará lo procedente", y practica la misma con el resultado obrante en las actuaciones, continuando con la tramitación del recurso, se acordó conceder a las partes por término de diez días para que presentasen conclusiones sucintas, cumplimentándose dicho trámite por la representación procesal de doña Martina y por el Sr. Abogado del Estado, con el resultado que puede verse en las actuaciones.

CUARTO. Y declaradas conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 13 de junio de 2023, en cuyo acto tuvo lugar su celebración , habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y fundamentos.

El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de doña Martina , a la sazón miembro del Cuerpo de Sanidad Militar en situación de retirada, contra la resolución del Consejo de Ministros, adoptado en sesión de 21 de julio de 2020, por el que se estimaba parcialmente su reclamación de los daños y perjuicios que se le habían ocasionado en el desempeño de su cargo, que se habían fijado por la peticionaria en la cantidad de 85.000 €, como consecuencia de que en el mencionado ejercicio profesional había sido objeto de un trato vejatorio y de acoso sexual por un mando superior. Incoado y tramitado el correspondiente procedimiento se dicta el acuerdo que aquí se impugna, en que se reconoce el derecho de la recurrente a la indemnización de 30.000 €.

A tenor de lo que se razona en la mencionada resolución, la responsabilidad declarada se fundaba en los siguientes presupuestos fácticos:



1º. La recurrente, perteneciente al Cuerpo Militar de Sanidad, se encontraba destinada, con categoría de Teniente, en el Regimiento Rimix 45 "Garellano" en Munguía, siendo objeto de trato vejatorio y acoso sexual por uno de los mandos superiores del mencionado Regimiento, por el que fue condenado en sentencia firme por delito de abuso de autoridad. Por dichos hechos se vio necesitada la recurrente de tratamiento psicológico y psiquiátrico.

2º. Con posterioridad a los hechos antes mencionados, en el año 2006, fue destinada a la Unidad Sanitaria del Mando Naval de Canarias, puesto en el que, a partir de octubre de 2011, denunció que había sido objeto de mobbing y acoso laboral por uno de los mandos de dicha Unidad. Incoadas las correspondientes actuaciones, fueron archivadas.

3º. Con tales precedentes y habiéndose solicitado sucesivas bajas por motivos psiquiátricos, se procede a un reconocimiento médico extraordinario, llevado a cabo en fecha 18 de octubre de 2012, declarándose que padecía una patología no estabilizada, debiendo ser sometida a un nuevo reconocimiento, el cual fue realizado en fecha 5 de abril de 2013, en el que se le diagnostica un " *trastorno de adaptación crónico, transformación de personalidad etiológica mixta, estabilizado, irreversible o de remota e incierta reversibilidad, que determinaba su no aptitud para el servicio*".

4º. A la vista del mencionado informe se inicia un procedimiento de insuficiencia de condiciones psicofísicas para el desempeño de su cargo, siendo examinada por la Junta Médico Pericial número 71, que corrobora el diagnóstico y la no aptitud para el servicio, llevándose a cabo un ulterior reconocimiento por la Junta Médico Psiquiátrica Central, que confirmó el diagnóstico, pero negó toda relación entre el servicio y la enfermedad psíquica, decretándose su pase a la situación de retiro; criterio que, impugnado en vía jurisdiccional (sentencia 503/2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 28 de octubre. Dictada en el recurso 301/2015; ECLI:ES:TSJM:2016:12411), fue anulada y se declaró la relación de causa a efecto inicialmente declarada en vía administrativa, reconociéndose el derecho a la percepción de una pensión extraordinaria de retiro por inutilidad permanente para el servicio, con un haber regulador de 100 por 100, en concreto, de 2.614,96 € mensuales.

5º. A la vista de las anteriores circunstancias, presenta instancia, en fecha 17 de noviembre de 2017, solicitando una indemnización de 85.1 € por los " *días impeditivos, no impeditivos, secuelas y factores de corrección, así como la pérdida de expectativas de carrera militar, en la que podía haber ascendido a Comandante o Teniente Coronel*", todo ello conforme al baremo correspondiente al cálculo de lesiones invalidantes.

6º. Tramitado el procedimiento por responsabilidad, se propone por el instructor el reconocimiento a la recurrente de una indemnización por importe de 25.000 €, a los efectos de proceder a " *la reparación integral del daño causado*", con fundamento en la responsabilidad patrimonial de la Administración, por considerar que se había producido un daño que no tenía la recurrente el deber de soportar. Se emite informe considerando que la concesión de la pensión extraordinaria comportaba la indemnización de los daños y perjuicios reclamados, criterio que fue confirmado en el informe emitido por el Consejo de Estado. Finalmente, en la resolución impugnada, se reconoce el derecho a la indemnización por cuantía de 30.000 €, como ya se dijo.

7º. En la fundamentación de la decisión administrativa se parte de que el reconocimiento de la pensión en la cuantía ya mencionada comportaba la compensación de los daños y perjuicios ocasionados en supuestos como el presente, si bien se consideraba que en el caso de autos se debían tener en cuenta " *la edad de la reclamante, los duros momentos por los que ha pasado y que han desembocado en una situación laboral irreversible, la frustración de haber podido llevar una carrera profesional como el resto de sus compañeros, así como de ejercer una profesión que es esencialmente vocacional*". De todo ello se concluía que la reparación integral del daño no comporta la duplicidad de indemnizaciones ni lo declarado por los Tribunales respecto a la procedencia de la pensión, sino que concurrían " *excepcionales circunstancias*", que comportaban, a juicio de la Administración, la determinación de la indemnización concedida en la resolución dictada, con fundamento en lo establecido en el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico.

A la vista de la resolución objeto de impugnación en el presente recurso, se suplica en la demanda que se reconozca el derecho de la recurrente a la indemnización de los daños y perjuicios en la cantidad de 60.000 €, debiendo condenarse a la Administración demandada a la percepción de la diferencia entre la cantidad ya reconocida en vía administrativa y la reclamada, con los intereses correspondientes.

A tenor de lo que se razona en los fundamentos de la demanda, las críticas de la recurrente a la resolución impugnada están referidas a una concreta partida que, a su criterio, debía haberse incluido en la cuantía de la indemnización reconocida, es decir, la de la pérdida de oportunidad para el desarrollo de su carrera militar o en el campo de la medicina en general en el ámbito público o privado, de donde concluye que procedía aumentar la indemnización a la cantidad global de 60.000 €, debiendo serle abonada la cantidad de 30.000 €. Se reprocha



a la resolución impugnada haber valorado la indemnización conforme al criterio de los daños y perjuicios por accidentes de circulación, sin que se haya determinado expresamente el resultado de dicha aplicación en la cantidad reconocida. De otra parte y conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la aplicación de dichos baremos a supuestos de responsabilidad patrimonial es meramente orientativo. Sobre ese presupuesto se considera que no se ha valorado en debida forma la partida indemnizatoria que se considera debe ser resarcida por la pérdida de oportunidad que los hechos que generaron la responsabilidad le han supuesto a la recurrente, circunstancias que, ya en conclusiones, considera acreditada con el resultado de la prueba pericial aportada al proceso. Partiendo de esos presupuestos, se considera que debe ser de aplicación al presente supuesto, como criterio de valoración, los daños referidos a la pérdida de oportunidad conforme se ha declarado reiteradamente por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de la que se hace cita concreta.

Ha comparecido en el recurso la Abogacía del Estado para oponerse a la pretensión de la recurrente y suplicando que se confirme el acuerdo objeto de impugnación, que es acorde a los criterios indemnizatorios en supuestos como el de autos, como cabe concluir del informe emitido por el Consejo de Estado en el procedimiento.

SEGUNDO. La determinación de la indemnización.

Lo expuesto en el anterior fundamento deja clara la cuestión que se suscita en el presente recurso, que se centra en la determinación de la indemnización por la lesión, entendida en el sentido de daño antijurídico que el ciudadano no tienen el deber de soportar, inherentes a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, de conformidad con lo establecido en el artículo 106-2º de la Constitución y, ahora a nivel de legalidad ordinaria, en el artículo 32-1º de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Es importante destacar, en la delimitación de ese debate y en contra de lo que se pretende por la Abogacía del Estado en su oposición a la pretensión, que la cuestión no es ya si concurre en el caso de la recurrente un supuesto de dicha responsabilidad patrimonial, porque ya la misma Administración lo reconoce, hasta el punto de que en la resolución recurrida se parte de la concurrencia de dicha obligación y se reconoce, como hemos visto, una indemnización por importe de 30.000 €. Lo que aquí centra ahora el debate es si dicha cantidad es la que debe corresponder con la lesión padecida por la recurrente, que la recurrente considera que debe fijarse en la cantidad de 60.000 €.

A la vista de esa delimitación del debate debemos partir del artículo 34 de la Ley mencionada conforme al cual se establecen, en su párrafo segundo, las reglas para el cálculo de la indemnización que han de servir para examinar la pretensión de la recurrente. A tenor del mencionado precepto "La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social."

Partiendo de esas previsiones legales, lo que se reprocha por la recurrente al acuerdo recurrido es que, para fijar la indemnización que se reconoce en dicha resolución, se toma en consideración los baremos previstos para accidentes de circulación, pero no se justifica la concreta aplicación de dichos baremos. Ahora bien, no obstante lo anterior, es lo cierto que el reproche a la decisión que se recurre es la deficiente determinación de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, pero centrados de manera exclusiva en lo que se denomina pérdida de oportunidad, concepto jurídico indeterminado que constituye el fundamento de la pretensión, como ya se ha dicho. Esto es, se considera que en esa determinación de la indemnización no se ha tenido en cuenta o, cuando menos, que no se ha valorado correctamente, ese criterio indemnizatorio que, a juicio de la defensa de la recurrente, ha sido reiteradamente reconocido por la Jurisprudencia; y son esos perjuicios los que comportan elevar la indemnización a la cantidad suplicada en la demanda.

Suscitado el debate en la forma expuesta es obligado comenzar por poner de manifiesto la errónea premisa de que se parte en el razonamiento que sustenta la pretensión. Es cierto que la pérdida de oportunidad ha sido acogida reiteradamente por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y a los efectos de fijar las cuantías de los daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Ahora bien, como con acierto se señala también en las alegaciones de la defensa de la recurrente, ese criterio de valoración de los daños y perjuicios ocasionados, lo ha sido con relación a supuestos en los que se reclamaba la indemnización con fundamento en la responsabilidad por asistencia sanitaria.

Es decir, el concepto y presupuesto de la pérdida de oportunidad es bien diferente del que se pretende en el caso de autos. Se considera por la mencionada Jurisprudencia que existe esa pérdida de oportunidad cuando en la prestación de una asistencia sanitaria debida, si bien no se han vulnerado los principios de *lex artis* – que es el presupuesto de la responsabilidad en ese ámbito de la actividad prestacional administrativa– y no



podría apreciarse dicha responsabilidad, en sentido estricto, es lo cierto que por alguna de las circunstancias del tratamiento no se ha dado oportunidad de haber podido prestar una asistencia alternativa que pudiera haber sido menos lesiva para el perjudicado. En palabras de la sentencia citada en la demanda (sentencia de 22 de mayo de 2012, dictada en el recurso 2755/2010; ECLI:ES:TS:2012:3637) "la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo." No es eso lo que se suscita en este proceso y no es trasladable, como se argumenta en la demanda, ese criterio en la forma expuesta al caso de autos.

En efecto, la pérdida de oportunidad, en la forma delimitada, comportaría que la Administración no habría adoptado medidas alternativas para minorar el daño ocasionado a la recurrente. Pero lo que aquí se sostiene no es esa reducción del daño, sino que no se ha indemnizado, a juicio de la recurrente, los efectos, de indudable contenido económico, que los hechos generadores de la lesión le han supuesto por frustrar su expectativas profesionales; bien en el mismo ámbito profesional militar de acceder a graduaciones superiores mediante los correspondientes ascensos, habiendo podido llegar al grado de Coronel; bien en el eventual desempeño de su profesión en el ámbito de la sanidad privada o asistencial pública.

Reconducido el fundamento a lo que propiamente comporta los perjuicios que se reclaman en la demanda, debe señalarse que esos previsibles ingresos que la recurrente ha dejado de percibir por el pase a la situación de baja en su actividad profesional, evitando su carrera profesional, constituyen no una pérdida de oportunidad, que ya se descartó, sino un lucro cesante referido a las expectativas profesionales.

Reconducido el debate a las referidas expectativas, una jurisprudencia reiterada de este Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 7 de noviembre de 2014, dictada en el recurso 439/2012; ECLI:ES:TS:2014:4402) viene exigiendo que las meras expectativas no son indemnizables porque no constituyen, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32-2º de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, un "efectivo, evaluable económicamente e individualizado". No obstante, si se admite que cuando dichas expectativas han quedado acreditadas con un grado de efectividad suficiente, si deben incluirse en la determinación de la indemnización procedente.

Ahora bien, es cierto que esas expectativas vinculadas en el caso de autos a la vida profesional de la recurrente, en la forma que se expone en su demanda, pueden ser valoradas porque era previsible que, omitida la necesidad de cesar en su actividad profesional, el desarrollo de la vida profesional de la recurrente habría podido alcanzar esas expectativas; ahora bien, esa certeza no puede estimarse como absoluta porque no deja de ser una situación prospectiva sometida a la eventualidad que le es propia. Ahora bien, pretender, de una parte, imputar esa circunstancia a los hechos que impusieron esa exigencia del cese en su profesión a la actuación de la Administración carece de fundamento, de otra parte, esa situación ha sido ya apreciada, como con abundantes fundamentos se concluye en el informe emitido por el Consejo de Estado.

En efecto, debe señalarse que la imputación de la situación de la recurrente que comportó el pase a la situación de retiro se vincula a los hechos acontecidos originariamente en su primer destino que, en efecto, concluyeron con una condena penal. Pero precisamente por esa actuación previa penal, los eventuales daños, entonces ciertos y acreditados, fueron objeto de resarcimiento en dicha vía jurisdiccional. Los efectos que dichos actos comportaron no pueden ser tomados en consideración a los efectos indemnizatorios por el título de la responsabilidad reclamada sin que proceda, conforme se dispone en el artículo 121 del Código Penal, la duplicidad indemnizatoria que supondría integrar la responsabilidad ahora exigida con los efectos de aquellos luctuosos sucesos y ello sin perjuicio de la decisión en vía jurisdiccional que vinculó la situación de la recurrente, no propiamente a aquellos acontecimientos originarios, sino a la evolución de las propias circunstancias de la recurrente. Pero es que, además de lo expuesto, son precisamente esas expectativas las que han servido para que le fuera otorgada a la recurrente la pensión extraordinaria de retiro por inutilidad permanente para el servicio, con un incremento del 100 por 100 del haber regulador, compensación de esos daños a los que se ha de incrementar la cantidad ya reconocida por la Administración en la resolución impugnada.

Es decir, centrado el debate en la legalidad de la resolución impugnada en cuanto a la procedencia de que la indemnización deba fijarse en la concreta cantidad reclamada en la demanda, no existe argumento alguno de estricta legalidad que lo justifique y el recurso debe ser desestimado.

TERCERO. Costas procesales.

La desestimación íntegra del presente recurso contencioso-administrativo determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de las costas del mismo a la recurrente, si bien la Sala, haciendo uso



de las facultades reconocidas en el párrafo tercero del mencionado precepto y atendidas las circunstancias del caso, fija en cuatro mil euros (4.000 €), más IVA, la cantidad máxima a repercutir por todos los conceptos y para cada una de las partes recurridas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Martina , contra la resolución del Consejo de Ministros, adoptado en sesión de 21 de julio de 2020, mencionado en el primer fundamento, que se confirma, por estar ajustado al ordenamiento jurídico; con expresa imposición de las costas a la recurrente, hasta el límite señalado en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes , haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO