

Luis Martín Rebollo

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica

SUMARIO: I. EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS: CARACTERISTICAS GENERALES. II. EVOLUCION HISTORICA Y SITUACION ACTUAL. III. FINALIDADES Y POSTULADOS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PUBLICA EN ESPAÑA. LA RESPONSABILIDAD COMO ELEMENTO GARANTIZADOR Y COMO PIEZA ESENCIAL DE LA CONCEPCION CONSTITUCIONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS: UNA REFLEXION CRITICA. 1. Aspectos problemáticos y puntos de inflexión. 2. Tres ejemplos significativos. A) La responsabilidad como instrumento de control de la actividad administrativa: la STS de 2 de marzo de 1987. B) La responsabilidad por riesgo y el coste de la organizacion de los servicios: la STS de 27 de mayo de 1987. C) En los límites del sistema: la STS de 14 de junio de 1991. IV. ANALISIS DEL SISTEMA VIGENTE. 1. La responsabilidad objetiva. 2. El concepto de lesión resarcible. 3. La imputación y sus criterios. 4. La relación de causalidad. 5. Elementos y reglas de la reparación: la pretensión de una reparación integral. V. LA ACCION DE RESPONSABILIDAD Y LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS DIFERENTES VIAS JURISDICCIONALES DE EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD. 1. La vía administrativa y contencioso-administrativa antes de la Ley 30/1992. 2. La vía administrativa y contencioso-administrativa después de la Ley 30/1992. 3. La vía civil antes de la Ley 30/1992. 4. La vía civil después de la Ley 30/1992. 5. La vía penal antes y después de la Ley 30/1992. 7. Referencia a la acción de regreso.

I. EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS: CARACTERISTICAS GENERALES

El artículo 106.2 de la Constitución Española (CE) dispone:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en

cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.»

Las previsiones de este precepto constitucional que consagra la responsabilidad de las Administraciones Públicas en términos amplios y generosos traen causa de una regulación anterior: la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 1954 y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 1957, cuyos artículos 121 y siguientes y 40 y siguientes, respectivamente, inauguraron entre nosotros un sistema de responsabilidad objetiva de la Administración que la Constitución ratifica y que ha sido calificado por alguna jurisprudencia como «una de las más importantes conquistas del Estado de Derecho» (STS de 4 de julio de 1980, Arz. 3410).

La Constitución remite a la Ley la regulación concreta de ese régimen de responsabilidad. Y, hoy, esa regulación para *todas* las Administraciones Públicas se contiene en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LAP), desarrollada por el RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial.

Existe, pues, un régimen común al que apela el artículo 149.1.18.^a CE¹ a cuyo amparo se dictó, precisamente, la citada Ley 30/1992, que deroga en este punto a la legislación anterior, concretamente a la LRJAE. Los preceptos de la LEF no han sido formalmente derogados (los de su Reglamento lo fueron por el RD 429/1993), pero han de considerarse sustituidos por la LAP, salvo los artículos 121.2 y 123 LEF que son aún los únicos preceptos vigentes donde se contempla la responsabilidad de los concesionarios; cuestión que sorprendentemente no es abordada por la citada Ley 30/1992.

Sin descender por el momento a mayores detalles interesa desde el principio extraer y enunciar las principales características de ese régimen común de responsabilidad, que pueden sintetizarse así:

— Es un sistema *unitario* en cuanto rige para todas las Administraciones Públicas (la estatal, la autonómica, la local y la institucional).

— Constituye un régimen *general* en la medida en que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, y tanto por acción como por omisión.

¹ Según este artículo, «el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 18.^a Las bases del régimen jurídico (...) y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas».

— Se trata de un sistema *de responsabilidad directa*, de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades y funcionarios, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves.

— Es, sobre todo, un régimen *de carácter objetivo* que, por tanto, prescinde de la idea de culpa, por lo que no es preciso demostrar su existencia, sino únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trate.

— Y, finalmente, tiende a lograr una *reparación integral*.

Según ese régimen general las Administraciones Públicas responden de toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos que suponga un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; que sea imputable a una Administración Pública por el ejercicio de su actividad (imputación que puede ser tanto por el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos y que puede proceder, como ya he dicho, tanto de un hecho como de un acto administrativo), sin referencia alguna a la idea de culpa, siempre que medie una relación de causalidad entre el hecho o acto y el daño producido y se reclame en el plazo de un año. Sólo la fuerza mayor como evento imprevisible, externo y ajeno al servicio, probada por la Administración, exonera a ésta dándose las demás circunstancias.

En definitiva, como ha señalado el TS, sólo hace falta «una actividad administrativa —por acción u omisión—, un resultado dañoso y una relación de causa a efecto entre aquélla y éste, incumbiendo la prueba a quien reclama».

Pero no cualquier daño genera responsabilidad. Hace falta que aquél pueda calificarse como *lesión*, que es el daño producido al particular, «que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley», como dice hoy el artículo 141.1 LAP. Y ¿cuándo no existe la obligación de soportar un daño? La respuesta es categórica pero un tanto imprecisa: cuando no haya causas justificativas, legalmente previstas, que impongan el citado deber de tolerarlo.

Se comprende, pues, la afirmación inicial de que se trata de un sistema amplio y generoso que, a diferencia de los que están basados en criterios subjetivos, se apoya en el concepto de lesión, de modo que todos los problemas que en esos otros sistemas se estudian en torno a la caracterización de la culpa remiten en un sistema objetivo hacia ese impreciso concepto de lesión y hacia el más concreto de la relación de la causalidad.

Sobre todo ello volveremos después. Baste por el momento con esta caracterización general.

II. EVOLUCION HISTORICA Y SITUACION ACTUAL

El artículo 106.2 CE, como ya se ha dicho, no comporta novedades sustanciales respecto a la situación precedente. Más bien la reconoce, consolida y eleva al plano constitucional lo que tempranamente y con carácter avanzado estableció el artículo 121 LEF y generalizó luego el artículo 40 LJRAE; precedentes directos de la actual regulación contenida en la Ley 30/1992, que sustancialmente respeta y reproduce la normativa anterior.

Veamos, no obstante, de forma resumida, la evolución histórica reciente del instituto resarcitorio ².

1. La primera normativa específica del régimen de responsabilidad pública que rompe con los moldes del CC (arts. 1.902 y 1.903) ³ se produce en el ámbito de la Administración Local y trae causa de la Constitución republicana de 1931 que había incluido en su artículo 41 la siguiente previsión:

² Para la evolución histórica en términos más detallados, cfr. mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 27 y ss.

³ El artículo 1.902 CC, que se sustenta en la doctrina de la culpa, dice así:

«El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.»

Se prevé, pues, una responsabilidad subjetiva por actos propios.

Por su parte, el artículo 1.903 alude a la responsabilidad por hechos ajenos, es decir, la responsabilidad por los hechos de aquellas personas de quienes se debe responder: los padres respecto de los hijos, los tutores respecto de sus pupilos, los dueños de un establecimiento de los hechos de sus dependientes, los titulares de centros docentes de los daños causados por sus alumnos... El párrafo 5 de este artículo, antes de la reforma efectuada por la Ley 1/1991, de 7 de enero, señalaba que «*el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente correspondía la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior*».

La responsabilidad del Estado ex artículo 1.903 en estos casos obedecía al dato de la no integración del «agente especial» en la estructura orgánica de la Administración, de modo que cuando quienes causaban el daño fueran funcionarios la responsabilidad del Estado debía exigirse conforme a «*lo dispuesto en el artículo anterior*», es decir, no por hechos de terceros, sino por actos propios, dado que el funcionario se integraba orgánicamente en la Administración e imputaba sus actos a la persona jurídica a la que sirve.

Ese inciso hubiera podido, pues, fácilmente interpretarse como que en esos casos respondía el Estado asumiendo como propia la actividad dañosa del funcionario. No fue así, sin embargo. Y durante mucho tiempo se interpretó que en esos supuestos respondía directa y personalmente el funcionario en los términos de la Ley de Responsabilidad Civil de los Funcionarios de 5 de abril de 1904, y de su Reglamento de 23 de septiembre de 1904, que exigían tales requisitos (declaración previa de la existencia de infracción legal por parte del funcionario, reclamación por escrito de la observancia de los preceptos infringidos, demostración de culpa o negligencia graves) que la hacían inoperante y que, en cualquier caso, no consideraban la responsabilidad de la Administración, sino sólo la del funcionario. Todo ello, unido al hecho de que el supuesto del «agente especial» al que aludía el artículo 1.903 CC no era nada frecuente, hacía que la Administración resultara, en realidad, irresponsable.

De ahí que en el texto se diga que la normativa municipal de 1935, amparada en la Constitución de 1931, es la primera norma que rompe con este esquema del Código Civil.

«Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determina la ley.»

La Ley de Bases Municipal de 10 de julio de 1935 y su texto articulado, de 31 de octubre del mismo año, concretaron este precepto constitucional. La Base 25 y el artículo 209 de la Ley establecían:

«Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos.»

Las posibilidades de este precepto venían aminoradas por su párrafo segundo, que remitía a la Ley de 5 de abril de 1904, de responsabilidad civil de los funcionarios, con lo que la responsabilidad de los entes locales corría el riesgo de convertirse en responsabilidad del funcionario.

La Ley de 1935 no tuvo realmente aplicación por los trágicos acontecimientos posteriores, pero su significación estriba en que inspiró directamente la regulación de la Ley de Régimen Local de 1950, que constituye el primer texto a considerar.

La teoría de la responsabilidad se introduce, pues, por primera vez, en el ámbito local, aunque, como veremos a continuación, pronto fueron superados los concretos y limitados términos en que se expresaba.

2. Los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local de 1950-1955⁴ prácticamente reproducían, en efecto, la Ley de 1935 y constituyeron la primera regulación completa de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Su sistema respondía a un planteamiento de simple cobertura por parte de la Administración de los daños causados por la actuación de sus agentes.

El artículo 405 establecía:

«Las entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcio-

⁴ El Texto articulado de la Ley de Régimen Local es de 16 de diciembre de 1950 y trae causa de una Ley de Bases de 1945. Fue sustituido luego por una nueva versión que refundió el Texto de 1950 y una Ley de 1953. El Texto articulado (y refundido) resultante, de 24 de junio de 1955, no introdujo variación alguna en este punto.

narios o agentes en la esfera de sus atribuciones respectivas.
El daño habrá de ser efectivo, material e individualizado.»

Se partía, pues, de una distinción previa: que las entidades locales actuaran «como personas jurídicas de Derecho privado» (art. 406.2) ⁵, en cuyo caso se aplicaban los artículos 1.902 y 1.903 CC en los términos que precisaba el artículo 379 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico (ROF), de 17 de mayo de 1952 ⁶, o que actuaran como personas jurídico-públicas «en la esfera de sus atribuciones respectivas», en cuyo supuesto, como apuntaba el artículo 405, se establecía, a su vez, una diferenciación según que el daño hubiera sido causado por culpa o negligencia graves imputables personalmente a las autoridades o funcionarios en el ejercicio de sus cargos, o que no existiera tal culpa. En el primer caso, la entidad local sólo respondía subsidiariamente (art. 409) ⁷, previa declaración judicial de la infracción legal cometida y con posibilidad de acción de regreso contra el funcionario por parte de la Corporación (art. 410). Sólo en el segundo supuesto, esto es, cuando no existiera culpa o negligencia del funcionario, la entidad respondía directamente (art. 406.1) ⁸ siempre que el daño fuera «efectivo, material e individualizado» (art. 405). Sólo en este caso se podía hablar, pues, de responsabilidad directa de la Administración.

⁵ «2. Cuando las Corporaciones Locales actúen como personas jurídicas de Derecho privado serán aplicables los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.»

⁶ «1. Cuando la Entidad Local explote una industria o empresa como persona jurídica de Derecho privado le serán aplicables las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios.

2. En tales casos asumirá, respecto de los actos ejecutados por los empleados de dicha explotación, la calidad de dueño y patrono de la empresa a efectos de la responsabilidad que pudiera contraer por hechos ilícitos de esos agentes constitutivos de daños a las personas, a los bienes o a los derechos de tercero.

3. Contra el acuerdo denegatorio de la indemnización de daños y perjuicios sólo procederá la reclamación ante los tribunales en juicio ordinario.»

⁷ «1. La responsabilidad de las Entidades Locales será subsidiaria cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes, en el ejercicio de sus cargos.

2. Para ejercer en este caso la acción de daños y perjuicios será menester que la infracción legal haya sido declarada previamente en Sentencia firme.»

El artículo 377.2 ROF volvía a repetir lo establecido en la Ley, y en el párrafo 3 añadía: «Se entenderá que existe la culpa o negligencia graves cuando la resolución administrativa de la que dimanen los daños implique infracción manifiesta de las leyes.»

Por su parte, el artículo 378.3 del citado ROF articulaba la subsidiariedad prevista en la Ley en los siguientes términos: «Si después de ejecutada la Sentencia el particular no hubiese obtenido completo resarcimiento podrá solicitar del Tribunal que se haga efectiva la responsabilidad subsidiaria de la Administración.»

⁸ «1. La responsabilidad será directa:

1.º En materia contractual.

2.º Cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la entidad local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes.»

Así pues, en el orden sustantivo había una distinción de efectos prácticos muy importantes, ya que de ella dependía, en definitiva, que indemnizara la Administración directamente o que el dañado hubiera de dirigirse primero contra el funcionario culpable, obtener una Sentencia firme declarando la infracción cometida por aquél y lograr luego que respondiera la entidad local en caso de insolvencia del funcionario.

En el plano procesal la Ley distinguía entre «lesión de derechos administrativos» y «lesión de derechos civiles» (art. 407) para determinar la competencia de la jurisdicción contenciosa o la de la jurisdicción ordinaria, según una vieja distinción que estaba implícita en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888-1894 que, aunque modificada, estaba aún vigente ⁹.

3. La LEF vino pronto ¹⁰ a modificar las cosas de forma sustancial. Por de pronto se introduce la responsabilidad en el ámbito estatal, pero con planteamientos distintos a los de la normativa local y con pretensiones unificadoras, como explicitó el artículo 133.2 REF ¹¹.

La regulación de la LRL sufre así una modificación en sentido claramente ampliatorio.

En efecto, del artículo 121 LEF se deduce el *carácter directo* que tendrá *siempre* la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de las responsabilidades que ésta pueda exigir a sus funcionarios mediante la acción de regreso.

El planteamiento de que se parte es el de garantizar al perjudicado, que encontrará la cobertura de las Administraciones Públicas en todo momento, independientemente de que haya o no culpa o negligencia del funcionario, superándose así la dicotomía entre responsabilidad directa y subsidiaria. Se asume, pues, un criterio mucho más favorecedor para los afectados.

Se trata, además, de un principio general de *responsabilidad objetiva* (al margen, pues, de la idea de culpa o negligencia) que supera y deroga la LRL y que se plasma en los artículos 121 y 122 LEF.

El artículo 121 es explícito. Dice así:

«Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bie-

⁹ Sobre esta distinción y su origen, cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, «Unidad de jurisdicción para la Administración Pública», en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 49, 1966, pp. 143 y ss., y también del mismo autor, «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción», en *RAP*, núm. 42, 1963, p. 174.

¹⁰ No se olvide que el artículo 405 LRL procede, en realidad, no del Texto articulado y refundido de 24 de junio de 1955, sino de la articulación de la Ley de Bases de 1945 efectuada el 16 de diciembre de 1950, anterior, por tanto, a la LEF de 1954.

¹¹ «Las corporaciones locales y entidades institucionales quedan sometidas también a la responsabilidad que regula este capítulo», decía este artículo.

nes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.»

El artículo 122.1 LEF, por su parte, exigía que el daño fuera «efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

El Reglamento de esta Ley, por su parte, disipó las dudas planteadas en relación con los bienes que podían ser lesionados al admitir como indemnizable «toda lesión que los particulares sufran *en sus bienes y derechos* siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente» (art. 133.1), saliendo al paso de una posible interpretación estricta de la LEF, que sólo aludía a los bienes y derechos «*a que esta Ley se refiere*», esto es, los que podían ser objeto de expropiación según su artículo 1; interpretación que hubiera vedado la responsabilidad por pérdida de la vida, por daños a la integridad física y por otros perjuicios personales y morales, y que así se descarta ¹².

4. Desde el punto de vista jurisdiccional, la LEF mantenía la dualidad de jurisdicciones, pero esa dualidad no se basaba ya, como en la LRL, en el carácter del derecho lesionado, sino en las normas reguladoras de la actividad productora del daño ¹³.

Poco después, en 1956, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJ) rompió con ese sistema de dualidad jurisdiccional cuando en su artículo 3.b) extendió sin excepciones la competencia de dicha jurisdicción a «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», imponiendo así, en teoría, la unidad jurisdiccional en la materia.

Sin embargo, ese principio de unidad jurisdiccional duró poco. Al año siguiente, cuando la LRJAE reguló de nuevo el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración volvió a introducir el sistema de dualidad jurisdiccional en su artículo 41. En ese precepto se decía que «cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios y agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsa-

¹² Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª ed., facsímil de la de 1956, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 179 y ss. También J. LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración*, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 320 y ss., y L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 75 y ss.

¹³ Sobre el tema, particularmente, L. MARTÍN-RETORTILLO, «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción», cit., p. 177.

bilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».

Pero la LRJAE, como su propio nombre indicaba, sólo era aplicable a la Administración del Estado, de modo que para las Administraciones Locales seguía vigente, en teoría, el criterio unitario del artículo 3.b) LJ. Digo en teoría porque en la práctica, y a pesar de los datos normativos, los tribunales civiles seguían conociendo de pretensiones dirigidas contra los entes locales, instaurándose así, *contra legem*, un sistema de libre opción en favor del perjudicado que no era el previsto por el legislador¹⁴.

Ese teórico sistema de unidad para las Corporaciones locales duró hasta 1985, con la entrada en vigor de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), cuyo artículo 54, al aludir al régimen de la responsabilidad de las entidades locales, remitió en todo a la legislación general aplicable a la Administración del Estado, esto es, a la LEF y a la LRJAE, y, con ello, se volvía a dar entrada a la dualidad jurisdiccional.

5. La LRJAE de 1957, que ha sido la norma vigente hasta 1992, vendría, en efecto, a incidir en el tema de la responsabilidad tanto en sus aspectos sustantivos como en los procesales, ya que el artículo 41, como se ha dicho, quebró para el Estado la unidad jurisdiccional consagrada en el artículo 3.b) LJ, trastocando el sistema unitario en términos tan ambiguos como insuficientemente valorados¹⁵.

El artículo 40 LRJAE regulaba la responsabilidad de la Administración en los siguientes términos:

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

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

¹⁴ Así lo ha demostrado F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 52.

¹⁵ Sobre el tema, por todos, L. MARTÍN-RETORTILLO, «Responsabilidad patrimonial...», cit., pp. 183 y ss. También M. CLAVERO ARÉVALO, «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», en *RAP*, núm. 66, 1971, pp. 89 y ss. (hoy en el volumen recopilativo *Estudios de Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 229 y ss.); J. GONZÁLEZ PÉREZ, «Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y unidad de jurisdicción», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 496, 1973, pp. 566 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español», en el volumen *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del s. XX. Homenaje al prof. Sayagüés-Laso*, vol. IV, IEAL, Madrid, 1969, pp. 902 y ss. (también en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 7).

Por su parte, el artículo 41, más atrás citado, preveía que cuando el Estado actuara en relaciones de Derecho privado respondía por los daños causados por sus autoridades y funcionarios, «considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración», pero esa responsabilidad sería exigida ante los Tribunales ordinarios. Y había que entender también que conforme a las reglas sustantivas civiles.

Desde el punto de vista sustantivo la fórmula de la LRJAE mejoraba el texto de la LEF, incluía la referencia a la fuerza mayor como causa de exoneración y eliminaba la alusión a los actos discrecionales, que, a partir de la LJ, también eran recurribles. De ahí que el artículo 40 dijera sólo que también procede la responsabilidad por lesiones derivadas «de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa», pero ya no aludía, como hacía el artículo 121 la LEF, a los daños derivados «de la adopción de medidas [de carácter discrecional] no fiscalizables en vía contenciosa», porque, como digo, los actos discrecionales ya eran entonces recurribles.

Sólo en un punto podía pensarse que la LRJAE daba un paso atrás en relación a la LEF: en el cómputo del plazo del año para reclamar (en realidad, para pedir la indemnización y forzar así el acto que luego será objeto de recurso); plazo que la LEF califica de «prescripción» (art. 122.2) y que la LRJAE parece considerar de «caducidad» (art. 40.3). La práctica jurisprudencial terminó por aplicar de hecho la primera calificación al interpretar los plazos de manera notoriamente flexible o al admitir su interrupción cuando pendía un proceso penal¹⁶.

¹⁶ El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA defendió muy pronto la tesis de que «se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad», citando la Sentencia de 1 de julio de 1961 y la posición de algún dictamen del Consejo de Estado. Se basaba para ello en la identidad con el plazo del artículo 1.968 CC que prevé el de prescripción de las acciones de responsabilidad derivadas del artículo 1.902 CC. Cfr. «La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español», *cit.*, p. 901, y también en el «Prólogo» al libro de J. LEGUINA *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 19, por nota. Véase, igualmente, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo, ¿prescripción o caducidad?», en *RAP*, núm. 58, 1969, pp. 185 y ss.

La jurisprudencia comenzó también en seguida a mostrarse cercana a la consideración de los plazos como de prescripción, tanto en relación con la responsabilidad de la Administración Local (donde el tema estaba claro a tenor del art. 122.2 LEF) como con la de la Administración del Estado. Así, por ejemplo, ya una Sentencia de 7 de junio de 1967 (Arz. 3117) interpreta el cómputo del plazo desde el instante en que puede conocerse el daño y no desde que se produjo. Y otras muchas, cuando pendía un proceso penal, autorizan el cómputo del plazo para reclamar la indemnización a la Administración desde la notificación de la sentencia penal y no desde los hechos. Con posterioridad, esa línea jurisprudencial se afianza hasta llegar a afirmar, sin ambages, el plazo de prescripción. Así, a título de ejemplo, SSTs de 6 de marzo de 1979 (Arz. 1071), 5 de febrero de 1980 (Arz. 582), 26 de febrero de 1982 (Arz. 1689), 18 de julio de 1983 (Arz. 4065), 6 de febrero de 1984 (Arz. 1749), 22 de noviembre de 1985 (Arz. 477 de 1986), 3 de febrero de 1986 (Arz. 893)..., entre otras muchas.

6. La evolución de las normas reguladoras de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en un período muy corto de tiempo —el que media entre la LRL de 1950 y la LRJAE de 1957— planteó un problema de vigencias en relación con la normativa aplicable a las entidades locales, que no fue solventado unánimemente por la jurisprudencia, aunque, como he tratado de demostrar en otro lugar¹⁷, la derogación de la LRL por la LEF no ofrecía duda alguna. El carácter institucional de la LEF, su aprobación posterior al primer texto de la LRL, su confesado intento de establecer un régimen unitario y el dictado del artículo 133.2 de su Reglamento eran argumentos contundentes que terminaron por aceptarse pacíficamente, pero que hasta bien entrada la década de los años setenta fueron puestos en duda por alguna jurisprudencia¹⁸.

Y, sin embargo, no era ésta una cuestión exclusivamente académica por las importantes diferencias que, tanto desde el plano sustantivo como procesal, existían entre una norma y otra. No era lo mismo, en efecto, la aplicación de la LRL (que implicaba la aceptación de una responsabilidad no siempre directa, con la exigencia del daño como «material», lo que excluía los daños morales, y con dualidad jurisdiccional) que la de la LEF (que predica en todos los casos una responsabilidad objetiva y directa, que permite la inclusión de los daños morales y corporales y que, después de la LJ, excluía la dualidad jurisdiccional).

Tampoco era lo mismo en el orden procesal que se aplicara a las Corporaciones Locales la LRJAE, que consolida la dualidad jurisdiccional al derogar, pero sólo para la Administración del Estado, el artículo 3.b) LJ.

Así pues, la normativa vigente para las Corporaciones Locales era la LEF. Pero no la LRJAE, que se refería sólo a la Administración del Estado. Las diferencias entre ambas Leyes en este tema —si se prescinde de la cuestión de la dualidad jurisdiccional— eran mínimas, de modo que ambos textos configuraron el bloque normativo unitario de la responsabilidad que podía entenderse aplicable a todas las Administraciones Públicas.

La LRBRL de 1985 solventó las pequeñas diferencias existentes entre la LEF y la LRJAE al establecer en su artículo 54 que la responsabilidad de las entidades locales se regulara «en los términos establecidos en la legislación general sobre la responsabilidad administrativa». Remisión en bloque, pues, a la LRJAE que tuvo como consecuencia también la desaparición de la unidad jurisdiccional, que, como ya se ha dicho, seguía teóricamente vigente para las entidades locales, dado

¹⁷ Cfr. mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, cit., pp. 126 y ss.

¹⁸ Una muestra de esta jurisprudencia en mi ya citado libro *La responsabilidad...*, cit., pp. 132 y ss.

que les era aplicable el artículo 3.*b*) LJ, pero hasta 1985 no el artículo 41 LRJAE.

7. Esta era, en síntesis, la situación en 1978 cuando la CE aborda el tema de la responsabilidad en los artículos 106.2 y 149.1.18.^a

La normativa aplicable era, con carácter general, la LRJAE completada por la LEF, donde se regulaba y aún se regula hoy la responsabilidad de los concesionarios. Ambas normas constituían un bloque normativo con vocación de aplicación conjunta y unitaria, fundadas como estaban en los mismos principios garantizadores que inauguró la LEF y que reprodujo y mejoró después la LRJAE.

De hecho, pues, antes de la Constitución se había producido la unificación del régimen de la responsabilidad para todas las Administraciones Públicas; un régimen cuyas características generales ya se han apuntado, pero que, en síntesis, suponían una responsabilidad objetiva y directa de la Administración, sin perjuicio de la posibilidad de que ésta ejerciera la acción de regreso cuando el daño se producía mediante culpa o negligencia graves de una concreta autoridad o funcionario.

Esa normativa es la que ha sido sustituida por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, salvo, como digo, lo referente a la responsabilidad de los concesionarios que sigue regulado por la LEF.

La LAP, sin embargo, aunque incorpora novedades, no introduce muchos cambios sustanciales. Sus artículos 139 a 144, en efecto, reproducen el sistema anterior con escasas variaciones.

El artículo 139, que inicia el Capítulo correspondiente a la responsabilidad, reitera el ya citado artículo 40 LRJAE sin más diferencias que aludir a «las Administraciones Públicas» allí donde la LRJAE se refería sólo al Estado, remitir la regulación de la responsabilidad del Estado-Juez a la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 292 y ss.) y mencionar la posibilidad de responsabilidad por actos legislativos, aunque sólo cuando así se establezca en dichos actos. Dice así el artículo 139:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

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

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan la obligación de

soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

El artículo 141.1 define el concepto de lesión como el daño que el particular «no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

El artículo 142 prevé el procedimiento de exigencia de la responsabilidad, que se iniciará de oficio o a instancia de parte, estableciendo un plazo de prescripción de un año; plazo que comenzará a contar desde el hecho o acto que motive la reclamación o desde que se manifieste su efecto lesivo, salvo cuando se trate de daños personales en que el plazo empezará a contarse desde la curación o la determinación de las secuelas. Si el daño procede de actos que sean anulados por los tribunales, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse dictado la Sentencia definitiva que anule dicho acto.

Por fin, el artículo 143 menciona un procedimiento abreviado, que desarrolla el RD 429/1993, para los casos en que los requisitos de la responsabilidad consten de modo inequívoco.

Entre las novedades que incorpora la nueva Ley 30/1992 destacan las siguientes:

a) La previsión expresa del artículo 140 de la responsabilidad solidaria cuando el daño dimanase de la acción concurrente de varias Administraciones¹⁹, aunque en puridad no se cambia con ello la situación anterior.

b) El establecimiento de pautas o criterios de valoración del daño, remitiendo a la normativa de expropiación forzosa, a la legislación fiscal o a la que resulte aplicable, y aludiendo a la ponderación, en su caso, con las valoraciones predominantes en el mercado (art. 141.2)²⁰.

c) La previsión de que la indemnización se calcule «con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo», sin perjuicio del pago de los correspondientes intereses de demora, de acuerdo con lo previsto en la Ley General Presupuestaria (art. 141.3).

d) La posibilidad de sustituir la indemnización por compensaciones en especie o de abonar aquélla mediante pagos periódicos «cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga

¹⁹ «Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas se deriven responsabilidades en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones Públicas responderán de forma solidaria», dice el citado artículo 140.

²⁰ «2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.»

al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado» (art. 141.4).

e) La previsión de un procedimiento abreviado, que regula el artículo 143, «cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización».

f) Y, sobre todo, la pretensión de volver a la unidad jurisdiccional, fugazmente vigente tras el ya citado artículo 3.b) LJ, puesto que incluso cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado su responsabilidad deberá exigirse ahora conforme a la regulación de la LAP (art. 144)²¹, esto es, previa petición del interesado que deberá resolver la Administración. Esa resolución pone fin a la vía administrativa «cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive» la responsabilidad y podrá recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 142.6). El éxito de esta última previsión habrá de ser juzgado con la perspectiva de la práctica, habida cuenta lo que más atrás se ha dicho sobre la actividad de los tribunales civiles bajo la teórica unidad jurisdiccional que existía para los entes locales en virtud del artículo 3.b) LJ y hasta la LRBR de 1985.

Subsiste, no obstante, el problema de saber cuál es el régimen sustantivo en estos casos y, también, si la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad es aplicable a *todos* los entes de Derecho público, puesto que según el artículo 2.2 LAP estas entidades tienen la consideración de Administración Pública, pero sólo sujetan su actividad a la nueva Ley «cuando ejerzan potestades administrativas», sometiéndose en lo demás a lo que dispongan sus normas de creación; normas que con frecuencia suelen aludir a la aplicación del Derecho privado. Sobre ello volveremos después.

g) Otras novedades y, sobre todo, problemas que surgen tras la nueva Ley se analizarán más adelante al hilo del estudio del procedimiento de exigencia de la responsabilidad.

8. Bajo la cobertura legal de la normativa anterior a la Ley 30/1992, esto es, la LEF y la LRJAE, se ha movido la experiencia jurisprudencial que, como no podía ser de otra manera, ofrece un gran casuismo. Se trata de una jurisprudencia suficientemente amplia y dilatada como para poder observarla con perspectiva: desde las frecuentes desestimaciones de los primeros años sesenta hasta las nada infre-

²¹ «Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda.» Es decir, conforme al procedimiento ordinario o abreviado que prevé la Ley.

cuentas condenas a las Administraciones Públicas en la actualidad.

Una jurisprudencia que, con altibajos, ha llevado el principio de responsabilidad a numerosos sectores. Los accidentes causados por el mal estado de las carreteras debidos a baches existentes en la calzada o a una deficiente señalización, los derivados de atropellos por vehículos públicos o por la caída de árboles, los deterioros ocasionados por el desbordamiento de arroyos a causa de deficiencias o falta de limpieza de las alcantarillas o de la inexistencia de obras de encauzamiento, los perjuicios que ocasiona la orden de cierre de un establecimiento, el derribo de un edificio declarado ilegal, la licencia revocada, la declaración de ruina posteriormente anulada, los daños producidos a causa de la acción —incluso correcta— de los bomberos, las lesiones o muertes derivadas de las actuaciones policiales o por maniobras militares, la explosión de las cañerías del gas, el derrumbamiento de un local o edificio público, la electrocución de un recluso al manejar una máquina o de un niño al tocar una instalación eléctrica defectuosa del alumbrado público, los daños derivados de la contaminación de las aguas de un río por vertidos sin depurar, la muerte y los daños producidos por la marea negra al haber encallado un petrolero como consecuencia de la falta de señalización de una carta marítima... son ejemplos, entre otros muchos, sacados al azar de los repertorios jurisprudenciales de los últimos años.

Se trata, en general, de una jurisprudencia interesante y globalmente positiva por más que algún autor la haya calificado de irreal, en la medida en que llegan pocos casos a los tribunales y porque plantea algunas cuestiones generales no tan teóricas como pudiera pensarse sobre las que conviene ahora reflexionar mínimamente.

III. FINALIDADES Y POSTULADOS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PUBLICA EN ESPAÑA. LA RESPONSABILIDAD COMO ELEMENTO GARANTIZADOR Y COMO PIEZA ESENCIAL DE LA CONCEPCION CONSTITUCIONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS: UNA REFLEXION CRITICA

El tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. En la clásica formulación liberal de M. HAURIOU, en efecto, la responsabilidad del Estado aparece, junto con el contencioso, como uno de los pilares del Derecho administrativo, concebido éste como un Derecho garantizador de las posibles extralimitaciones del Poder. La responsabilidad, así, protege al individuo frente a los da-

ños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan.

Dando por sentado este punto de vista creo que es posible adoptar *también* la perspectiva de la posición constitucional de las Administraciones Públicas para afirmar que la responsabilidad patrimonial está en el mismo centro de esa concepción como derivación esencial de la cláusula del Estado social de Derecho que luce en el pórtico de nuestra Constitución. Derivación de la cláusula del Estado social que conlleva o puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho.

A partir de este planteamiento, que no es incompatible, antes al contrario, con el criterio garantizador tradicional, me parece que se pueden abordar algunos de los problemas que tanto desde el plano ideológico como técnico plantea hoy el instituto de la responsabilidad pública.

Para afrontar esta cuestión conviene, antes de nada, enmarcarla en los postulados constitucionales.

La Constitución contempla en cuatro artículos el tema que nos ocupa.

En el Título Preliminar se establece genéricamente, junto al principio de interdicción de la arbitrariedad, el de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3) como contrapartida inexcusable de la llamada a la acción de esos poderes que el propio artículo 9, en su párrafo 2, contempla.

Esta previsión genérica es desarrollada de manera más pormenorizada en el Título V, donde el artículo 106.2, como ya nos consta, condensa la doctrina tradicional de la responsabilidad. Una doctrina que debe aplicarse igualitariamente para todas las Administraciones Públicas, como señala el tercer precepto en el que se habla de la responsabilidad: el artículo 149.1.18.^a En su virtud, el sistema de responsabilidad será único, correspondiendo al Estado su regulación sustancial.

Finalmente, y como última referencia constitucional aunque ya no en el ámbito de las Administraciones Públicas, el artículo 121 consagra la responsabilidad del Estado por los errores judiciales y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, han desarrollado en unos términos que no podemos abordar ahora ²².

²² Véase, antes de la LOPJ, mi libro *Jueces y responsabilidad del Estado (el art. 121 de la Constitución)*, CEC, Madrid, 1983, y después, entre una ya abundante bibliografía, por todos, J. M.^a REYES MONTERREAL, *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Madrid, 1987; J. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, 1988; A. AROZAMENA LASO, «La respon-

Hecho este breve panorama constitucional, hay que volver al principio. He dicho antes que el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas está en el centro de la concepción constitucional de éstas. Para entender cabalmente esta afirmación hay que referirse, siquiera sea brevemente, al papel de la Administración en el contexto constitucional.

¿Cuál es el papel de la Administración, de las Administraciones Públicas? ²³. A ellas les corresponde, como claramente afirma el artículo 103.1 CE, servir «con objetividad los intereses generales» y actuar «de acuerdo con los principios de eficacia... y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Dicho de otra manera a la Administración le incumbe aplicar, cumplir y hacer cumplir las leyes y actuar los fines constitucionales, para lo que unas veces se requiere su abstención pero muchas otras su intervención, su actividad, su buen funcionamiento.

Muchos preceptos constitucionales remiten, en efecto, a la acción de las Administraciones Públicas y su presencia cotidiana es un fenómeno común a todos los países. Podrá discutirse políticamente la amplitud de esa presencia, pero no su propia existencia porque en mayor o menor medida es un fenómeno inevitable y, además, una exigencia en los Estados que a sí mismos se califican de «sociales». Lo verdaderamente importante es que la Administración sea efectivamente un instrumento de la sociedad al servicio de los intereses generales, como dice el artículo 103 CE, y no caiga en la permanente tentación de erigirse en un fin en sí misma.

Tenemos, pues, unas Administraciones reguladas por unas normas que les otorgan importantes privilegios para su tarea transformadora, pero que las deben someter también a controles y a criterios garantizados como correlato indispensable de esa presencia pública en la vida social. El Derecho administrativo no es, así, un simple arbitrio técnico, sino la piedra de toque de la Constitución y el lugar donde se plasman concretamente los grandes principios constitucionales.

Pues bien, si es en la actividad de las Administraciones Públicas donde se juega la efectividad de los postulados constitucionales, corresponde al Derecho público, en su doble vertiente de instrumento garantizador de los ciudadanos y herramienta del poder, esbozar técnicas que tiendan a facilitar el cumplimiento de los fines de aquéllas. Estos consisten, en primer lugar, en potenciar la eficacia, en lograr la correcta prestación de los servicios que las Administraciones Públicas

sabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: el supuesto de prisión preventiva», en *Actualidad Penal*, núm. 34, 1988; I. DIEZ PICAZO, *Poder judicial y responsabilidad*, Madrid, 1990.

²³ Retomo aquí planteamientos ya expuestos en mi libro *Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonómico*, Universidad de Cantabria-Asamblea Regional, Santander, 1989, pp. 42 y ss.

gestionan. Al ciudadano, en efecto, le interesa el buen funcionamiento, la buena gestión, la calidad, la rapidez, la agilidad, el servicio. Sólo en última instancia le interesa lo patológico, el recurso, la garantía. Pero la garantía debe estar prevista porque la eficacia no puede, no debe intentarse lograr a cualquier precio y, desde luego, no a costa del control ²⁴.

Eficacia y control son, pues, a mi juicio, los dos pilares constitucionales derivados del artículo 103.1 CE. Convertir estos principios en fórmulas precisas es labor de la Administración y de los Tribunales, del Derecho administrativo en definitiva; un Derecho que encuentra mejores armas de su arsenal técnico para propiciar el control que para garantizar la eficacia. Pero a veces se olvida que la eficacia depende *también* de los sistemas de control.

Sentado que lo decisivo es la calidad y el servicio, lo que después interesa, como digo, es que esa Administración sea responsable en el sentido de que pague un precio por los errores y daños producidos. Ese precio es, en primer lugar, el de ver anulados sus actos y, luego, el de ser condenada a indemnizar si con su actuación ha causado daños a terceros.

El contencioso-administrativo y la responsabilidad patrimonial juegan así ese papel de control y garantía, pero, al mismo tiempo, coadyuvan a la eficacia porque enseñan, en primer lugar, a cómo no debe actuar la Administración si quiere conseguir tales o cuales objetivos e influyen, o deberían influir, en el modo de actuación futuro que evite el daño y, en consecuencia, el tener que pagar una indemnización.

La responsabilidad como institución así entendida no debe ser mirada primariamente como un freno a la actividad pública, sino como un elemento de orden del sistema, un instrumento para configurar y modular aquella actuación, una pieza esencial de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos, un principio constitucional, en suma.

²⁴ Este es un tema esencial en torno al cual circulan diversas posiciones acerca de otra cuestión vinculada al mismo: la de la utilización del Derecho privado por parte de las Administraciones Públicas. Ambas cuestiones, íntimamente relacionadas, han sido objeto reciente de estudios, debates y polémicas que aquí no puedo reflejar. Véanse, no obstante, las breves reflexiones de mi trabajo «La Administración de garantías: vigencia y limitaciones», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992, pp. 31 y ss. Y entre los últimos trabajos publicados, aun con distinta orientación, L. ORTEGA, «El reto dogmático del principio de eficacia», en *RAP*, núm. 133, 1994, pp. 7 y ss.; S. DEL SAZ, «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en la misma revista, pp. 57 y ss.; G. ARIÑO (con la colaboración de L. LÓPEZ DE CASTRO), *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la Historia o la antitesis del Estado de Derecho*, Fundación BBV, Bilbao, 1994. Los dos últimos con referencia a prácticamente toda la bibliografía que se ha ocupado hasta ahora del tema.

1. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y PUNTOS DE INFLEXIÓN

La responsabilidad de las Administraciones Públicas constituye ciertamente un sistema de garantía que se fundamenta en un criterio de solidaridad social, según el cual los daños generados por la acción de los poderes públicos no deben pivotar azarosamente sobre los patrimonios privados de quienes se ven afectados por esa actividad. Es decir, los efectos perjudiciales indirectos de una actividad dirigida a lograr beneficios colectivos y a actuar intereses sociales deben ser asumidos igualmente por toda la colectividad.

Pero ése no es el *único* modo de observar la problemática de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Sin perder el punto de vista garantizador es posible adoptar también la óptica de la gestión de los servicios. Porque la responsabilidad desde sus fundamentos constitucionales *es también un principio de orden* de la propia Administración a la que contribuye a modelar, pues obliga a tener en cuenta las consecuencias patrimoniales de la mala o incorrecta actuación. Y, en ese sentido, sirve igualmente al principio constitucional de la eficacia, se coloca, como he dicho, en el quicio de la propia concepción constitucional de las Administraciones Públicas.

Es obvio que la primera función de la responsabilidad consiste en reparar un perjuicio. Aunque pueda haber responsabilidad sin culpa, no hay, de hecho, responsabilidad sin perjuicio. La responsabilidad es, pues, en primer lugar, una institución que tiene por finalidad compensar un daño injusto imputable a la Administración. Pero ya he dicho que la responsabilidad es también un elemento de orden de la propia Administración a la que contribuye a modelar. Porque la responsabilidad refleja y condiciona —o, mejor dicho, debe condicionar— el modo concreto de organización y actuación futura de la Administración. El juez, al enfrentarse al más común supuesto del funcionamiento anormal, tiene a la vista, en hipótesis, a la Administración no como es sino *como debería ser* y, al condenar a indemnizar daños causados por una incorrecta actuación, influye o debería influir en el modo ulterior de gestionar.

De ahí la importancia de tres precisiones básicas: *a)* Una, la necesidad de que al juez se le proporcione desde el legislador pautas sobre cómo debe ser la Administración, porque si no, en ausencia de esos criterios o principios legales, los sustituirá por sus propios y personales criterios. Precisión que apunta, pues, a la forma de legislar. *b)* Dos, que para que la responsabilidad cumpla adecuadamente ese papel profiláctico su régimen y regulación no debe depender de las formas organizativas, de régimen o de personificación, que adopten las Administraciones Públicas, ni debe significar condenas meramente simbóli-

cas. c) Y tres, que ello conduce a poner el acento en el llamado funcionamiento anormal de la Administración, esto es, en la incorrecta o tardía actividad administrativa debida, tanto si ese funcionamiento anormal es debido a una culpa personal como si resulta atribuible a una anónima y genérica «culpa» de la organización o del servicio no imputable personalmente a nadie. Acento, pues, en el funcionamiento anormal mucho más que en el funcionamiento normal que obedecería a otras pautas más cercanas a la asistencia social y que, por consiguiente, tendría en los límites del Estado social su propia limitación económica y legal, y que sólo por un ambiguo y quizá no suficientemente debatido convencionalismo cabría ubicar en el concreto tema de la responsabilidad.

Porque la responsabilidad desemboca en el pago de una indemnización y esa perecuación financiera aparece como el sustituto de la buena gestión cuando se han causado daños. Al menos, como digo, en todos los supuestos de responsabilidad con «culpa», aunque sea anónima. Y si la condena no es significativa, esto es, si el coste no es excesivo, puede suceder fácilmente que se acepte pagar... a cambio de no tener que cambiar las pautas de conducta, el modo de actuar, la manera de gestionar o de organizar el servicio ²⁵.

Y es aquí donde se manifiesta la función más profunda de la responsabilidad pública en el Estado social de Derecho porque se coloca en el centro de la concepción constitucional de las Administraciones Públicas, aparece como un correlato de la eficacia, se yergue como un pilar fundamental del Derecho público.

La responsabilidad, pues, por encima de sus no siempre brillantes concreciones jurisprudenciales, apunta al corazón mismo de las dimensiones del Estado, a las pautas de calidad en la prestación de los servicios, a las exigencias del buen funcionamiento. De ahí que un sistema muy amplio de responsabilidad presuponga un estándar alto de calidad de los servicios y cuando eso no sucede así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo efectivamente irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias. Un sistema amplio de responsabilidad a partir de estándares mediocres de funcionamiento de los servicios públicos se diluye en condenas a ojo, sin reglas fijas, y casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes legales sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva de cada juez si éste no tiene, como digo, parámetro legal que señale cuál es el nivel,

²⁵ Cfr. en este sentido también A. DEMICHEL, *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, LGDJ, París, 1978, pp. 156 y ss.

la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo sobre cómo debe ser la Administración. Un elemento comparativo que bien podría venir precisado en las llamadas «cartas de servicios», que constituyen un elemento importante a estos efectos y a los más amplios de otro tipo de «responsabilidades» y de percepción ciudadana.

En esas circunstancias el resultado puede ser muy dispar. De ahí el casuismo que impregna todo el sistema. Porque resulta que si el juez pone idealmente el elemento comparativo presuponiendo un estándar alto de calidad en el funcionamiento medio de los servicios, los supuestos de responsabilidad se amplían, pues todo funcionamiento por debajo de ese nivel óptimo —e irreal— implicaría un «funcionamiento anormal» cuyos daños serían siempre indemnizables. Mientras que si la comparación se hace a partir del presupuesto de un funcionamiento medio de los servicios muy bajo sucedería lo contrario: los supuestos de responsabilidad se reducirían porque por encima de ese estándar medio no existiría un «funcionamiento anormal». He ahí también una razón para poner el acento en este preciso tipo de imputación.

Estos son, sucintamente expuestos, algunos elementos de reflexión sobre el necesario equilibrio entre el sistema de responsabilidad, las posibilidades de gestión, las dimensiones de lo público, sus pautas de calidad y el propio sistema económico y financiero, que invitan a recapacitar —y no sólo a los juristas— sobre las implicaciones de algunas previsiones normativas. Entre ellas, quizá, la propia amplitud del sistema que, yendo mucho más allá del funcionamiento anormal, extiende su cobertura a los más evanescentes supuestos del funcionamiento normal donde no es posible establecer pautas como las apuntadas en los párrafos anteriores y puede convertir, en ocasiones, el régimen de la responsabilidad pública en planteamientos cercanos a la asistencia social universal con el correlato de que, o no se aplica con todas sus consecuencias, o, de aplicarse en su integridad, puede cuestionar sus propios condicionantes económicos.

El artículo 106.2 CE supuso un potenciamiento de la responsabilidad al elevar la previsión al máximo rango normativo. Así lo ha entendido la jurisprudencia, que califica la institución como «una de las más importantes conquistas del Estado de Derecho» y que ha realzado también el papel central que el artículo 106.2 CE desempeña en la configuración de las Administraciones Públicas y como garantía de los ciudadanos. Porque, como afirman algunas Sentencias reproduciendo la Exposición de Motivos de la vieja LRJAE, «todo lo que robustezca el principio de responsabilidad viene a consolidar el *prestigio y eficacia* de la Administración y la leal colaboración de los administrados».

Pero ello no quiere decir que no existan problemas y opciones que se enmarcan indirectamente en este tema. Porque si la responsabilidad

incide en la gestión de los servicios, si supone incorporar ese dato a sus costes, si debe estar en relación con las dimensiones del sistema financiero, si tiene una proyección política, a lo mejor es necesario optar. Y esa opción es, naturalmente, política.

A lo mejor es necesario plantearse las dimensiones del Estado, la finalidad de su intervención, la política funcionarial, los modos de gestión, la activación de la acción de regreso, hoy prácticamente inédita, al primar un sistema objetivo de responsabilidad que garantiza al dañado pero hace impune a la autoridad o funcionario, incluso cuando éstos son los causantes identificados del daño, contribuyendo así a la perpetuación de las mismas prácticas que originaron la lesión...

Acaso convenga aflorar algunas contradicciones e introducir coherencia en la actuación administrativa y en las demandas ciudadanas de modo que no se les pida a los Poderes públicos abstenerse de vigilar y controlar la actividad de la llamada sociedad civil cuando ésta funciona adecuadamente y, al mismo tiempo, solicitar la ayuda o la responsabilidad por omisión cuando se producen daños derivados de esa misma actividad autónoma.

A lo mejor, en fin, es preciso, según ya se ha apuntado, incidir en el criterio de la culpa, aunque sea anónima, como elemento determinante. Quizá ello facilitaría la fijación de principios y estándares legales mínimos sobre muchos servicios, cambiando así la manera de legislar y pasando de un Parlamento que «habilita» a la Administración para actuar a un Legislativo que «obliga» y fija esas pautas o criterios mínimos de actuación. Seguramente hay que introducir un elemento de índole patrimonial a tener en cuenta a la hora de implantar un servicio y considerar la eventual responsabilidad como un coste financiero previsto y calculable...

Porque lo que no debe caber es el riesgo de hipertrofiar el sistema si se pretende endosar a los Poderes públicos cualesquiera consecuencias negativas de su acción u omisión. Aunque debe tenerse en cuenta que carecemos de datos fidedignos de lo que la responsabilidad representa en términos económicos²⁶, lo que podría dar una idea de la realidad y verdadera dimensión del sistema.

Hay, pues, en todo sistema de responsabilidad elementos políticos que, aunque no sean explícitos, conviene no perder de vista para adecuar el mecanismo previsto a los fines que efectivamente se pretenden y que son, como he dicho, unos, de carácter garantizador para los ciudadanos afectados, pero otros, elementos de orden de la propia Ad-

²⁶ Al final de este mismo número se incluyen unos cuantos datos que, como allí se dice, no son sino meras aproximaciones, porque faltan los más importantes, los derivados del conjunto de condenas efectuadas por los tribunales.

ministración y, por eso, desde ese punto de vista, también garantizadores para el conjunto de los ciudadanos.

Porque, en definitiva, el principio de responsabilidad viene a ser el precio de unas políticas y de unas actuaciones administrativas si éstas resultan disfuncionales, improvisadas o ajenas a las previsiones del Ordenamiento. De ahí el significado central de la responsabilidad en la concepción constitucional de unas Administraciones Públicas que deben servir con objetividad los intereses generales, sometidas siempre a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), y que, por eso mismo y por las consecuencias patrimoniales que de su acción se derivan, han de rodear sus decisiones políticas, administrativas y de gestión no sólo de garantías de eficacia, acierto y oportunidad, sino también de legalidad.

2. TRES EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS

Para ilustrar algunas de estas reflexiones quiero aludir, finalmente, a tres ejemplos especialmente significativos.

A) *La responsabilidad como instrumento de control de la actividad administrativa: la STS de 2 de marzo de 1987*

El primer caso apunta a ese papel de control que la responsabilidad puede jugar respecto de la actividad de la Administración al que antes me refería. Se contempla en la STS de 2 de marzo de 1987 (Arz. 3454).

Se trataba de una reclamación dirigida al Ayuntamiento de Madrid solicitando indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a los recurrentes, todos ellos comerciantes, como consecuencia de las obras de construcción de un aparcamiento subterráneo en la calle Marqués de Urquijo. El Ayuntamiento desestima la petición y contra ese acto recurren los perjudicados que obtienen en la Audiencia una Sentencia parcialmente favorable, ratificada por el Tribunal Supremo.

Las obras comenzaron en agosto de 1975 y en el pliego de condiciones se preveía una duración de nueve meses. Sin embargo, no terminaron hasta diciembre de 1976 porque la concesionaria no pudo llevar a cabo el replanteo hasta marzo de 1976, debido a la presencia de los servicios urbanos de gas, teléfonos, energía eléctrica, etc., que debían ser acoplados antes, lo que no sucedió hasta esa fecha. Desde entonces las obras duraron ocho meses. Durante todo ese tiempo los comerciantes de la zona tuvieron que soportar la presencia de zanjas, excavaciones, montones de arena y demás obstáculos que impedían la circulación por la calle, además de causar molestias a los peatones; situación que se tradujo en una pérdida de clientela.

El TS, aceptando los fundamentos de la Sentencia apelada, afirma que el plazo de nueve meses previsto

«ha de reputarse adecuado para la ejecución de la obra proyectada, conforme a la naturaleza de las cosas y razonable en función de los intereses públicos que aconsejaron a la Administración llevar a cabo dicha obra con objeto de beneficiar a todos los ciudadanos y de forma especial a los vecinos y comerciantes de la zona, quienes, a partir de la instalación del servicio, verían facilitada la circulación y el aparcamiento de vehículos, por ello, tal actividad de la Administración no puede considerarse como constitutiva de lesión alguna para los administrados, ni tan siquiera para aquellos que durante el período de la ejecución de la obra se vieran más directamente afectados por las molestias propias de la misma, pues dicha situación no puede ser entendida sin valorar igualmente la contrapartida beneficiosa de la instalación del servicio, de lo que se deduce que no existen, por el contrario, dentro de dicho contexto situaciones jurídicas individualizadas con la entidad suficiente como para justificar un tratamiento desigual ante una situación generalizada de sacrificio, circunstancia que siempre concurre cuando se instala o mejora un servicio público».

Sin embargo —sigue diciendo la Sala— esta apreciación debe ser matizada, pues, según consta, la existencia de determinados servicios urbanos obligaron a demorar el comienzo de las obras hasta que dichos servicios fueron desviados, circunstancia que impidió iniciar efectivamente las obras hasta marzo de 1976, fecha en la que comenzó el cómputo real de ejecución, que fue respetado por la empresa concesionaria. Y añade:

«Dichas obras previas de desviación de servicios aumentaron *de facto* la realización de la obra en ocho meses, plazo de tiempo que no estaba previsto en el Pliego de Condiciones y que en buena lógica gravitó de una manera más intensa sobre la esfera jurídica de los reclamantes; tal anomalía supuso una alteración en el lógico equilibrio existente entre el período de tiempo razonable necesario para instalar un servicio y las ventajas que se esperan obtener de él; implica, por simple evidencia, una pérdida de legitimación en el actuar de la Administración que somete a los administrados a una situación de incomodidad no exigida inicialmente por la propia dinámica del servicio.»

La prolongación de las obras ha incidido, pues, negativamente en el nivel de las ventas y en el incremento de los gastos fijos de mante-

nimiento de los comercios afectados, por lo que deben ser indemnizados.

El TS, aceptando estos argumentos, los amplía en sus Fundamentos Jurídicos 3 y 4, al decir que

«la ejecución de obras en las vías públicas de las ciudades da lugar a un conjunto de molestias que en principio deben ser consideradas como cargas comunes propias de la vida en el medio urbano. Ahora bien, cuando las molestias inciden con trascendencia patrimonial en la esfera jurídica de los administrados pueden integrar el concepto técnico de lesión indemnizable. Este es justamente y *prima facie* el caso de los comerciantes de la zona próxima a las obras litigiosas que sufrieron descensos en sus ventas a consecuencia de las zanjas, vallas, máquinas, ladrillos, tierras y escombros acumulados en las aceras. Pero sobre esta base ha de indicarse que la actividad administrativa ha de ser contemplada en el conjunto de sus efectos, es decir, tomando en consideración no sólo los perjuicios, sino también los beneficios, personalmente concretados, que de ella derivan. Es cierto que la actividad «instrumental» dirigida a la construcción del aparcamiento subterráneo litigioso provocó con un claro nexo de causalidad los perjuicios ya mencionados. Pero también es cierto que el «resultado» de aquella actividad, es decir, el aparcamiento, había de provocar beneficios: en una zona caracterizada por la dificultad de aparcamiento, la construcción del subterráneo litigioso había de generar una atracción de tráfico y, por tanto, de visitantes, al tener asegurado el correcto estacionamiento de sus vehículos, con lo que en el modo normal de ocurrir las cosas, se había de producir un aumento de ventas. En el supuesto litigioso existió, sí, un quebranto patrimonial pero no con carácter definitivo; el inicial detrimento resultaba puramente provisional y se habría de corregir con posterioridad, *in naturam*, es decir, no con una indemnización, sino con un incremento en las ventas. Y no deben desencadenar una responsabilidad patrimonial aquellas actuaciones de la Administración Pública que en sí mismas y en su conjunto llevan implícitamente un sistema de compensación de los quebrantos patrimoniales.

Cuestión distinta es la de la duración excesiva de las obras. Aquí ya la imprevisión del Municipio, que no podía desconocer la existencia de las redes de servicios a desviar, justifica en los términos que señala la sentencia apelada el pronunciamiento de responsabilidad, que en modo alguno puede alcanzar al concesionario, dada la falta de nexo de causalidad entre su actuación y la tardanza en el comienzo de las obras».

Así pues, la responsabilidad aquí juega ese doble papel al que más atrás se ha aludido: instrumento de garantía, pero también de control y de sanción a una Administración incumplidora.

B) *La responsabilidad por riesgo y el coste de la organización de los servicios: la STS de 27 de mayo de 1987*

El segundo caso es el de la STS de 27 de mayo de 1987 (Arz. 3488) ²⁷ y se refiere a la óptica de la gestión de los servicios y al coste financiero a prever en su organización.

Los hechos que dieron lugar al fallo, en síntesis, fueron éstos: un policía que se encontraba de vacaciones entró en un bar y solicitó una consumición y, además, cierta droga. Como el dueño y los empleados le hicieron ver que no tenían drogas salió a la calle a pedírsela a un grupo de jóvenes que se encontraban allí. Estos le dijeron que tampoco tenían, ante lo cual el policía hizo ver su condición de tal, les pidió la documentación y ordenó a quien sería luego la víctima que le acompañara a comisaría. Ante la negativa del joven, que, como sus compañeros, no creyó que se tratara de un policía, la discusión subió de tono, hubo un disparo al suelo y, finalmente, otro a consecuencia del cual falleció el joven, cuyos padres solicitaron una indemnización que el Ministerio del Interior deniega en 1983.

Hasta aquí unos hechos que no son, por desgracia, totalmente insólitos y que en casos similares han dado lugar a Sentencias diferentes y aun contradictorias en las que se aborda el problema de la imputación y la relación de causalidad ²⁸.

¿Hay aquí una vinculación de los hechos con el funcionamiento de un servicio público o el funcionario actuó al margen del servicio, como persona privada y, en consecuencia, la Administración no debe responder? El Tribunal Supremo dirá que la intervención del policía permaneció constantemente ajena al servicio. Pero, después, cuando la conclusión lógica a partir de este aserto hubiera sido la desestimación del recurso y de la reclamación, la argumentación da un giro radical y la Sentencia estima la demanda al ampliar la responsabilidad

²⁷ Sobre esta Sentencia véase el comentario de A. E. NAVARRO MUNUERA, «La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público», en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 60, 1988, pp. 603 y ss.

²⁸ El TS ha oscilado, en efecto, en casos similares de daños causados por funcionarios policiales francos de servicio, entre la imputación y la exoneración, por entender que se trata de daños ajenos al servicio. Véase al respecto, sobre esta jurisprudencia, J. BARCELONA LLOP, «Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 2, 1993, pp. 51 y ss., en especial pp. 107 y ss., y su colaboración en este mismo número de *Documentación Administrativa*.

«a los casos en que la organización y el funcionamiento de los servicios públicos creen situaciones de riesgo cuya realización concreta, aunque individualmente responda a una conducta del agente ajena al servicio, no obstante sea susceptible de imputarse razonablemente a aquel riesgo específico, grave y peculiar cuyo origen se encuentre en el concreto sistema de organización y funcionamiento del propio servicio que impone la Administración, por considerarla la opción más acorde con el interés público».

En consecuencia, la Administración «debe asumir el hacerse cargo de la responsabilidad por los resultados lesivos o dañinos de los hechos en los que concurra como factor esencial *la forma en que se ha considerado necesario organizar el servicio*, porque en definitiva dichos resultados serán imputables a su funcionamiento».

La conclusión, a partir de este planteamiento, es que la Administración debe indemnizar siempre los daños causados por armas de fuego de sus agentes, aunque éstos estén fuera de servicio o actúen con absoluta desvinculación de él. La responsabilidad es por el riesgo creado. Pues bien, de prosperar y afianzarse este enfoque, la única manera que tendría la Administración para exonerarse sería cambiando el modo de gestionar el servicio, es decir, impidiendo que sus agentes francos de servicio portaran el arma reglamentaria.

La Sentencia pone el dedo en la llaga a propósito de lo que más atrás he apuntado acerca de la relación entre el modo de imputar y el modo de gestionar. Cuestión distinta es a quién corresponde adoptar la decisión sobre el modo de gestionar y si, supuesto que se cambiara para exonerar a la Administración en estos casos, ello sería admitido por la sociedad. Pero si no se cambia habrá que tener en cuenta el eventual coste financiero de la actual organización del servicio. He aquí, pues, el dilema y también la constatación de que la responsabilidad no es un instituto aislado que no tiene que ver más que con la garantía individual.

C) *En los límites del sistema: la STS de 14 de junio de 1991*

El tercer supuesto a considerar tiene una enorme importancia y apunta a los límites mismos del sistema. Más en concreto, al ya aludido problema de la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos.

Se trata de la STS de 14 de junio de 1991 (Arz. 5115)²⁹. Se contempla en ella un recurso contra un acuerdo del Insalud que denegó

²⁹ A esta Sentencia aluden también, desde diferentes puntos de vista, otros artículos incluidos en este mismo número.

a un matrimonio el derecho a una indemnización como consecuencia de las secuelas derivadas de una operación. El TS ratifica el fallo de la Audiencia Territorial de Madrid que había declarado la responsabilidad del Insalud y concedido una indemnización a los recurrentes.

Los hechos, sucintamente expuestos, fueron los siguientes:

La recurrente, de treinta y seis años, casada y con tres hijos, ingresó el día 3 de septiembre de 1980 en la Residencia de la Seguridad Social de Oviedo, procedente de la de Avilés, en situación crítica, con dos aneurismas gigantes de ambas carótidas. Dada la extrema gravedad de la enferma y tras poner en conocimiento de su marido el alto riesgo de la operación, el Jefe de Sección del Servicio de Neurocirugía procedió a intervenir a la enferma el 17 de septiembre, optando por reducir primero el aneurisma de la carótida derecha; operación cuyos detalles técnicos son descritos también en la Sentencia recogiendo informes obrantes en los autos. El postoperatorio inicial es bueno, pero al día siguiente se presenta una hemiparasia braquiofacial izquierda cuya progresión se acentuó el día 19. Dada de alta a petición de la familia, la enferma es trasladada en octubre de 1980 a la Clínica Puerta de Hierro de Madrid, donde en febrero de 1981 fue intervenida de nuevo. En el momento de dictarse Sentencia, y según informe del Servicio de Rehabilitación, presenta hemiplejía, dificultades motoras y necesidad de ayuda para sus necesidades por mínimas que éstas sean. En definitiva, como dice el Informe, se trata de una enferma que ha de ser considerada gran inválida.

Como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada en Oviedo se iniciaron las oportunas diligencias penales en 1981, produciéndose el sobreseimiento en 1983. En el sumario consta el dictamen emitido por dos peritos médicos, entre ellos un forense, que no encuentran datos que permitan afirmar negligencia, imprudencia o error de criterio indiscutido por parte del cirujano en el planteamiento y manejo terapéutico del caso. El Ministerio Fiscal, por su parte, interesó el sobreseimiento provisional, destacando la situación crítica en que ingresó la enferma, que hacía absolutamente precisa la intervención, y el riesgo inherente a este tipo de operaciones, muy difícil de evitar y de prever anticipadamente.

La enferma y su marido reclamaron al Insalud una indemnización consistente en: *a)* los gastos de rehabilitación en un centro integral, español o extranjero, hasta alcanzar los límites máximos de rehabilitación previstos para supuestos de esta índole; *b)* el pago de por vida del salario correspondiente en cada momento a una empleada de hogar en jornada de ocho horas; *c)* 19.212.700 pesetas por los gastos y daños de todo tipo, incluidos los daños materiales causados a la demandante y a sus familiares: los propios del dolor físico, la disminu-

ción de sus facultades, las perturbaciones anímicas, etc. Los recurrentes fundamentan su petición indemnizatoria en que, en su opinión, las secuelas se ocasionan, entre otras causas, por la decisión médica de atender prioritariamente el aneurisma del lado derecho, cuando lo aconsejable, como a su juicio se evidenció, era intervenir el izquierdo con carácter preferente, y por haber optado por ocluir la arteria carótida derecha a sabiendas de sus graves consecuencias.

El Abogado del Estado se opuso a la demanda por entender que no era posible admitir la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el hecho productor del mismo imputable a la Administración hospitalaria.

La Audiencia, en Fundamentos aceptados por el Tribunal Supremo, recuerda la doctrina general sobre la responsabilidad objetiva y añade:

«La aplicación de la doctrina anteriormente descrita al supuesto de hecho aquí controvertido exige, como premisa previa, partir de la falta de culpabilidad del doctor que intervino el 17 de septiembre a D.ª María Teresa F.; su conducta no ha de ser enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado. Lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social el día 17 de septiembre de 1980, no siendo posible tampoco efectuar un juicio crítico de la lex artis del profesional, extremo que, por otra parte, ha quedado resuelto —por cierto, con toda clase de pronunciamientos favorables para el cirujano— por los dictámenes periciales obrantes en las actuaciones, contrastados además con la opinión de acreditados profesionales españoles y extranjeros.»

«Recobrando el hilo de los hechos, ha de afirmarse con prioridad a toda consideración el estado de gravedad extrema en que la enferma llega el día 3 de septiembre de 1980 a la Residencia de la Seguridad Social de Oviedo, procedente de Avilés, que ya había sufrido un episodio hemorrágico en el aneurisma del lado izquierdo, con el presumible deterioro funcional, y que el cuadro clínico de los dos aneurismas gigantes en ambas carótidas ya existía al momento del ingreso. Tales circunstancias son especialmente relevantes a la hora de valorar, desde una perspectiva puramente mecánica y al margen de consideraciones subjetivas, las lesiones que ahora padece la recurrente. Se llega así al punto crítico en el examen de las concausas relevantes en la producción del

evento; la opción libremente asumida de clipar en primer término el aneurisma de la carótida derecha que, ante la imposibilidad de llevarse a cabo, desemboca en la oclusión de la carótida próxima al aneurisma, solución que en circunstancias normales permitiría compensar la falta de riego de este hemisferio cerebral con un mayor flujo de sangre de la carótida izquierda, así como la función sustitutiva a desarrollar por la red secundaria de vasos sanguíneos. Sin embargo, no ocurrió así, ya el día 18 de septiembre se presenta una hemiparasia braquiofacial izquierda, cuya progresión se acentúa al día siguiente. A nivel de mera experiencia, y dentro de los postulados de la pura lógica mecanicista, se comprueba que el deterioro de las funciones cerebrales por falta de riego se precipitó por la presencia de una estenosis de la carótida izquierda, probablemente relacionada con la inyección subintimal de las arteriografías practicadas, y por la aparición de un edema cerebral. *La decisión de atender prioritariamente a la resolución del aneurisma del lado derecho (opción legítima dentro de las reglas de la lex artis) resultó a posteriori y a nivel de experiencia desacertada, convirtiéndose en una de las concausas relevantes a la hora de valorar, desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos, las consecuencias lesivas de la operación.»*

«En este orden de cosas, y admitida la especial incidencia causal del hecho aquí controvertido sobre la situación definitiva que presenta la enferma, debe la Sala pronunciarse sobre el alcance del deber reparador de la Administración, titular del servicio público, en este caso concreto la asistencia sanitaria a la que todos los ciudadanos tienen derecho. Para ello es necesario advertir que, como ya se ha razonado extensamente con anterioridad, *no pueden imputarse a la Administración*, por la intervención quirúrgica llevada a cabo el día 17 de septiembre de 1980 en la Residencia de la Seguridad Social de Oviedo, *todos y cada uno de los resultados lesivos* que, desgraciadamente, sufre hoy D.^a María Teresa, *debiendo excluirse los propios e inherentes a la gravísima situación clínica en que se encontraba a su ingreso el día 3 de septiembre de 1980, así como las complicaciones posteriores que se presentaron en el aneurisma izquierdo* que exigieron su intervención en la Clínica Puerta de Hierro de Madrid el día 20 de febrero de 1981. Deslindado así el campo de las responsabilidades, la Sala, valorando objetiva y adecuadamente las circunstancias personales de la recurrente, mujer casada, de cuarenta y un años en la actualidad, con tres hijos y sufriendo las limitaciones funcionales que se describen en los últimos certificados obrantes en las actuaciones, entiende que debe reconocerse el derecho de los re-

currentes a ser indemnizados por la Administración, en este caso el Insalud, con 10.000.000 de pesetas, más el pago de 1.212.700 pesetas en concepto de gastos acreditados, siendo oportuno también reconocer el derecho de la recurrente a ser atendida en un centro de rehabilitación integral en los términos que interesa en el suplico de la demanda; no debiéndose, por el contrario, admitir las restantes peticiones que en este acto la Sala rechaza por no ser exigibles a la Administración en base a razones de congruencia y proporcionalidad con la responsabilidad que aquí se ha declarado.»

El TS acepta los Fundamentos de la Sentencia de instancia y, por su parte, insiste en que nada importa que por la jurisdicción penal se haya estimado que los facultativos que intervinieron en la operación quirúrgica lo hicieran correctamente, que es totalmente irrelevante que el funcionamiento de la Administración fuera normal o anormal, y que

«como en la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1991 hemos explicado —precisamente con ocasión de otro recurso de apelación, en que el propio Instituto Nacional de la Salud insistía en la correcta conducta de los facultativos concretamente encargados de prestar el servicio público que corre a su cargo—, *“alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa, impericia o negligencia, resulta intrascendente, y por ello para nada hemos de profundizar en las concretas acciones u omisiones de los intervinientes, porque, en definitiva, es la realidad que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración... que tiene carácter objetivo tal que hace muy difícil en la práctica —y, a la vez, innecesaria— la justificación de que el hecho desencadenante del resultado que la determina no radique propiamente en el ejercicio de un servicio público en el más lato sentido de la expresión, con desconsideración total de las circunstancias y conductas de quienes lo crean, organizan, controlan o vigilan y del personal que lo realiza”*, de suerte que, por todo ello y dando por íntegramente reproducidas las incontestables consideraciones jurídicas de la sentencia apelada, procede que la misma se confirme, incluso en la determinación del *quantum* de la indemnización y abono de gastos por ella establecidos...».

En definitiva, se estima en lo básico la indemnización solicitada y se imputa a la propia actora una coparticipación en las causas de la lesión (coparticipación consistente en el estado crítico en que ingresa en el hospital) que se traduce en una minoración de la indemnización

pedida y que se cuantifica en 8.000.000 de pesetas. Restados esos 8.000.000 de los 19.212.700 pedidos se concede una indemnización de 11.212.700 pesetas (10.000.000 por daños y 1.212.700 por gastos efectuados).

¿Cómo puede exonerarse la Administración en casos similares? Según esta doctrina, parece que no hay forma de excluir la indemnización ante las secuelas dañosas que, aun sin culpa personal o del servicio, es decir, sin un funcionamiento anormal, se produzcan como consecuencia de actos médicos e intervenciones quirúrgicas en hospitales públicos de la Seguridad Social.

¿Cuál es el fundamento aquí de la responsabilidad?, ¿cuál es la «lesión», el daño antijurídico integrado en el patrimonio jurídico o económico del sujeto que éste no tiene el deber de soportar?, ¿garantiza alguna norma un derecho inmutable a la salud o al mecánico resultado exitoso de una operación quirúrgica, sean cuales sean las condiciones en que ésta se produzca? ¿Cómo es posible —según apunta F. PANTALEÓN al aludir a esta misma Sentencia—³⁰ que si la paciente hubiera sido operada en un hospital privado éste no hubiera sido con seguridad condenado y, además, habría cobrado el precio de la intervención?, ¿cómo es posible que en vía de responsabilidad al final se acaba respondiendo más intensamente por actividades no lucrativas que por las lucrativas?

La responsabilidad ciertamente garantiza en casos como éste, pero parece que, más que ante supuestos de responsabilidad, estamos en presencia de indemnizaciones de asistencia social. ¿Es posible e incluso razonable una extensión tan amplia del sistema de responsabilidad? Probablemente es difícil encontrar un supuesto similar en la experiencia de otros países, y con razón, entonces, se afirma que nuestro sistema es uno de los más avanzados, si no el que más. Pero cabe preguntarse si el Presupuesto público en un país como el nuestro puede permitirse cubrir todos los daños que, insisto, sin culpa, se pueden derivar de la actividad sanitaria.

El RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, recuerda que «la inclusión en el sistema de responsabilidad patrimonial de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria» se deriva de la propia Ley 30/1992. Y eso es lo que aplica la Sentencia que acabo de mencionar.

Una Sentencia que puede resultar sorprendente, *pero que no hace sino llevar a sus últimas consecuencias lo que en sede doctrinal se ha defendido: la inclusión en el sistema de responsabilidad pública de todos*

³⁰ En su trabajo «Los anteojos del civilista», que se incluye más atrás en este mismo número de *Documentación Administrativa*.

los supuestos de imputación por el «funcionamiento normal de los servicios públicos». Aquí el juez no tiene que comparar, analizar o atender a estándares de normalidad por relación a los cuales pueda hacer derivar un funcionamiento anormal de los servicios. Le basta con constatar el daño.

El único extremo al que le cabía apelar a la defensa de la Administración, como con toda corrección hizo el Abogado del Estado, era cuestionar la relación de causalidad. Aquí verán muchos la espita exoneratoria. Pero si se parte, como casi siempre se ha defendido, del dato de la integración del evento dañoso en la organización del servicio, si no resulta determinante la perspectiva subjetiva, aunque sea la de un genérico «funcionamiento anormal» anónimo, si se admite incluso una causalidad indirecta, mediata o concurrente, como más adelante se analizará al aludir a este extremo, no será fácil desmontar la afirmación de la Sentencia de que lo único relevante ha de ser la incidencia «de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social», es decir, que a pesar de no ser criticable la actuación del profesional desde la perspectiva de las reglas de la *lex artis*, la decisión de atender prioritariamente a la resolución del aneurisma derecho se convirtió, *de facto*, «en una de las concausas relevantes» de las consecuencias lesivas de la operación, «desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos».

Admitida la incidencia causal del hecho controvertido, esto es, considerada suficiente una relación de causalidad como la que admite la Sentencia, esa responsabilidad por el funcionamiento normal cuestiona el generoso planteamiento de nuestro sistema de responsabilidad en casos similares e invita a reflexionar, como antes decía, sobre los propios límites de ese sistema. Lo cual nada tiene que ver con la deseable amplitud de los regímenes de asistencia social que pivotan también sobre las disponibilidades económicas, porque, desde una óptica de política legislativa, probablemente es preferible adoptar un criterio asistencial que ampliar en vía de responsabilidad la cobertura de todas las secuelas, porque a la larga ello conduciría a limitar la prioritaria asistencia sanitaria.

He ahí, pues, una última idea que dejo como sugerencia para una reflexión general sobre el sistema.

IV. ANALISIS DEL SISTEMA VIGENTE DE RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

He aludido al principio de este trabajo a las características generales del sistema español de responsabilidad pública. Recuérdesse que, según los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos que suponga un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siempre que dicha lesión sea imputable a una Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. No hay referencia alguna a la idea de culpa y sólo se exige que medie una relación de causalidad entre el hecho o acto lesivo y el daño producido, y se reclame en el plazo de un año. La fuerza mayor exonera a la Administración dándose las demás circunstancias.

Analícemos ahora, con algún mayor detenimiento, las notas esenciales del sistema y alguno de los problemas que genera ese régimen.

1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Una de las características fundamentales del sistema español de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, presente desde la LEF de 1954, es que se prescinde por completo de la idea de culpa para fundamentar la consecuencia de la indemnización.

Frente al tradicional criterio subjetivo de la culpa o negligencia se alza, pues, un principio de responsabilidad objetiva que no siempre ha sido bien asimilado por la jurisprudencia, sobre todo en los primeros años de rodaje del nuevo sistema. Por eso todavía pueden encontrarse fallos relativamente recientes en los que se afirma que el dolo o negligencia culpable es «elemento... indispensable para que la actuación administrativa deba estimarse ilícita jurídicamente». Esta referencia de una Sentencia de una antigua Audiencia Territorial es rectificada por el Tribunal Supremo (STS de 16 de mayo de 1984, Arz. 3109) al decir que «siendo cierto que la responsabilidad de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos no requiere la intervención de dolo o culpa, debe en tal sentido entenderse corregida la afirmación de la Sentencia de instancia» para, a continuación, remitir a la más apropiada cuestión de la relación de causalidad que, a la postre, es adonde se reconducen en un sistema objetivo muchos de los problemas que en los sistemas subjetivos se resuelven en el análisis de la culpa o negligencia.

Tampoco, por tanto, puede hablarse de «compensación de culpas», como hacen algunas Sentencias para moderar la cuantía indemnizatoria cuando en la producción del daño ha participado la propia víctima, porque no es necesario, como digo, hablar de culpa, aunque pueda existir. En estos casos se trata, una vez más, de un supuesto de concurrencia de causas, como dejaba claro también la STS de 14 de junio de 1991 (Arz. 5115) mencionada más atrás.

2. EL CONCEPTO DE LESIÓN RESARCIBLE

A) El sistema pivota sobre el concepto de lesión, entendida ésta como un daño antijurídico. No como un daño causado antijurídicamente, pues el adverbio aquí conlleva una carga circunstancial de subjetividad que alejaría al sistema de su carácter objetivo para acercarlo a uno de tipo subjetivo.

Siendo la lesión un daño en sí mismo antijurídico importa concretar su concepto, pues ya he dicho que la idea de «lesión», junto con el criterio de la causalidad, son las claves de bóveda de un sistema objetivo de responsabilidad de la Administración.

Se acaba de decir que por lesión se entiende un daño antijurídico. ¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas. Las causas de justificación que impongan la obligación de tolerar el daño deben ser expresas y estar legalmente previstas, en cuyo caso el perjuicio no podrá ser tachado ya de antijurídico. No cabrá hablar, pues, de lesión. Este concepto, que paulatinamente ha ido encontrando acomodo jurisprudencial después de no pocas y explicables vacilaciones, se encuentra hoy sustantivado en el artículo 141.1 LAP, que dice así:

«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.»

Si ahora la Ley define qué se entiende por lesión asumiendo anteriores planteamientos doctrinales y despejando algunos, sólo algunos, de los interrogantes que suscitaba la un tanto imprecisa ambigüedad de la expresión, no por ello se han resuelto todos los problemas conceptuales que el propio precepto genera. Porque si es claro que, por ejemplo, la exacción de un impuesto no puede considerarse una «lesión» —aunque económica y coloquialmente quepa decir que se trata de un «daño» al patrimonio del sujeto contribuyente—, porque hay

causas legales que imponen la obligación de soportar ese supuesto «daño», no puede decirse que las cosas sean tan sencillas en otros supuestos. Hay todavía una labor de profundización por hacer, porque la propia idea de «lesión» sugiere la previa existencia de un derecho o interés patrimonializado por el dañado. Un derecho o interés tutelado por el Derecho e integrado en el patrimonio económico y jurídico del sujeto lesionado que si resulta afectado por la acción administrativa genera el derecho a obtener una indemnización. La cuestión está bastante clara en el ámbito urbanístico, donde las indemnizaciones previstas en el supuesto de revisión o modificación de Planes (arts. 237, 238 y 241 de la Ley del Suelo) están en directa relación con la específica posición o régimen de la propiedad urbana, que encuentra su encaje en los artículos 5, 6, 8, 20, 23 y 50 del RDL 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana³¹. Pero prescindiendo de este supuesto, tal conceptualización conduce a consecuencias que pueden resultar distorsionantes. Quedémonos, pues, por el momento, con la idea inicial del artículo 141.1 de la Ley 30/1992.

B) El concepto de lesión así definido se despliega luego en las características exigibles al citado daño, que debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas (art. 139.2 LAP).

El daño ha de ser *efectivo*, lo que implica la necesidad de probar su existencia; prueba que suele ser rigurosa: «total, plena y evidente», o simplemente «convinciente», por emplear expresiones recogidas de la jurisprudencia. Pero aunque, en efecto, la prueba del daño suele ser rigurosa, ello no quiere decir que se exija una total exactitud en su cálculo o evaluación, puesto que, una vez demostrada su realidad, la valoración de la indemnización se hace por aproximación a partir de la adopción de criterios variados a los que más adelante aludiré. En cualquier caso, se excluyen los daños futuros, aunque se admita el lucro cesante, si se prueba, como elemento incluíble en el daño efectivo.

El daño debe ser, además, *individualizado*, de manera que quedan excluidos los «daños» generales (los derivados de una devaluación o un cambio en el régimen de precios, por ejemplo), y ha de ser también *evaluable económicamente*, pudiendo afectar a cualquier tipo de bienes y derechos, incluyendo, pues, tanto los daños materiales como los personales o incluso morales.

La inclusión del daño moral como daño indemnizable tardó mucho en introducirse en el ámbito de la jurisdicción contencioso-admi-

³¹ Cfr., sobre el tema, mi libro *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cantabria, Santander, 1994, pp. 26, 34 y ss.

nistrativa, a pesar de la larga tradición civilista y penalista sobre el tema. Desde 1975, tímidamente, y luego a partir de la STS de 26 de septiembre de 1977 (Arz. 3545), la inclusión de los daños morales es constante en nuestra jurisprudencia, aunque su valoración se traduzca en última instancia en una indemnización dispar, con frecuencia no desglosada de otros conceptos indemnizatorios que se conceden de forma conjunta,alzada y ponderada en función de las circunstancias. En la doctrina del Consejo de Estado la inclusión de los daños morales es más temprana y se remonta, al menos, al Dictamen de 22 de octubre de 1970, en el que se argumenta para admitirlos sobre la base de la expresión «cualquiera de los bienes y derechos» del antiguo artículo 40 LRJAE (hoy 139.1 LAP). Con anterioridad, la LRL de 1950-1955 imposibilita su admisión al exigir que el daño fuese «material» (art. 405.2) y no sólo «evaluable económicamente», como dice la LAP (y antes la LRJAE y la LEF).

El tema de los daños morales se plantea en los supuestos de lesiones y, sobre todo, en los de muerte de la víctima. Se suele afirmar que es la STS de 12 de marzo de 1975 (Arz. 1798) la que introduce por primera vez la referencia a los daños morales en la jurisprudencia contencioso-administrativa de la responsabilidad. En esta Sentencia se contempla el conocido caso de «los novios de Granada». Un interno del Hospital psiquiátrico provincial rompió una de sus ventanas y se lanzó al vacío cayendo sobre una pareja de novios que paseaba por allí, a consecuencia de lo cual murió el novio. La Sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Granada, de 21 de enero de 1971, era clara en la admisión de los daños morales como base de la indemnización que concedía tanto a los padres como a la novia: «tampoco cabe ignorar —decía— la lesión moral, pena que produce la pérdida de un ser querido entre los familiares y las personas en trance de serlo, cuyo dolor puede y debe ser objeto de indemnización económica a modo de *pecunia doloris* que por vía indirecta compense la desazón espiritual sufrida...». El TS, sin embargo, aunque confirma la indemnización, lo hace «prescindiendo de toda estimación en orden a la valoración del [daño] puramente moral»³².

La STS de 26 de septiembre de 1977 es ya muy clara al admitir los daños morales en un caso de accidente producido por la caída de un árbol sobre el vehículo en el que viajaba una familia, valorándose

³² Sobre esta Sentencia y, en general, sobre el tema de los daños morales, cfr. mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, cit., pp. 76 y ss. Desde otra perspectiva, M. SÁNCHEZ MORÓN, «Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración», en *REDA*, núm. 7, 1975, pp. 646 y ss.; J. M. CASTELLS ARTECHE, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia hospitalaria», en *RAP*, núm. 79, 1976, pp. 217 y ss.

no sólo la muerte de algunos ocupantes, sino también la pérdida del feto de una mujer embarazada como daño moral»³³.

Hoy la cuestión está definitivamente asentada, como lo prueban, entre otras muchas, las SSTS de 13 de diciembre de 1979 (Arz. 4726), 2 y 4 de diciembre de 1980 (Arz. 4886 y 4962), 26 de marzo de 1981 (Arz. 2730), 30 de marzo de 1982 (Arz. 2356), 3 de diciembre de 1983 (Arz. 7735), 13 de julio de 1983 (Arz. 4043), 12 de marzo de 1984 (Arz. 2508), 16 de julio de 1984 (Arz. 4231), 9 de abril de 1985 (Arz. 1802)... En esta última, por ejemplo, se admiten los daños psíquicos y morales producidos por la sensación de constante peligro para la estabilidad del edificio donde vivía el actor y para la vida de sus ocupantes derivada del tráfico y la circulación de vehículos pesados por una carretera general que atravesaba el casco urbano de un pueblo y hacía una curva de noventa grados en cuya esquina vivía el recurrente.

3. LA IMPUTACIÓN Y SUS CRITERIOS

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

A) La imputación implica que el servicio o la persona causante del daño ha de encontrarse integrado en la organización administrativa de que se trate. Esa integración no plantea problemas cuando el daño procede anónimamente de un servicio administrativo, o personalmente de un funcionario si obra en el ejercicio de su cargo. En ese caso la Administración cubre al funcionario sin perjuicio de la posible utilización posterior de la vía de regreso cuando el causante del daño actúa con culpa o negligencia graves (art. 145.2 LAP).

La cobertura de la Administración se refiere no sólo a los funcionarios en sentido estricto, sino, con un criterio más amplio, a cualquiera que ejercite funciones públicas integradas en la organización y, por tanto, también a las autoridades políticas y personal laboral contratado. Esa integración faltaría, en opinión mayoritaria de la doctrina, en el caso de los contratistas y concesionarios de servicios públicos³⁴, así como en los supuestos del llamado ejercicio privado de funciones públicas [notarios, corredores de comercio, taxistas, prácticos de puer-

³³ Sobre esta Sentencia, las referencias de mi trabajo «Libertades públicas y control judicial», en *RAP*, núm. 84, 1977, pp. 417 y ss.; F. SAINZ MORENO, «Fijación y revalorización de indemnizaciones en la responsabilidad patrimonial del Estado», en *REDA*, núm. 16, 1978, pp. 69 y ss., bien que desde otro punto de vista al ahora considerado.

³⁴ Al régimen de la responsabilidad de los concesionarios y contratistas se refiere específicamente la colaboración de R. BOCANEGRA incluida más adelante en este mismo número de *Documentación Administrativa*.

tos..., aunque en relación con estos últimos hay al menos dos Sentencias que admiten la responsabilidad administrativa: SSTS de 26 de febrero de 1982 (Arz. 1686) y de 20 de septiembre de 1983 (Arz. 448 de 1984)].

Desde estos antecedentes se comprende que, como acaba de decirse, el personal contratado en régimen de Derecho laboral se entienda también incluido en la cobertura de la Administración. Y lo mismo sucedía antes con el personal contratado en régimen de Derecho administrativo. La regulación de este personal contratado administrativa se contempla en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964. Sin embargo, la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, derogó el citado artículo 6 LFCE, de modo que, en adelante, las Administraciones Públicas no pueden celebrar contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo; contratos que, si son necesarios para «trabajos específicos y concretos no habituales», se someten a la normativa de la Ley de Contratos del Estado (Disposición Adicional 4.ª LMRFP y RD 1465/1985, de 17 de julio), no siendo retribuidos ya con cargo a los créditos de personal, sino con los de otro capítulo presupuestario. Esa modificación normativa plantea a los efectos de la imputación de la responsabilidad administrativa una pregunta. A saber: ¿significa ese cambio que los daños producidos por estas personas no son cubiertos ya por la Administración al carecer del dato de la integración por haber cambiado el tipo de vinculación formal? No, en mi opinión. La Administración debe seguir respondiendo en la misma medida que antes, puesto que, materialmente, las funciones son las mismas.

Ahora bien, el mero hecho de que pueda plantearse esta cuestión sugiere otras y permite observar cuán delgada es la separación entre la vinculación del personal contratado y la de los demás contratistas de la Administración con un régimen diferente, y cómo el cambio normativo de aquél lo acerca al régimen de la responsabilidad de concesionarios y contratistas no integrados en la Administración, que se contiene en los artículos 121.1 y 123 LEF, 134 RGC y 1.3 del RD 429/1993, de 20 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de responsabilidad de las Administraciones Públicas en desarrollo de la LAP. Según estos preceptos, la indemnización corresponde, como regla, al concesionario o contratista, «salvo en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento por éste» (art. 121.2 LEF). En el mismo sentido, para los contratistas, el artículo 134 RGC y el artículo 1.3 del RD 429/1992, que vinculan la responsabilidad a la Administración cuando los daños sean consecuencia «de una orden directa e inmediata de la Adminis-

tración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma». Sin embargo, se establece una acción arbitral de la Administración a la que se ha dirigido la reclamación. Y será esa Administración la que resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, dejando abierta la vía contencioso-administrativa que podrá utilizar el particular —si la Administración deniega la indemnización— y, en su caso, el concesionario o contratista, si la Administración resuelve que son ellos quienes tienen que pagar (arts. 123 LEF y 134 RGC).

B) Por otra parte, esa lesión imputable a la Administración lo ha de ser por el funcionamiento «normal o anormal de los servicios públicos» en sentido orgánico y no funcional. De ahí que el ejercicio privado de funciones públicas no esté cubierto, en principio, por la fórmula resarcitoria.

Sobre la expresión «funcionamiento de los servicios públicos» existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia contenciosa y en la de conflictos en considerarla como equivalente a giro o tráfico administrativo, a actividad administrativa, en suma. No sucede siempre lo mismo en la jurisdicción civil, que hasta ahora, y para justificar su propia competencia, utiliza frecuentemente un concepto muy restrictivo de la expresión «servicios públicos» como equivalente a un tipo de actividad regular y continua prestada por la Administración en régimen de Derecho administrativo en la que no se incluirían ciertas actividades puramente materiales. Ello ha dado pie a que determinados asuntos que podían —y debían— residenciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa lo fueran ante la jurisdicción civil, por entender ésta que se trataba de actividades privadas de la Administración o en las que ésta actuaba desprovista de sus potestades de imperio o autoridad. La consecuencia es que pueden encontrarse supuestos idénticos o muy parecidos que han sido conocidos tanto por la jurisdicción contenciosa como por la civil.

Dejando de lado por el momento esta última problemática, sobre la que volveré al referirme a las vías de exigencia de la responsabilidad, cabe concluir diciendo que es precisa la acción o tráfico jurídico ordinario de una Administración, sus autoridades, funcionarios o empleados, para que pueda hablarse de responsabilidad imputable a aquélla.

El problema, sin embargo, se complica cuando estamos en presencia de entes públicos que no someten toda o parte de su actividad al Derecho público. Cuando quien actúa no es lo que se entiende habitualmente por Administraciones Públicas, es decir, la Administración del Estado, la de las Comunidades Autónomas, las entidades locales, los entes institucionales sometidos al Derecho administrativo (Organismos autónomos) y otros entes inequívocamente públicos, como las Universidades.

Y es que con el señuelo de la búsqueda de la eficacia es cada vez más corriente el fenómeno de la proliferación de entes instrumentales con formas de personificación pública (o privada: sociedades anónimas de capital íntegramente público, aunque aquí la problemática es distinta, pues no estamos ya en presencia de entes públicos) que someten su actividad externa, total o parcialmente, al Derecho privado.

Bajo la vigencia de la LRJAE, su artículo 41 excluía del régimen de la responsabilidad pública la actividad del Estado «en relaciones de Derecho privado», habiendo interpretado la doctrina que tal exclusión se refería, fundamentalmente, a la actividad industrial que solía realizarse a través de entes creados *ad hoc* y sometidos en su tráfico externo al régimen jurídico-privado. En principio, a la misma conclusión podría llegarse en la actualidad a partir del enunciado general del artículo 139.1 LAP, que es idéntico al anterior artículo 40 LRJAE y de cuya lectura podría deducirse la exclusión de los citados entes del régimen de la responsabilidad regulado en la Ley 30/1992.

Pero la citada Ley 30/1992 incorpora una destacada novedad en su artículo 144: cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado su responsabilidad se exigirá conforme a lo previsto en dicha Ley. Novedad que reitera en el artículo 142.6 LAP, en el que se reinstaura la unidad jurisdiccional cuando señala que la resolución administrativa en todos los procedimientos de exigencia de responsabilidad, «cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive», agota la vía administrativa y es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Parece claro que ello significa que el procedimiento de exigencia de esa responsabilidad es el ordinario de la responsabilidad de la Administración, aunque no es tan evidente que el régimen sustantivo sea el régimen público de responsabilidad. Para J. LEGUINA, ello implica, efectivamente, la aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva³⁵. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, por el contrario, sostienen que la novedad sólo afecta al procedimiento, pero no al régimen sustantivo, por más que estos autores avancen la posibilidad de que la unidad jurisdiccional implantada termine por «difuminar un día la diferencia de los regímenes de fondo»³⁶. En ese caso se incorporaría al régimen público lo que desde una lectura *literal* quedaba excluido en el derogado artículo 41 LRJAE («Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado...»).

³⁵ J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en el volumen colectivo por él codirigido *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 403 y ss.

³⁶ *Vid. Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 386.

Entiendo, con LEGUINA, que en línea de principio se ha unificado no sólo el procedimiento y la jurisdicción, sino también el régimen sustantivo. Ahora bien, lo que ya no resulta nada fácil de identificar es cuáles son esas relaciones extracontractuales «de Derecho privado» de que habla el artículo 144 cuando quien actúa es la Administración Pública como tal, es decir, la Administración Pública subjetivamente considerada (en el Estado, la Administración General del Estado). Si excluimos la responsabilidad contractual y si el régimen público de responsabilidad se aplica también cuando actúan empleados no sometidos al estatuto funcional, no queda más zona de fricción con el Derecho privado que la de la gestión de su propio patrimonio no demanial.

El gran espacio que ha asumido el Derecho privado en el ámbito público lo monopolizan los entes instrumentales, las personas jurídicas creadas por la Administración con carácter instrumental para el cumplimiento de ciertos fines singulares y específicos. Ahí es donde surge el problema.

En efecto, lo que el precepto citado (art. 144 LAP) plantea es si el mismo criterio allí expuesto puede hacerse extensivo a la actividad de esos otros entes instrumentales de que se valen las Administraciones Públicas para cumplir algunas de sus funciones. Porque si bien la exclusión de las empresas públicas con fórmulas de personificación privada y régimen jurídico igualmente privado sí parece justificada, no se puede concluir con igual rotundidad en el supuesto de los entes con forma de personificación pública.

De acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, esas entidades de Derecho público «tendrán la consideración de Administración Pública» y sujetarán su actividad «a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación». De este precepto se deduce que esos entes, «cuando ejerzan potestades administrativas», también se someten al régimen jurídico-público de la responsabilidad de la Administración. De hecho son Administración. La duda queda reducida, pues, al resto de su actividad. Y aunque parece que la idea de la Ley es en este caso su exclusión, como sucedía bajo la vigencia del artículo 41 LRJAE, la interpretación contraria no es descartable, porque, como ya ha señalado algún autor, la referencia del artículo 144 LAP equivale a la del viejo artículo 41 LRJAE, y era opinión común en la doctrina que este precepto se refería, sobre todo, a la actividad de los entes instrumentales. Si ahora el artículo 144 dice que cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado su responsabilidad se exigirá conforme a la LAP y su artículo 2.2 afirma que los citados entes públicos instrumentales «tendrán asimismo la consideración de Administración Pública», toda su actividad, incluso

cuando no ejerzan potestades públicas, esto es, aunque no se rijan por el Derecho público, se reclama del mismo procedimiento de responsabilidad que cuando es una Administración territorial la que actúa «en relaciones de Derecho privado»; expresión del mencionado artículo 144 que, como acabo de señalar, tampoco es fácilmente identificable.

El problema se traslada entonces, como para la interpretación del propio artículo 144, hacia la aplicación o no del régimen sustantivo de responsabilidad, según los dos planteamientos ya mencionados.

La cuestión, con todo, no es clara, dada la novedad de la Ley, pero la interpretación expansiva propuesta va en la línea de algo que también he apuntado más atrás: que para que la responsabilidad cumpla adecuadamente su papel profiláctico y garantizador su regulación no debe depender de las formas organizativas o de personificación que adopten instrumentalmente las Administraciones Públicas, porque, además, el instituto de la responsabilidad forma parte, a mi juicio, del núcleo básico garantizador de los ciudadanos, que no es disponible y que debe ser el mismo cuando de la actividad de *entes públicos* se trata. Desde otro punto de vista, si no se llega a esta conclusión la novedad de la unidad jurisdiccional implantada en los artículos 142.6 y 144 de la Ley 30/1992 quedaría muy limitada y reducida a los escasísimos supuestos, si es que hay alguno, como ya se ha puesto en duda más atrás, de la actividad «de Derecho privado» de las Administraciones Públicas típicas (Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, Entes locales y Organismos autónomos). Lo que sería muy poco para una previsión tan recalcada y subrayada por casi todos los comentarios de la Ley 30/1992.

C) Por su falta de integración en la organización se excluye de la cobertura y de la imputación a la Administración la actividad estrictamente privada de los funcionarios públicos. La razón es que en estos casos no hay relación con el servicio. En alguna ocasión, sin embargo, ha surgido la duda en el caso de aquellos funcionarios que, según los reglamentos de sus cuerpos, estén permanentemente de servicio o en total dedicación; singularmente los funcionarios de los cuerpos y fuerzas de seguridad, si el daño se produce, por ejemplo, con un arma cuya posesión se justifica por el hecho de ser funcionario y estar disponible para el servicio en cualquier momento.

Así, el artículo 4.4 de la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía, establecía que «los Cuerpos de Seguridad del Estado se consideraran en servicio permanente». Este precepto ha sido sustituido hoy por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que se refiere a la dedicación profesional de estos funcionarios, disponiendo que «deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de

la seguridad ciudadana». El artículo 5.6 de la misma Ley, por su parte, dispone que los funcionarios de estos Cuerpos «son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas». De todo ello se deduce que lo decisivo para que se produzca la imputación al ente público es el servicio, pues, como señala F. SOTO NIETO, el «servicio permanente» o, en la terminología actual, la «total dedicación», «no puede servir de base para un dictado de responsabilidad civil del Estado cuando el delito o falta cometidos por el agente público se halle desconectado del servicio policial que le es propio»³⁷.

En estos casos el tema de la responsabilidad se suele plantear inicialmente en la jurisdicción penal que interviene con ocasión de este tipo de hechos. Allí se cuestionará la relación de servicio a efectos de hacer derivar o no la responsabilidad subsidiaria del Estado a que hace referencia el artículo 22 del Código Penal. Pero la argumentación vale también para acción civil independiente ante la jurisdicción contenciosa. Tanto la jurisprudencia penal como la contencioso-administrativa han admitido, en ocasiones con cierta laxitud, la responsabilidad estatal, bien como responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito o falta, bien directamente en sede contenciosa, adoptando el discutible criterio —aunque con comprensible buen propósito— de cubrir a la víctima ante la previsible insolvencia del autor directamente responsable.

Así, por ejemplo, J. BARCELONA³⁸ cita la STS de 25 de abril de 1986 (Arz. 2964) que, en contra del criterio del Consejo de Estado, admite la responsabilidad estatal en un supuesto en el que la acción del funcionario policial se hallaba desvinculada del servicio³⁹. Por el contrario, apenas un mes después, la STS de 20 de mayo de 1986 (Arz. 3264) en un caso similar asume la solución contraria por entender que se trata de daños ajenos al servicio.

Una óptica distinta adopta la ya citada STS de 27 de mayo de 1987 (Arz. 3488), en la que el TS, después de considerar los hechos como ajenos a la misión y funciones del servicio policial, concede la indem-

³⁷ F. SOTO, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en el volumen *Gobierno y Administración en la Constitución*, tomo II, IEF, Madrid, 1988, pp. 1824 y ss. También en *La Ley*, núm. 1.549, de 26 de septiembre de 1986.

³⁸ «Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», cit., pp. 108 y ss.

³⁹ Se trataba de un caso de lesiones producidas por un guardia civil franco de servicio en un bar. La Sentencia condena al Estado a pagar cinco millones de pesetas, porque no se trata de la acción de un «simple ciudadano», a pesar de reconocer que los hechos estaban desvinculados del servicio.

nización solicitada al ampliar la responsabilidad pública sobre la base del «riesgo específico, grave y peculiar cuyo origen se encuentra en el concreto sistema de organización y funcionamiento del propio servicio que impone la Administración por considerarla la opción más acorde con el interés público», es decir, la imputación por riesgo; por el riesgo, en este caso, de que la organización del servicio público policial autorice a los funcionarios portar permanentemente su arma reglamentaria, lo que abre una problemática de considerable trascendencia que ha sido ya apuntada en otro lugar de este mismo trabajo.

En cualquier caso, como observa F. SOTO NIETO⁴⁰, en teoría es más factible la admisión de la responsabilidad estatal en vía contenciosa que en vía penal, porque en aquélla se puede tener en cuenta, precisamente, el criterio del riesgo creado y vinculado a la organización y funcionamiento del servicio público. Pero como en estos casos casi siempre interviene antes la jurisdicción penal, en dicha jurisdicción muchas veces se apura la tipificación de la conducta como delito o falta en el servicio para hacer derivar la responsabilidad civil en supuestos que quizá no son claramente punibles, pero sí darían lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración, evitando de esta forma a la víctima el peregrinaje de jurisdicciones.

D) La fórmula de imputación utilizada por el legislador español (funcionamiento de los servicios públicos: arts. 106.2 CE y 139.1 LAP) es —ya se comprende— muy amplia. Incluye tanto el daño material directamente causado de forma lícita (por ejemplo, por la acción de los bomberos) como el producido ilegítimamente (v. gr., todos los supuestos de daños causados por actos administrativos declarados posteriormente ilegales: revocación de licencias, declaraciones de ruina, suspensión de obras, clausura de establecimientos, etc.). Incluye también tanto el daño causado por una persona concreta perfectamente identificada (el funcionario conductor de un vehículo que atropella a un peatón, el policía que causa lesiones, etc.) como el daño anónimo imputable sin más al servicio, a la Administración que lo gestiona, como sucede en la mayoría de los supuestos que contempla la jurisprudencia: daños por defectos de obras públicas o de instalación de los servicios (caída de un muro, falta de desagües, mal funcionamiento de una instalación de alumbrado...), por el mal estado de las carreteras, por ausencia de señalización, etc.

En la rúbrica «funcionamiento de los servicios públicos» se incluye también tanto el mal funcionamiento del servicio, como el funcionamiento tardío o la ausencia de funcionamiento, para cuya verificación es preciso un elemento de cotejo, un estándar medio y comparativo que, en la práctica, es fijado caso a caso por los tribunales.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 1836.

Este es, quizá, como ya he dicho más atrás, uno de los elementos más destacables y al mismo tiempo menos precisos del sistema. Porque si bien es cierto que la fórmula de imputación es muy amplia, el punto de referencia donde poner el listón en los casos de mal funcionamiento o de funcionamiento tardío pura y simplemente no existe más que como una referencia genérica y ambigua, dada la falta de prescripciones legales concretas en la regulación específica de cada servicio y del actuar general de la Administración. Y ahí precisamente se encuentra uno de los elementos disfuncionales del sistema. No hay más remedio que seguir confiando en los criterios jurisprudenciales, con el riesgo señalado por algún autor de que los tribunales coloquen ficticiamente, por encima o por debajo, «los estándares de normalidad de los servicios a unos niveles desproporcionados con la calidad de los servicios del país»⁴¹, lo que supondrá, o bien la admisión generalizada de la responsabilidad si el listón de lo «normal» se coloca muy alto, o, por el contrario, la excepcionalidad de la indemnización si dicho estándar de normalidad comparativa se coloca muy bajo. De *lege ferenda* cabría apuntar que fuera el legislador quien, en la medida de lo posible, fije pautas, criterios, reglas, principios orientadores, parámetros de calidad o de frecuencia que, en caso de incumplimiento, omisión o tardanza, y supuesta la existencia de lesión, pudieran constituir un punto de referencia más seguro para los tribunales y, en todo caso, un punto de referencia que sería el criterio del legislador y no el subjetivo de cada juez a la hora de determinar, allí donde sea posible, si hubo o no retraso, omisión o mala actuación administrativa. Esta misma función la pueden cumplir las llamadas «cartas de servicio» que pretenden incorporarse entre nosotros en el Anteproyecto de Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, asumiendo iniciativas similares de otros países europeos⁴².

Pero estas últimas observaciones dejan de tener sentido cuando resulta que la Administración responde no sólo por el funcionamiento anormal, sino también por un criterio de imputación que apunta incluso al funcionamiento normal.

E) La imputación por omisión, inactividad o retraso de la Administración, por otra parte, plantea numerosos problemas. Cada vez exis-

⁴¹ Así, A. NIETO, «Prólogo» al libro de A. BLASCO *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 18.

⁴² S. MUÑOZ MACHADO («Hacedores de reformas», en *Diario 16* del 29 de enero de 1995) ha dado recientemente cuenta de algunas de estas iniciativas: el documento presentado en julio de 1991 por el primer ministro británico titulado «The citizen's charter (rising the standard)»; el presentado en marzo de 1992 por el ministro francés J. Soisson, «La charte des services publics»; el de la Presidencia del gobierno italiano de 1994, «Carta di servizi pubblici», o, en fin, el proyecto de Carta europea de los servicios públicos elaborado por el grupo socialista del Parlamento Europeo en abril de 1994.

ten más fallos jurisprudenciales sobre ello, aunque todavía no una doctrina sólida ⁴³.

La omisión e inactividad, por ejemplo, están en la base de algunas Sentencias de la serie sobre accidentes por falta de señalización o mal estado de las carreteras. También en algunas otras relacionadas con lesiones por la acción de las fuerzas de seguridad, en las que se alude a la falta de previsión policial al no adoptar otras medidas que hubieran hecho innecesario el disparo que dio lugar a dos casos de muerte [SSTS de 18 de diciembre de 1985 (Arz. 6358) y 29 de abril de 1986 (Arz. 2977)] o a la ausencia de protección de una manifestación en la que se produjeron enfrentamientos [STS de 28 de octubre de 1986 (Arz. 6635)].

La omisión e inactividad está igualmente presente en las Sentencias que se refieren al incumplimiento de los deberes de inspección y policía urbanística que corresponden a la Administración municipal ⁴⁴; en la que condena al Estado, sorprendentemente, por su demostrada inactividad al no obligar a los trabajadores portuarios, tras la negativa de éstos, a descargar un buque, lo que causa perjuicios al consignatario [STS de 2 de febrero de 1982 (Arz. 536)], o en la aún más insólita de 16 de septiembre de 1983 (Arz. 4498) que concede una importante indemnización (más de 100 millones) por la invasión de una concesión marisquera por parte de una multitud, imputándose al Estado los daños por la «inhibición», «dejación absoluta de autoridad», «actitud no sólo pasiva, sino equivocada» e «inacción» —dice la Sentencia— de la Comandancia de Marina al no impedir la invasión.

⁴³ Sobre la responsabilidad por omisión, véase en este mismo número de *Documentación Administrativa* la colaboración de M. GÓMEZ PUENTE.

Cfr., además, entre otros, A. JIMÉNEZ-BLANCO, «Responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando* o *in ommittendo*», en el volumen *Gobierno y Administración en la Constitución*, cit., I, pp. 895 y ss., y antes en *Poder Judicial*, núm. 2, 1986, pp. 117 y ss.; J. M.^a REYES MONTERREAL, «La responsabilidad de la Administración por el “no funcionamiento” de los servicios públicos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 38, octubre 1987, pp. 2177 y ss.

⁴⁴ Así, por ejemplo, la Sentencia de 28 de junio de 1983 (Arz. 3664), en la que se contempla el caso de unas inundaciones que producen daños debidos a la obstrucción del colector municipal, que había sido sustituido por otro de un diámetro inferior por un particular que tenía licencia para construir un edificio. La Sentencia estima la reclamación, a pesar de que el daño podía ser imputable al particular que cambió el colector sin permiso, porque «la concesión de una licencia de edificación no exonerará al Ayuntamiento de su deber legal de inspección y policía urbanística general»; deber general más agudizado cuando se otorga una licencia. Todo ello sin perjuicio de la acción de repetición.

Esta Sentencia, ciertamente estricta en orden a la imputación y a la causalidad, ha sido comentada, con valoraciones parcialmente opuestas, por A. JIMÉNEZ-BLANCO en su trabajo ya citado «Responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando* o *in ommittendo*», pp. 904-906, y por A. BLASCO ESTEVE, «La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente», en *REDA*, núm. 53, 1987, p. 111. Este último autor, en sentido abiertamente crítico, considera excesiva en este caso la imputación a la Administración y apunta, al menos, a la admisión del concurso causal, dada la actividad ilegal que propició el daño. El primero, por el contrario, señala esta Sentencia como un hito positivo.

Todos estos casos y otros similares, que van abriéndose paso paulatinamente, conectan con dos cuestiones clave de la responsabilidad pública: el tema de la relación de causalidad y el de los ya aludidos estándares mínimos de funcionamiento; criterio éste que apela a una tarea legislativa que, teniendo en cuenta la voluntad política y los condicionantes económicos, proporcione en lo posible pautas o guías a la inexcusable labor jurisprudencial ⁴⁵.

En cuanto al retraso, cuestión a la que son extensibles las consideraciones anteriores por tratarse sólo de una variable más del funcionamiento anormal, la doctrina tradicional era que la demora en la tramitación de expedientes no puede ser causa de responsabilidad patrimonial directa si una ley no anuda expresamente esta consecuencia. Exponente de esta tesis es, por ejemplo, la STS de 10 de diciembre de 1971 (Arz. 4874).

Más tarde se admitió la responsabilidad como hipótesis si la demora es causa directa de la producción del daño o una consecuencia necesaria. En esta línea, la STS de 5 de junio de 1972 (Arz. 2769), que contempla el caso de un maestro depurado que recibe la notificación de su rehabilitación años después de producirse ésta. También la STS de 25 de enero de 1974 (Arz. 657) sobre la demolición de un hotel que no cumplía con las servidumbres aeronáuticas, pero que se siguió construyendo a causa del retraso de los servicios de inspección, aumentando así el perjuicio cuando se produce finalmente la orden de demolición. En la STS de 23 de septiembre de 1983 (Arz. 4618) hay una referencia explícita al funcionamiento tardío de la Administración al no poder ésta recibir unos aparatos encargados por no estar aún acondicionados los locales donde iban a ubicarse, lo que produce a la empresa suministradora unos daños por gastos de almacenaje y custodia y un aumento de los de instalación que la Administración es condenada a indemnizar. También en la ya citada de 2 de marzo de 1987 (Arz. 3454) sobre el retraso en la construcción del aparcamiento subterráneo de la calle Marqués de Urquijo de Madrid.

Algunas referencias —no muy habituales— al retraso como generador de daños se hallan en fallos que se refieren a la concesión de li-

⁴⁵ A. JIMÉNEZ-BLANCO (*op. cit.*, p. 906) señala que «la jurisprudencia es la que debe fijar en cada momento el estándar de funcionamiento anormal de los servicios públicos». Seguramente eso es inevitable, pero ello no obsta para propiciar que, en lo posible, ese estándar le venga dado, porque si no las pautas para fijarlo dependerán de las propias y personales convicciones de cada juez. Teniendo en cuenta, además, como señala L. MARTÍN-RETORTILLO, que ese juez es la única autoridad que ordena gasto sin tener en cuenta consideraciones presupuestarias (cfr. su trabajo «De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, 1987, pp. 97 y ss., y en el volumen *Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje al prof. Albiñana*, tomo I, Madrid, 1987, pp. 179 y ss.).

cencias urbanísticas, como en la STS de 25 de junio de 1973 (Arz. 2877) y, con carácter más amplio y general, en la de 30 de marzo de 1981 (Arz. 1431). El artículo 240 del actual Texto refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 menciona precisamente, de forma expresa, la «demora injustificada» en el otorgamiento de licencias como causa de responsabilidad.

Apenas hay, sin embargo, Sentencias de condena indemnizatoria por el retraso en el cumplimiento de los deberes administrativos de solventar en plazo los expedientes —los seis meses que imponía el derogado art. 61 de la Ley de Procedimiento o el plazo residual de tres meses que, en ausencia de otro específico, prevé ahora el art. 42.2 LAP para resolver solicitudes en ausencia de otro específico—, con lo que este tipo de prescripciones se muestran inoperantes. Y ello cuando la generalidad de la doctrina opina, por ejemplo, que el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que aparece en los artículos 121 CE y 292.1 LOPJ como generador de responsabilidad, apunta a las dilaciones indebidas, siendo una derivación del derecho fundamental a que se refiere el artículo 24 CE y una subespecie del principio general de responsabilidad aplicable a las Administraciones Públicas contemplado en el artículo 106.2 CE.

F) La responsabilidad por omisión, inactividad o retraso es, ciertamente, un tema testigo que todavía está en mantillas entre nosotros porque no existen, como digo, pautas, reglas y parámetros de referencia. Ahí sí pueden entrar a ser consideradas las técnicas de gestión y medición derivadas de la Ciencia de la Administración para determinar, por ejemplo, cuál es o debe ser el tiempo medio que, en función de la ciudad y el despliegue de los servicios, tarda en llegar la policía o los bomberos tras un aviso. A veces esas pautas referenciales pueden venir dadas por el legislador, pero también por los reglamentos internos del servicio o las «cartas» a las que antes me he referido. En el primer caso es el titular del poder legislativo quien fija así cómo debe ser la Administración. En el segundo es la propia Administración, pero esas pautas podrán ser controladas. Y contribuyen a fijar criterios, aunque no sean criterios rígidos y automáticos.

En ausencia de unos principios o reglas similares, el sistema puede hipertrofiarse y, sobre todo, devenir inseguro, porque dependerá de cada caso y de cada juez con soluciones posiblemente contradictorias. Se puede diluir en condenas a ojo, sin reglas fijas y, como ya he señalado, casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» arbitrarias o desproporcionadas.

Porque, ¿cuántas veces hay que limpiar una alcantarilla, revisar una instalación, inspeccionar una obra, señalar una carretera para exonerarse o, al menos, reducir la responsabilidad?, ¿cuántos socorristas

debe haber en una playa?, ¿cuántas veces debe vigilar una enfermera por si el interno se suicida?, ¿excluiría la responsabilidad una vigilancia permanente?, ¿se puede gestionar así un hospital? En casos similares se ha hecho derivar la responsabilidad, incluso prescindiendo de la existencia de un funcionamiento incorrecto, tardío o de la falta de funcionamiento del servicio, dado que la Administración responde incluso si éste ha funcionado bien.

Incluso se ha ido recientemente más allá al hacer derivar la responsabilidad del Estado por omisión o tardanza cuando ha explotado una bomba colocada por unos terroristas produciendo muertos y heridos. Ciertamente es loable que la sociedad y el Estado que la representa se haga cargo de aliviar económicamente el daño sufrido. Pero seguramente no en términos de responsabilidad, sino de asistencia. Porque si no, insisto, el sistema acaba careciendo de límites. Precisamente hay una normativa específica para las indemnizaciones a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas (en la actualidad, RD 673/1992, de 19 de junio), que la doctrina y la mayoría de la jurisprudencia sitúan no en la esfera del régimen general de la responsabilidad administrativa, sino en la de las indemnizaciones legislativas derivadas de la asunción asistencial de ciertos riesgos colectivos. En la misma línea están las previsiones para indemnizar a los extranjeros que sufran daños en los vehículos de transporte de mercancías o de viajeros por acciones violentas e indiscriminadas, según la Ley 52/1984, de 26 de diciembre. Si hay esta previsión específica es porque se piensa que estos casos no están cubiertos por el régimen general de la responsabilidad. Pero si se generaliza la responsabilidad por omisión o falta de vigilancia, como sugieren algunos de los ejemplos mencionados, podrían acabar incluyéndose en aquél. No creo que eso sea posible, pero conviene llamar la atención frente a esta hipótesis para concretar y separar el ámbito de la responsabilidad de los supuestos de asistencia social.

Cojamos otro ejemplo. En la Ley 22/1984, de 2 de agosto, de ordenación del seguro privado, se prevén técnicas administrativas de control e inspección de las empresas aseguradoras, y el artículo 22.2, reiterado luego por el artículo 42.2 del RD 1348/1985, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley, establece:

«El ejercicio de las facultades de control no constituirá a la Administración del Estado en responsable por las actividades y operaciones de las entidades sujetas a control, salvo que el daño producido sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de conformidad con lo dispuesto en la legislación general.»

El precepto es, ciertamente, equívoco, como lo ha calificado S. MARTÍN-RETORTILLO⁴⁶, y aclara poco, ya que viene a decir que no habrá responsabilidad salvo que sí la haya. Pero deja en la indefinición el problema de cuándo el daño es imputable a la Administración y cuáles son los estándares de funcionamiento que excluyen la indemnización. Es decir, el problema general que apuntaba más atrás.

Entiéndase bien mi posición. No soy partidario, como creo que ha quedado claro más atrás, de la exoneración generalizada de la Administración. Antes al contrario, soy favorable al principio de responsabilidad como elemento garantizador y coadyuvante al buen funcionamiento de los servicios públicos y como instrumento sancionador de una Administración incumplidora de sus propias normas. Pero, dicho esto, tampoco soy partidario de un principio de responsabilidad universal e ilimitado. Tiene que haber límites. Y es mejor que esos límites estén, si no definidos del todo, sí predefinidos por las normas. Sobre todo en el caso del funcionamiento anormal, que es, a mi juicio, el supuesto prioritario.

Por lo demás, una pretensión generalizada de responsabilidad por omisión o por *culpa in vigilando* sin establecer las obligaciones concretas de esa vigilancia apela a una Administración omnipresente que, puesto que responde, más que vigilar puede decidir asumir. Lo que, a su vez, resultaría contradictorio con las demandas que desde variados ámbitos se hacen —en muchos casos con buenas razones— de un mayor juego y un mayor espacio para la presencia de la sociedad. Lo cual nada tiene que ver, repito, ni con la asistencia social de los Poderes públicos, que dependerá de decisiones políticas y de condicionantes económicos, ni con la fijación de esos mínimos o pautas de vigilancia que, si se incumplen y se producen daños que puedan imputarse a ese funcionamiento anormal, deben generar responsabilidad administrativa.

⁴⁶ «La empresa aseguradora: marco institucional de su ordenación administrativa», en REDA, núm. 50, 1986, pp. 165 y ss. El autor, no obstante, parece mostrarse contrario a la exoneración apuntada en la primera parte del precepto cuando afirma: «califico de muy equívoco este dato, porque después de establecer en su primera parte el criticable y “cómodo” principio de exoneración de responsabilidad de la Administración, que incluso puede entenderse contrario al artículo 106.2 CE, seguidamente, y con carácter excepcional, abre la vía muy justamente a un sistema de reconocimiento expreso de responsabilidad que, precisamente, se afirma de forma progresiva atendiendo a la posible culpa *in vigilando* y que es contrario al principio de exoneración con que se encabeza el artículo. Nótese, además —añade—, que el debido ejercicio de las facultades de control por culpa de la Administración constituye salvaguarda importante de los derechos y de las expectativas de los asegurados, que quedaría burlada si el ejercicio o no ejercicio de aquellas facultades estuviera exento de responsabilidad» (p. 177).

4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

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

La fijación del nexo causal es una cuestión esencial en el sistema de responsabilidad por dos razones. En primer lugar, porque apela, en última instancia, a cuestiones filosóficas y a leyes lógicas que, en principio, nada tienen que ver con el Derecho, por lo que, a efectos de obtener consecuencias jurídicas prácticas, es necesario introducir un límite que elimine lo que no ha tenido una importancia determinante en la producción del daño. Dónde se coloca ese límite es una cuestión de apreciación a la que no son ajenas las concepciones culturales y que, por eso, ha preocupado a los juristas desde siempre, sobre todo en el ámbito del Derecho penal, donde la cuestión ha sido abordada con gran rigor y precisión. Pero, en segundo lugar, porque muchos de los problemas que en los sistemas de responsabilidad subjetiva se analizan al hilo del concepto de culpa o negligencia se condensan en un sistema objetivo de responsabilidad, como el que rige entre nosotros para las Administraciones públicas en la relación de causalidad.

La causalidad es, por ello, un tema clave en todo sistema de responsabilidad objetiva ante el que el Tribunal Supremo ha reaccionado basculando entre el rigor y la generosidad, sin una línea uniforme, aunque sean más las Sentencias que tienden a una exigencia rigurosa de la relación. La «justicia del caso concreto» a tenor de las circunstancias presentes ante un problema tan delicado como éste ha influido, sin duda, en las soluciones adoptadas, observándose, no obstante, una evolución en alguna jurisprudencia reciente que tiende a ser más laxa en la exigencia del nexo causal.

La doctrina tradicional e inicialmente mayoritaria era la de exigir una relación de causalidad «directa, inmediata y exclusiva», de modo que la participación de la víctima en la producción del daño o el hecho de un tercero exoneraban a la Administración de cualquier tipo de responsabilidad. Todavía es posible encontrar esta doctrina en Sentencias relativamente recientes que cita A. NIETO ⁴⁷, en las que se afirma, por ejemplo, que la conducta intencionada, ilegal o negligente del dañado exonera, sin más, a la Administración [por ejemplo, SSTs de

⁴⁷ Cfr. «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial», en REDA, núm. 51, 1986, pp. 428 y ss., donde menciona, además, otras muchas Sentencias exponentes de la hasta no hace mucho tesis mayoritaria de la causalidad exclusiva. Véase también A. BLASCO ESTEVE, «La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente», en REDA, núm. 53, 1987, pp. 99 y ss.

4 de julio de 1980 (Arz. 3410), 6 de febrero de 1982 (Arz. 885), 14 de diciembre de 1983 (Arz. 6950), 15 de mayo de 1984 (Arz. 2890), etc.].

La doctrina tradicional de la exigencia de una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva se rompió bruscamente en un conocido fallo que admitió la causalidad indirecta, mediata y concurrente. Se trató de la Sentencia de 16 de noviembre de 1974 (Arz. 4510), por la que se condena al Estado a pagar una elevada indemnización por unas noticias difundidas por Televisión Española, entonces servicio público centralizado regulado por la Ley de Entidades Estatales Autónomas, a raíz de las cuales varios súbditos españoles sufrieron represalias y perjuicios económicos en Guinea Ecuatorial al serles impuestas multas por las autoridades de aquel país ⁴⁸.

Desde entonces, frente a la línea jurisprudencial tradicional se han abierto paso otras, que incluso han llegado al generoso criterio de la conclusión contraria a aquélla. Si según doctrina inicialmente mayoritaria la coparticipación de la víctima o de un tercero exoneraban a la Administración, según la tesis opuesta la relación de causalidad no se rompe en esos casos de modo que la Administración indemniza por entero, aunque la causa del daño no sea exclusivamente atribuible al funcionamiento de los servicios públicos.

Esta línea jurisprudencial permite, no obstante, una distinción que es posible observar. A saber: que el mantenimiento del nexo causal para hacer derivar la indemnización está más generalizado cuando con la Administración concurre la acción de un tercero que cuando en la producción del daño participa la propia víctima, excepto, quizá, si se trata en este último caso de daños producidos por disparos de las fuerzas de seguridad y orden público.

En el primer supuesto, el criterio jurisprudencial señalado de debilitar el nexo causal cuando concurre la acción de un tercero, los tribunales intentan salvaguardar los intereses del dañado, que nada tuvo que ver en la producción del daño, y con frecuencia se trata de casos de responsabilidad por omisión en los que coadyuvan al daño causas o personas desconocidas. Así, entre otras, SSTs de 17 de junio de 1980 (Arz. 2681), 28 de junio de 1983 (Arz. 3664), 16 de septiembre de 1983 (Arz. 4498), 25 de mayo de 1984 (Arz. 4600)...

⁴⁸ Esta Sentencia fue objeto de varios comentarios. En primer lugar, dos de A. NIETO, «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», en *REDA*, núm. 4, 1975, pp. 90 y ss., y para otros aspectos, «Efectos procesales del silencio negativo de la Administración», *REDA*, núm. 5, 1975, pp. 256 y ss., subrayando la tesis de la Sentencia según la cual se entiende que la Administración admite tácitamente lo que vía administrativa, o en la contestación a la demanda, no ha sido expresamente negado. Además, M. CONDE CONDE, «Responsabilidad extracontractual del Estado: la debilitación del nexo casual», en *Revista de Derecho Público*, 2.ª época, I, núm. 58, 1975, pp. 215 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, «Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa», en *REDA*, núm. 6, 1975, en especial pp. 422 y ss.

En el segundo supuesto, esto es, la admisión de responsabilidad de la Administración a pesar de la concurrencia de la víctima en los daños producidos por la acción de las fuerzas de seguridad, el TS realiza hoy con frecuencia —aunque no siempre— una ponderación de la actividad policial, de modo que si esa actuación fue ilegal, incorrecta, excesiva, imprudente o desproporcionada no exonera a la Administración la conducta, incluso ilegal, del dañado, con la conclusión indemnizatoria, aunque la existencia de la mencionada causa concurrente puede matizar su cuantía. Lo contrario «sería tanto como admitir que ante una situación ilícita creada por un ciudadano la Administración puede emplear toda clase de medios», dice la STS de 18 de enero de 1982 (Arz. 346)⁴⁹, cuya doctrina reitera, entre otras, la STS de 11 de octubre de 1984 (Arz. 5098)⁵⁰.

Entre las dos posturas extremas —exoneración de la Administración si la causa no es exclusiva, e indemnización toda ella a cargo de la Administración a pesar de la concurrencia de causas—, el TS ha sostenido también, como digo, una postura más matizada según la cual la concurrencia del hecho de un tercero o la acción de la víctima no rompen el nexo causal, pero modulan, matizan y producen una compensación en la indemnización atendiendo a la prueba practicada, pudiéndose, no obstante, llegar a la exoneración si las causas ajenas a la Administración son las realmente determinantes del daño. Se podrían citar bastantes Sentencias en esta línea, que parece la más razonable y la auspiciada también por la mayoría de la doctrina⁵¹: desde las de 11

⁴⁹ Sobre esta Sentencia, véanse los comentarios de G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del uso de las armas por los agentes públicos: la fijación del nexo causal cuando en la producción del daño concurre la acción de la víctima», en REDA, núm. 34, 1982, pp. 497 y ss., y de F. SEQUEIRA, «Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con ocasión del uso de las armas por los agentes públicos», en RAP, núm. 99, 1982, pp. 263 y ss. También sobre el tema, J. BARCELONA LLOP, «El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en RAP, núm. 113, 1987, especialmente p. 131, hoy en su libro *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, IVAP, Oñati, 1988, pp. 305 y ss., y, más recientemente, su ya citado trabajo «Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», y su colaboración en este mismo número.

⁵⁰ Se contempla en ella un caso en el que un traficante de droga es herido cuando se le iba a detener. El Tribunal Supremo afirma allí que «ni la conducta ilícita de la víctima al dedicarse al tráfico de estupefacientes, ni la intención de evitar su detención son circunstancias que por sí solas puedan justificar el empleo de toda clase de medios y ocasionar directamente toda clase de daños». Y como, además, no queda demostrado que la actuación del dañado fuera determinante de la lesión, «la conducta de la víctima, aun siendo ilícita, no rompe el nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado lesivo».

⁵¹ En tal sentido, J. LEGUINA, «Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración (en torno al concepto de causalidad jurídica)», en RAP, núm. 60, 1969, pp. 133 y ss., y hoy en su libro *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, cit., pp. 231 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ, «El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración», en el volumen *Homenaje a Segismundo Royo Villanova*, Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1977, pp. 689 y ss. También A. NIETO, «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», cit., y «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial», cit., y A. BLASCO, «La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente», cit.

de octubre de 1981 (Arz. 5098), 12 de mayo de 1982 (Arz. 3326), 21 de mayo de 1984 (Arz. 4370), 7 de julio de 1984 (Arz. 4081), 20 de diciembre de 1988 (Arz. 10039), hasta la de 14 de junio de 1991 (Arz. 5115), entre otras.

El concurso de causas justifica aquí el reparto de la indemnización en la proporción correspondiente que se pruebe y que, a la postre, resulta siempre un tanto aleatoria.

Cuando la concurrencia de la Administración lo es con la propia víctima basta minorar proporcionalmente la cuantía de la indemnización. Cuando la concurrencia se produce por la acción de la Administración y la de un tercero el reparto deberá hacerse en una fase posterior a la condena de la Administración, por medio de la acción de regreso de que ésta dispone.

Como se acaba de decir, cuando la víctima no ha participado en la producción del daño, pero existe una concurrencia de causas, la consideración de la existencia de un vínculo de solidaridad entre los coautores permite al dañado exigir la totalidad de la indemnización a la Administración sin perjuicio de que, como se ha dicho, ésta se resarza luego en la proporción que corresponda. De esa manera se pretende solucionar, al mismo tiempo, una de las cuestiones más espinosas que el instituto de la responsabilidad presenta en la práctica como es el problema jurisdiccional.

En efecto, cuando existe una posible concurrencia de causas, los perjudicados suelen demandar conjuntamente ante los tribunales civiles a la Administración y a personas físicas o entes de naturaleza privada sobre cuya actividad no puede conocer la jurisdicción contencioso-administrativa. Las razones pueden ser varias: desde una a veces mayor rapidez de los tribunales civiles, hasta la cobertura del mayor número de potenciales responsables, muchos de los cuales, al ser personas privadas, no podrían ser demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es el caso, bien frecuente, de las demandas civiles dirigidas contra los médicos de un hospital público y, al mismo tiempo, contra el In-salud. En estos supuestos, aunque la jurisdicción civil no puede tampoco conocer de acciones de responsabilidad contra la Administración, los tribunales civiles suelen declararse competentes a partir de diversos argumentos, entre los cuales la interpretación restrictiva de la expresión «funcionamiento de los servicios públicos», la presunta *vis atractiva* de esa jurisdicción, la tesis de no dividir la continencia de la causa y la declarada intención de evitar dos procesos ante dos jurisdicciones diferentes suelen ser los más frecuentemente utilizados. Pero esa «solución» que la práctica ha impuesto, bien que *contra legem* y facilitada, claro es, por los propios reclamantes, era y es contraria a los datos normativos. Desde el punto de vista sustantivo iba en contra del

artículo 40 LRJAE, que regulaba la responsabilidad de la Administración y residenciaba su conocimiento ante la jurisdicción del orden contencioso-administrativo. Y hoy, tras la Ley 30/1992, todavía con mayor razón, dado que ésta atribuye a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de toda acción de responsabilidad contra las Administraciones Públicas, incluso si éstas actúan en relaciones de Derecho privado y sea cual sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive su responsabilidad (arts. 144 y 142.6). Si desde el punto de vista sustantivo la «solución» mencionada de admitir la competencia de la jurisdicción civil cuando se piensa que han coparticipado en el daño personas de distinta naturaleza es contraria a los datos normativos, no lo es menos desde el plano procesal, porque también se contraría el artículo 154.2 LEC⁵² y porque se pueden producir abusos, como ha demostrado F. PANTALEÓN⁵³, mediante el artificio de demandar a particulares junto con la Administración para que conozcan los tribunales civiles.

La unificación de la jurisdicción que apunta la Ley 30/1992 debe implicar la ruptura de esta práctica, de forma que los tribunales civiles han de declararse incompetentes si se demanda a una Administración ante ellos. Sobre esta cuestión, no obstante, volveremos después.

Respecto al ejemplo mencionado de los daños producidos por la asistencia sanitaria, el RD 429/1993, que desarrolla la LAP, alude explícitamente a su inclusión en el sistema de responsabilidad allí regulado, «superando con ello un largo debate jurisprudencial y doctrinal». Si de esta forma se unifica el régimen procesal de la Administración, que debe conllevar la exclusión de la intervención de la jurisdicción civil, en principio nada debería impedir, sin embargo, que el particular optase por dirigirse civilmente contra el médico, pero sólo contra él, no contra la entidad pública. No obstante, esta afirmación quizá resulte un poco precipitada tras la nueva Ley 30/1992. Por eso, más adelante, cuando analicemos las diferentes vías jurisdiccionales para exigir la responsabilidad, volveremos sobre el tema y me referiré específicamente a esta cuestión.

Por lo demás, la nueva Ley 30/1992 contempla expresamente el supuesto de la responsabilidad por la actividad concurrente⁵⁴ de más de una Administración adoptando el implícito criterio anterior de la

⁵² «Será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio y no podrán, por tanto, acumularse: (...) 2.º Cuando el juez que deba conocer de la acción principal sea incompetente por razón de la materia.»

⁵³ Cfr. su libro *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., pp. 105 y ss.

⁵⁴ Sobre el tema, S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, *in toto*, donde se realiza un excelente análisis del problema de la concurrencia de dos o más Administraciones en la producción del daño y se critica la tendencia de buscar —y encontrar— un patrimonio único responsable en estos casos, normalmente el de la Administración teóricamente más solvente.

solidaridad: «Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas se deriven responsabilidades en los términos previstos en la presente Ley —dice el art. 140—, las Administraciones intervinientes responderán en forma solidaria»⁵⁵.

Finalmente, resta decir que la relación de causalidad se rompe, y, por consiguiente, no procede la indemnización, en los casos de fuerza mayor. No así en los del caso fortuito, que sí da lugar a indemnización. La diferencia entre los dos conceptos está en que, aunque ambos apelan a un evento indeterminable e impredecible, el caso fortuito se refiere a un suceso interno al servicio de que se trate, en tanto la fuerza mayor se interpreta como algo exterior y ajeno al servicio (un rayo, un terremoto, un temporal o una inundación excepcional, etc.).

5. CRITERIOS DE LA REPARACIÓN: LA PRETENSIÓN DE UNA REPARACIÓN INTEGRAL

A) Una de las notas específicas del sistema español de responsabilidad de las Administraciones Públicas es la pretensión de que la indemnización cubra íntegramente el daño efectivamente producido.

Pero, por más que ello sea así como tendencia, no es menos cierto que en la extensión y alcance de la reparación los tribunales se mueven por aproximación en función de los elementos probatorios aportados, que hay daños de muy difícil probanza donde se imponen ca-suísticamente presunciones estimativas, y que en la valoración de los

⁵⁵ Por su parte, el artículo 18 del RD 429/1993, de 26 de marzo, bajo la rúbrica «Concurrencia de responsabilidad», establece:

«1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad, la Administración competente para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento será la fijada en los Estatutos o Reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la Administración pública con mayor participación en la financiación del servicio.

2. Los procedimientos para exigir la responsabilidad en estos supuestos de concurrencia serán los establecidos en los capítulos II y III del presente Reglamento, si bien en ellos preceptivamente deberá consultarse a las Administraciones públicas implicadas en la fórmula colegiada para que, en el plazo que la Administración pública competente a que se refiere el apartado anterior determine, aquéllas puedan exponer cuanto consideren procedente.

3. La responsabilidad entre las Administraciones implicadas es solidaria.

En el orden interno, la distribución de responsabilidad entre las distintas Administraciones públicas se regirá por los criterios que establezcan las fórmulas colegiadas.»

El capítulo II del Reglamento se refiere al procedimiento general de exigencia de la responsabilidad que se iniciará de oficio o por reclamación del interesado. Pues bien, el interesado no tiene por qué conocer ni los Estatutos o Reglas de la organización colegiada, ni qué Administración pública tiene mayor participación en la financiación del servicio. Por ello entiendo que esta previsión del artículo 18 del Reglamento citado es una regla de funcionamiento y competencia interna para las Administraciones afectadas, pero que el particular puede dirigir su reclamación a cualquiera de las Administraciones implicadas que razonablemente considere competentes.

daños no patrimoniales y morales se utilizan siempre criterios arbitrarios.

La idea de la reparación integral la expresa bien, a título de ejemplo, el Auto del TS de 3 de febrero de 1984 (Arz. 1021), que alude a la necesidad de pagar un valor de reposición o sustitución que en el caso contemplado (demolición ilegal de una casa) consistiría en la «cantidad necesaria para la edificación del demolido inmueble con características semejantes en categoría, superficie, servicios y situación», según un «criterio realista y ajustado a las circunstancias de lugar, tiempo y tipo de construcción», a lo que habrán de añadirse los beneficios perdidos y los intereses de demora.

En principio, pues, la indemnización incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, aunque este último criterio no siempre se acepta por la exigencia de demostrar la realidad del daño, que debe ser, como digo, efectivo, sin que quepa incluir los eventuales daños futuros o potenciales. Pero ello no quiere decir que el lucro cesante no se considere nunca, sino que, teniendo en cuenta las pruebas, se concluye a veces en una valoración alzada que el Tribunal suele calificar de «ponderada» o «prudencial». Incluso, en ocasiones, ante la prueba imposible de la cuantía de los daños el TS admite valoraciones estimativas. Así ocurrió, por ejemplo, en la STS de 5 de octubre de 1984 (Arz. 5684), en la que se contempla un supuesto de indemnización tras el derribo de un edificio del que la actora era arrendataria y donde tenía instalado un bar. La recurrente pidió una indemnización por el mobiliario destruido y el TS afirma que «necesario es tener presente que la índole unilateral y de forma oculta con que el Ayuntamiento realizó la demolición hacen imposible una precisa determinación de los enseres y mobiliario destruido, situación que conduce a la estimación prudencial por el juzgador».

Hasta la actual regulación de la Ley 30/1992 no existía en nuestro Ordenamiento precepto alguno que regulara los criterios a manejar en el cálculo de la indemnización, salvo lo dispuesto en el artículo 134.3 REF que remitía para la valoración, «en lo posible», a los criterios de valoración utilizados en la Ley de Expropiación Forzosa. De ahí el casuismo en el que se ha movido la jurisprudencia en este tema.

Ahora, el artículo 141.2 LAP alude a unos criterios genéricos para calcular la indemnización en los siguientes términos: «La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.» Pero la generalidad del enunciado no supone realmente una novedad, salvo quizá la referencia a los criterios de mercado, que sugieren la idea de una reparación integral sólo viable cuando se trate de daños materiales.

Intentando, no obstante, hallar algún criterio aproximativo deducido de la práctica jurisprudencial se puede decir que cuando la imputación es por culpa o negligencia, es decir, por un funcionamiento anormal de los servicios, los tribunales son más proclives a aumentar la indemnización y a admitir el lucro cesante, en su caso. Y que cuando la víctima contribuyó de alguna manera al resultado dañoso y se admite en la relación de causalidad la concurrencia de causas, ése es también, como ya se ha dicho, un criterio de disminución de la indemnización en la proporción debida a la acción de la propia víctima.

B) En el caso de daños materiales la prueba de la cuantía del daño o, al menos, la determinación de las bases o criterios necesarios para fijarla es decisiva. De hecho, el artículo 6 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad, dispone que en la reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la relación de causalidad y «la evaluación económica de la responsabilidad, si fuera posible», acompañando «cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos» y «la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante». El artículo 9 de este mismo Reglamento prevé un período de prueba en el expediente indemnizatorio que puede referirse tanto a los hechos como a la propia valoración del daño. Dichos medios de prueba podrán ser cualesquiera de los habituales en la práctica jurídica, pero puede decirse que los dictámenes de peritos y expertos, la remisión a criterios tributarios, la determinación de valores por referencia a supuestos análogos en vía expropiatoria o por relación a los del tráfico privado son otros tantos elementos a considerar, ahora sustantivados en el citado artículo 141.2 LAP.

C) Más complicado es determinar la reparación en casos de muerte, lesiones corporales o daños morales. En cuanto a estos últimos, en ocasiones puede bastar una condena simbólica que no suele ser frecuente entre nosotros, por lo que todo se reduce a cuantías estimativas y arbitrarias, sin que de ellas se pueda deducir criterio rector alguno.

Ya se ha dicho en otro lugar de este mismo trabajo que la indemnización del daño moral es relativamente reciente en sede contencioso-administrativa. Es hacia finales de los años setenta cuando definitivamente se contemplan esta clase de daños como incluíbles en los bienes que pueden ser lesionados, dado que la LRJAE (art. 40) y, hoy, la LAP (art. 139.1) hablan de daños en «*cualquiera* de los bienes y derechos» de la víctima. Antes no cabían porque la legislación local sólo se refería a los daños materiales.

El daño moral aparece con frecuencia mezclado y globalizado junto con los daños estrictamente patrimoniales. Incluso en ocasiones los Tribunales tratan de traducir o convertir el daño moral en un criterio de orden patrimonial. Así, en la conocida STS de 12 de marzo de 1975

(Arz. 1798) se puede observar esa transformación. Recuérdese que se contempla allí el caso de «los novios de Granada»: la muerte de uno de los miembros de una pareja producida por un interno de un Hospital psiquiátrico que se lanzó al vacío. La Sentencia de la Audiencia Territorial admitía claramente los daños morales para indemnizar a la novia por «la pena que produce la pérdida de un ser querido (...), cuyo dolor puede y debe ser objeto de indemnización económica a modo de *pecunia doloris* que por vía indirecta compense la desazón espiritual sufrida...». El TS, sin embargo, aunque confirma las 400.000 pesetas de indemnización lo hace «prescindiendo de toda estimación en orden a la valoración del [daño] puramente moral» e introduce una justificación patrimonial al traer como argumento analógico el texto del entonces artículo 44 del Código Civil, que se refería a los esposales y al resarcimiento que por los gastos originados en razón del futuro matrimonio incumbía a quien rehusara casarse ¡sin justa causa!

La STS de 26 de septiembre de 1977, como también se ha dicho ya, admite claramente los daños morales. Se trataba de un accidente producido por la caída de un árbol sobre un vehículo que produjo la muerte de varios ocupantes y la pérdida del feto de una mujer embarazada que se indemniza como daño moral con 90.000 pesetas. Desde entonces numerosas Sentencias aluden a los daños morales bien que, como digo, con frecuencia mezclados con los propiamente patrimoniales. Así, entre otras, las también ya mencionadas SSTS de 13 de diciembre de 1979 (Arz. 4726), 2 y 4 de diciembre de 1980 (Arz. 4886 y 4962), 26 de marzo de 1981 (Arz. 2730), 30 de marzo de 1982 (Arz. 2356), 3 de diciembre de 1983 (Arz. 7735), 13 de julio de 1983 (Arz. 4043), 12 de marzo de 1984 (Arz. 2508), 16 de julio de 1984 (Arz. 4231), 9 de abril de 1985 (Arz. 1802)... En esta última se indemnizan los daños psíquicos y morales por la permanente sensación de peligro que sufría el recurrente debida a la curva de noventa grados de la carretera general que atravesaba un pueblo y en cuya esquina vivía aquél.

Daños morales puros se contemplan en la Sentencia de 23 de septiembre de 1992 (Arz. 7007). Los hechos que dieron lugar a ella fueron los siguientes: producido el derrumbamiento de un pabellón del cementerio municipal parece que no es posible identificar al hermano fallecido de la reclamante que afirma que no aparece. La indemnización de 500.000 pesetas procede por los traumas psicológicos derivados de las sucesivas identificaciones que tuvo que realizar la actora.

D) Por lo que respecta a la vida la dificultad de deducir pautas jurisprudenciales deriva del hecho de que no es muy habitual desagregar los conceptos de la indemnización, que se suele fijar muchas veces de manera global, incluyendo conjuntamente auténticos daños patrimoniales y los más imprecisos daños morales.

No se puede hablar, pues, de criterios fijos. Las referencias jurisprudenciales aluden, a veces, genéricamente, a los criterios de la jurisprudencia civil o penal. Entre esos criterios, que no siempre se mencionan, se hace referencia a la situación laboral de la víctima, su edad, sus circunstancias económicas y profesionales y sus cargas familiares, pensando en la finalidad de mantener el nivel de ingresos de la familia.

Con todo, las indemnizaciones son muy variables, aunque han aumentado en los últimos años. Hasta hace poco no superaban casi nunca los tres o cuatro millones, ascendiendo recientemente a cantidades que oscilan entre los ocho y, como mucho, los quince millones.

En la STS de 18 de julio de 1983 (Arz. 4065) se otorgan diez millones de pesetas a la viuda del capitán de un petrolero encallado en las costas gallegas por el mal funcionamiento de los servicios de cartografía que no señalaban la existencia de una aguja rocosa en el mar. En esa época, sin embargo, las indemnizaciones por la pérdida de la vida en sede contencioso-administrativa solían ser mucho más bajas, entre tres y cinco millones.

En la jurisprudencia reciente se pueden citar algunos ejemplos. Así, en la STS de 4 de enero de 1991 (Arz. 500) se conceden quince millones por el asesinato de un recluso en un Centro penitenciario a manos de otro interno. La indemnización se divide entre su viuda (cinco millones) y el hijo menor (diez millones). En la STS de 5 de marzo de 1991 (Arz. 1788) son catorce millones y medio los que se conceden a la viuda de una persona que falleció por asfixia en una piscina municipal. En la STS de 29 de mayo de 1991 (Arz. 3901) se contempla el caso de la muerte de un matrimonio en un control policial, otorgándose diez millones, aunque a repartir entre cada uno de los cinco hijos reclamantes (tres millones a dos de ellos, dos a uno y uno a otros dos). La Sala, no obstante, modera en un 25 por 100 la indemnización otorgada por la Sala de instancia, al entender que debe imputarse parte de los daños a la conducta de las víctimas, que no respetaron una señal de alto suficientemente identificada. En la Sentencia de 15 de julio de 1991 (Arz. 6167) se otorgan ocho millones al recurrente por la muerte de su esposa que, padeciendo trastornos mentales, estaba hospitalizada y se arrojó por una ventana. La STS de 2 de abril de 1992 (Arz. 3328) concede los diez millones pedidos por la reclamante cuyo marido falleció al colaborar en la extinción de un incendio, revocándose la Sentencia de instancia que había denegado la indemnización. La STS de 4 de junio de 1992 (Arz. 4928) otorga cuatro millones a los padres cuyo hijo, disminuido psíquico, falleció en una piscina pública que sólo tenía un socorrista. El TS, no obstante, rebaja la indemnización otorgada por la Sala de instancia porque la muerte no debe considerarse imputable únicamente a la Administración, ya que la condición de disminuido psíquico del fallecido obligaba a una mayor vigi-

lancia por parte de las personas que le acompañaron a la piscina. Por ello otorga cuatro millones frente a los ocho que había concedido la Audiencia. Los padres pedían diez. La Sentencia de 28 de enero de 1993 (Arz. 422), por su parte, otorga también cuatro millones por la muerte de un hijo del reclamante fallecido en accidente de moto en un velódromo municipal abandonado y cerrado, circunstancia no suficientemente señalizada y al que se podía acceder. La cantidad a la que se condena a la Administración se considera correcta porque es la mitad de lo pedido, pero no se llevan a cabo mayores precisiones.

Una reciente Sentencia de 11 de mayo de 1992 (Arz. 4303) contempla un caso de lesiones producidas por un festejo de vaquillas y el Tribunal lleva a cabo una labor de desglose de conceptos indemnizatorios. La indemnización de la Sala de instancia fue de ocho millones, que el TS rebaja a 4.600.000 pesetas. Básicamente se indemnizan los gastos de curación, los salarios no percibidos y las secuelas producidas en la medida en que le pueden impedir a la víctima su trabajo habitual y —dice el TS— sus obligaciones familiares. Al cuantificar la indemnización el TS reduce la partida de gastos en 1.400.000 pesetas porque considera que no proceden 368.000 pesetas de la Clínica Universitaria de Navarra, 330.000 de un masajista, 200.000 de desplazamientos en taxi, 500.000 de desplazamientos en el vehículo propio del reclamante y 25.000 de comidas. Y todo ello porque en el domicilio del lesionado existían centros sanitarios y de rehabilitación de la Seguridad Social. En cuanto a las retribuciones no percibidas (1.600.000 pesetas) han de conjugarse —dice el TS— con los cinco millones solicitados por las secuelas para evitar una duplicidad de indemnizaciones, de modo que concede íntegramente la cantidad relativa a los salarios no percibidos y reduce en un 65 por 100 el montante alzado correspondiente a las secuelas.

La Sentencia de 13 de septiembre de 1991 (Arz. 6597) es, quizá, la que concede una indemnización más alta por daños personales: 30 millones por las secuelas que le quedaron a una menor —fundamentalmente daños estéticos y de modificación de la conducta— por el incendio en una caseta de la feria de abril de Sevilla. El Tribunal señala que ha tenido en cuenta para ponderar la cuantía que la Administración dice haber ayudado ya, por vía de beneficencia municipal, a los gastos de los padres de la afectada.

Aunque, como digo, no abundan los razonamientos y la motivación de las cantidades alzadas concedidas, cuando se intenta esa motivación se han manejado como fórmulas concretas para llegar a la indemnización global la capitalización al interés legal de la diferencia de ingresos anuales que resulte de restar al salario de la víctima la pensión concedida en el régimen de Seguridad Social; pensión como regla compatible con la indemnización debida en vía de responsabilidad.

Otra técnica utilizada es la de calcular dicha diferencia anual y multiplicarla por el número de años que le quedaran a la víctima para jubilarse.

Esta manera de cuantificar la indemnización en casos de lesiones o muertes sugiere algunas consideraciones porque, efectivamente, no es lo mismo un sistema que otro. Si se utiliza la técnica citada en primer lugar, como hizo la STS de 28 de enero de 1972 (Arz. 351) en el primer caso en el que se admitió la responsabilidad por accidentes causados por el mal estado de las carreteras, la cuantía total resultante depende del tipo de interés legal vigente, de manera que cuanto más alto sea éste más reducida será la indemnización. El segundo sistema que se ha utilizado, es decir, otorgar una cantidad que puesta al interés normal del dinero produzca una renta mensual que satisfaga la diferencia constatada (así, Sentencia de 2 de febrero de 1980), puede ser más beneficioso para el dañado que el de la capitalización cuando el interés legal es alto. Es decir, lo que la Sentencia que acaba de citarse y alguna otra jurisprudencia denominan el «mantenimiento del nivel de ingresos de la víctima» depende del sistema técnico que se adopte para cuantificar la indemnización. Una indemnización que, sea cual sea la fórmula utilizada para llegar a ella, si se plasma en una suma de dinero global como hasta ahora viene sucediendo, y no en una renta, supone en todo caso un interés mensual, una renta compensatoria de las diferencias retributivas antes mencionadas, pero también un capital que sobrevive a la víctima y, además, crédito, que tiene igualmente una valoración económica estimable⁵⁶.

En alguna ocasión se ha intentado fijar un baremo concreto como los que existen en el ámbito de la Seguridad Social o ciertas tablas indemnizatorias que manejan las compañías de seguros. Tal sucede en la regulación de las indemnizaciones por daños a las víctimas de las bandas armadas y elementos terroristas (prevista en la actualidad en el RD 673/1992, de 19 de junio), donde los criterios para fijar las indemnizaciones toman como referencia un cierto número de mensualidades del salario mínimo interprofesional. No es éste, sin embargo, como ya se ha dicho más atrás, un supuesto de responsabilidad patrimonial, sino un régimen legislativo especial más cercano a la normativa de asistencia social.

E) La indemnización, como ya he avanzado, es en dinero y consistente en una cantidad fija. No se han admitido criterios de compensación con otro tipo de relaciones jurídico-administrativas que pudiera tener la víctima con la Administración que causó la lesión, y menos

⁵⁶ Cfr., al respecto, las consideraciones más amplias que se hacen en mi trabajo «La responsabilidad patrimonial en el panorama europeo», en *REDA*, núm. 24, 1990, pp. 17 y ss., en especial pp. 24 y ss.

aún una indemnización consistente en algún tipo de pensión o renta, aunque con cierta frecuencia es eso lo que se pide.

Sin embargo, recientemente se ha producido un cambio significativo en la actual regulación de la responsabilidad, contenida en la Ley 30/1992. Así, el artículo 141.4 LAP dispone:

«La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.»

Se introduce, pues, como novedad, la reparación en especie o mediante pagos periódicos, siempre supeditada al acuerdo del interesado. El tema tiene interés porque abre una posibilidad flexible que debe valorarse positivamente. Hasta ahora, como digo, no se aceptaban los pagos periódicos o en forma de pensión en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, la persona afectada tiene que jubilarse por incapacidad física y la pensión que le queda es inferior al sueldo que venía percibiendo o en los supuestos de grandes invalideces. La solución que solían dar los tribunales —ya lo he dicho— ha sido o bien calcular los años que le quedaban a la víctima para jubilarse y multiplicar por ellos las diferencias retributivas o bien otorgarle una cantidad que, puesta al interés normal del dinero —dice el TS—, produzca una renta mensual que satisfaga la diferencia constatada.

F) Interesa decir algo también sobre lo que significa una reparación integral cuando está por medio un importante desfase temporal entre la fecha de la lesión y la de la Sentencia condenatoria, y aun entre ésta y su ejecución. La solución tradicional en estos casos es la condena al pago de intereses sobre la cantidad que supone la indemnización. Pero, partiendo de la base de que se trata de deudas de valor y no de cantidad, cabía también apuntar a la retasación en el seno del propio proceso⁵⁷. La contundencia de la afirmación que hace el Auto ya citado de 3 de febrero de 1984, en el sentido de que hay que pagar un valor de reposición o sustitución para lograr la reparación integral, permitía extraer de ella conclusiones importantes para admitir la valo-

⁵⁷ Así lo propuso hace tiempo E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «De nuevo sobre la depreciación de los justiprecios expropiatorios: la posibilidad de “retasación interna” en el seno de un proceso abierto sin retorno a la vía administrativa», en REDA, núm. 15, 1977, pp. 645 y ss.; «La actualización de las indemnizaciones reparatorias en materia de responsabilidad civil de la Administración y de expropiación forzosa: últimos desarrollos jurisprudenciales», en REDA, núm. 21, 1979, pp. 255 y ss. También S. MUÑOZ MACHADO, «La actualización de las indemnizaciones en materia de responsabilidad civil de la Administración», en REDA, núm. 18, 1978, pp. 624 y ss.; «Confirmada una nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de la Administración», en REDA, núm. 24, 1980, pp. 150 y ss.

ración del daño al momento del fallo y la retasación si tarda en ejecutarse, superando una concepción estricta y rígida del principio de congruencia con lo pedido y el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa.

Esta posibilidad se ha aceptado algunas veces, pero no ha sido una regla general. En la Sentencia de 25 de septiembre de 1984 (Arz. 4685) el TS recuerda, con una redacción un tanto confusa, que es criterio jurisprudencial general «la necesidad de atender a fijar el importe real del daño» para atenerse «al mantenimiento de su equivalencia real», lo que, sobre la base de «los principios de equidad y economía procesal», permitiría la retasación y, en consecuencia, «la posibilidad de conceder una indemnización justa referida al momento de dictar el fallo en vía jurisdiccional con los consiguientes intereses de demora». No obstante lo poco claro de la redacción de esta Sentencia parece adivinarse la tendencia que apunta. En la misma línea se pueden citar, como ejemplos, las SSTs de 20 de septiembre de 1983, 30 de diciembre de 1983, 25 de septiembre de 1984, 14 de marzo de 1985, 19 de noviembre de 1985...

Se trataba de un planteamiento plausible que, en esencia, consistía en: *a)* efectuar la valoración referida al momento del fallo y no al de los hechos; *b)* abonar intereses si se demora el pago, y *c)* reevaluar o retasar si transcurren más de seis meses sin ejecutarse el fallo, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 106 y 110.2 LJ.

Sin embargo, la vigente Ley 30/1992 ha venido a dificultar esa posibilidad de valoración al momento del fallo. En efecto, el artículo 141.3 LAP dispone:

«La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto, respecto a los intereses de demora, por la Ley General Presupuestaria.»

El precepto puede tener una incidencia negativa en épocas de inflación alta si hay desfase temporal, como es frecuente, entre los hechos y la Sentencia de condena. Así, se pueden citar numerosas Sentencias en las que se estima el recurso y se otorga lo pedido años antes —es decir, cuando se hizo la primera reclamación—, como la paradigmática de 6 de marzo de 1984 (Arz. 1749), en la que se condena a la Administración, en 1984, al pago de un millón y medio de pesetas solicitado en 1975 por el fallecimiento de un hijo de la actora ocurrido en 1974, sin referencia alguna a intereses, retasación o actualización de la cuantía solicitada en su día.

Por lo que respecta a los intereses de demora su consideración no es regla general, aunque también es cierto que muchas veces no se pi-

den. En todo caso, debe subrayarse la exigencia jurisprudencial de que las deudas sean líquidas para que generen intereses (*in illiquidis non fit mora*); exigencia jurisprudencial que halló anclaje legal por primera vez en la reforma de la LEC que incorporó el artículo 921 bis (Ley 77/1980, de 26 de diciembre). Ese requisito explica que no sea muy frecuente en las Sentencias la condena al pago de intereses en materia de responsabilidad de la Administración donde, además, suele ser habitual remitir la fijación de la indemnización al período de ejecución de Sentencia, momento en el que se plasmarán también, en su caso, los intereses debidos, sin que haya datos bastantes para extraer criterios generales adoptados en esa fase.

En todo caso, debe tenerse en cuenta la profunda modificación que este tema ha sufrido en los últimos años y que ha producido una jurisprudencia vacilante, insegura y llena de altibajos, cuyos avatares no podemos analizar ahora ⁵⁸.

V. LA ACCION DE RESPONSABILIDAD Y LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS DIFERENTES VIAS JURISDICCIONALES DE EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD

En este epígrafe me refiero a los procedimientos para exigir la indemnización.

La nueva Ley 30/1992 y el RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, regulan esta cuestión que, sin embargo, plantea problemas adicionales sobre los que, de momento, sólo cabe como hipótesis una primera aproximación interpretativa.

Veamos, pues, el supuesto más claro y común, la que podríamos denominar vía administrativa, diferenciando las previsiones anteriores a la LAP y las que se deducen de la nueva Ley.

1. LA VÍA ADMINISTRATIVA Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ANTES DE LA LEY 30/1992

La exigencia de responsabilidad de las Administraciones Públicas se regulaba, hasta la Ley 30/1992, en los artículos 40.2 y 3 LRJAE, 122.2 LEF y 134 REF, siendo preciso hacer una distinción previa según que los daños fueran consecuencia de un acto administrativo o,

⁵⁸ Cfr. L. CALVO SÁNCHEZ, «La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre intereses legales pasivos por demora de las Administraciones Públicas», en *RAP*, núm. 125, 1991, pp. 343 y ss.

por el contrario, que no existiera tal acto y el resultado dañoso fuera producto de un mero hecho, de la actividad fáctica. En este segundo caso y supuesto que la jurisdicción contencioso-administrativa es una jurisdicción revisora de actos, de modo que sin acto administrativo previo no hay recurso posible, era necesario provocar dicho acto mediante la oportuna petición cuya eventual denegación, expresa o presunta por silencio, sí podía ser residenciada ante los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Por consiguiente, se podían distinguir dos supuestos:

A) Supuestos en los que el daño procedía de una decisión administrativa, es decir, de un acto.

La LRJAE advertía que la simple anulación de un acto administrativo no presupone derecho a indemnización (art. 40.2), lo que parecía obvio, pues ha de existir una lesión con los requisitos y características del daño que se han apuntado al analizar dicho concepto. Pero si la lesión existía, se podía optar por recurrir el acto lesivo pretendiendo su anulación y, al mismo tiempo, además, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de él (art. 42 LJ), para lo que se precisaba, obviamente, la prueba de la lesión, su extensión y valoración o la aportación de criterios suficientes para efectuar dicha valoración.

Se admitían, no obstante, varias posibilidades en cuanto al momento procesal de pedir la indemnización: cabía pedirla junto con la pretensión anulatoria desde el principio, esto es, al recurrir el acto, primero en vía administrativa y luego en la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de no obtener satisfacción en aquélla; cabía también pedir únicamente la anulación del acto en vía administrativa y acumular la pretensión indemnizatoria, no planteada antes, en la vía jurisdiccional, una vez desestimado el primitivo recurso administrativo obligatorio (alzada o reposición, según los casos). Esta posibilidad derivaba de una interpretación amplia de las opciones que admitía el artículo 40.2 LRJAE y de los artículos 42 y 79.3 LJ. Este último artículo permitía incluso incorporar la pretensión indemnizatoria en momentos procesales posteriores a la demanda si los hechos y daños constaban ya probados en los autos; cabía, por último, recurrir el acto en vía administrativa y contencioso-administrativa, sin pedir indemnización y esperar a que se produjera la Sentencia anulatoria, en cuyo caso el plazo del año para reclamar a que hacía referencia el artículo 40.3 LRJAE comenzaba a partir de la notificación de la Sentencia, instrumentándose la petición en los mismos términos que en los supuestos de daños producidos por hechos, que se analizan a continuación.

B) Supuestos en los que el daño procedía de un hecho o, aun procediendo de un acto administrativo, el perjudicado optara por esta segunda opción.

En tales casos el artículo 40.3 LRJAE disponía:

«Cuando la lesión sea consecuencia de hechos o actos administrativos no impugnables en vía contenciosa o, aun siendo impugnables, el perjudicado opte por la vía administrativa, la reclamación de indemnización se dirigirá al Ministro respectivo.»

Tratándose de una Corporación Local el escrito se dirigía al Presidente de la misma (art. 134.1 REF) y si era una Comunidad Autónoma se seguía el mismo criterio apuntado para la Administración del Estado.

Se trataba, pues, de forzar un acto sobre la estimación o no de la reclamación, para lo que, en el plazo de un año desde que se produjeran los hechos lesivos se hacía una petición con indicación de las circunstancias concretas en las que se basaba la reclamación, aportando las pruebas que justificaran la existencia del daño, su extensión y valoración o los criterios para efectuarla (art. 134.2 REF). El plazo del año se entendía en la práctica como de prescripción y, por ello, en el caso de una Sentencia penal previa, a contar desde su notificación, como señalaba el artículo 136.2 REF. Si la lesión procedía de un acto anulado ya en sede contencioso-administrativa el plazo para reclamar comenzaba a contar también, como ya he dicho, a partir de la Sentencia anulatoria.

Si la Administración desestimaba la solicitud, tal desestimación constituía ya el acto administrativo que podía recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si la Administración no contestaba a la solicitud era de aplicación el régimen general del silencio entonces vigente en vía de petición, es decir, denuncia de mora a los tres meses e interposición del recurso transcurridos otros tres, como disponían los artículos 38.1 LJ y 94 LPA, que, al unificar el régimen del silencio, modificaban en este punto el plazo previsto en el artículo 122.2 LEF, como aclaró el posterior artículo 134.3 REF.

La cuantía de la indemnización, una vez reconocida la realidad de los hechos y la existencia de responsabilidad en vía contencioso-administrativa, podía fijarse en período de ejecución de Sentencia.

2. LA VÍA ADMINISTRATIVA Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DESPUÉS DE LA LEY 30/1992

A) La nueva regulación actualmente vigente se contiene en los artículos 142 y 143 LAP y en el RD 429/1993.

¿Han introducido alguna novedad sustancial estos preceptos? Para un sector de la doctrina sí, porque de ellos se deduciría que la nueva Ley pretende articular una única vía o procedimiento, con independencia de que la responsabilidad derive de un hecho o de un acto ad-

ministrativo, suprimiendo las diferencias antes mencionadas de la legislación anterior.

Según el artículo 142.1 LAP los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pueden iniciarse de oficio o por reclamación de los interesados. Si se trata de este segundo supuesto —que será el habitual— el procedimiento comienza con una petición al Ministro respectivo, órgano competente de la Comunidad Autónoma o de la entidad local de que se trate (art. 142.2), especificando las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad, la evaluación económica si fuera posible y el momento en que la lesión se produjo, acompañando a la reclamación cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos, la proposición de prueba que se considere conveniente y la concreción también de los medios de prueba de que pretenda valerse el reclamante (art. 6.1 RD 429/1993).

A partir de ese momento el RD 429/1993 prevé una tramitación que incluye la práctica de pruebas (art. 9), la evaluación de informes (art. 10), la audiencia del interesado (art. 11), el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas, cuando sea preceptivo (art. 12), y, por último, la resolución. En cualquier momento cabe la finalización convencional del procedimiento mediante acuerdo con el reclamante (art. 8); acuerdo que puede versar sobre la cuantía indemnizatoria y el modo de satisfacerla, pero no sobre la existencia de la responsabilidad o de la relación de causalidad, como señala expresamente el Preámbulo del RD 429/1993.

Si recae resolución expresa ésta agota la vía administrativa (art. 142.6 LAP) y será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si no recayere resolución expresa en el plazo de seis meses desde que se inició el procedimiento o el que resulte de añadirles, en su caso, un período extraordinario de prueba (art. 13.3 RD 429/1993) se podrá asimismo entender desestimada la solicitud de la indemnización a efectos de interponer también el correspondiente recurso contencioso-administrativo, con la aplicación del nuevo régimen de los actos presuntos a que se refiere la LAP (arts. 43 y 44).

El plazo para iniciar la reclamación prescribe al año de producido «el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo» (art. 142.5 LAP); plazo que sólo cede en tres supuestos: en caso de daños personales de carácter físico o psíquico, en los que dicho plazo de prescripción empieza a computarse «desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas» (art. 142.5); cuando el daño proceda de actos, supuesto en el que el plazo comienza «al año de haberse dictado la Sentencia definitiva» (art. 142.4, que comienza repitiendo lo que ya advertía el artículo 40.2 LRJAE, esto es, que la simple anulación de un acto administrativo «no presupone derecho a

la indemnización»); y cuando la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial (art. 146.2), pero sólo en ese hipotético supuesto porque, si no, la intervención de los tribunales penales, si ha mediado delito de un funcionario, no interrumpe el plazo de prescripción para iniciar la reclamación, lo cual es una novedad destacada.

Así pues, según este planteamiento la única diferencia actual entre los supuestos en que la lesión procede de un hecho o de un acto estaría en el plazo para iniciar el procedimiento administrativo de la reclamación: desde los hechos o desde la Sentencia anulatoria.

Porque, según un sector doctrinal⁵⁹, de los preceptos de la LAP citados se deduciría que el procedimiento descrito es obligado también cuando la lesión procede de un acto. Esto es, que ya no cabe la opción de anudar a la pretensión anulatoria del recurso inicial la adicional pretensión de la indemnización. Ello significaría un importante cambio porque el perjudicado, en estos casos, no podría, como digo, acumular a su recurso contra el acto lesivo la pretensión adicional del reconocimiento de la indemnización, lo que supone la necesidad de reinterpretar o entender implícitamente derogados los artículos 42 y 79.3 LJ, que sí lo permitían en concordancia con el viejo artículo 40.2 LRJAE. Si esto fuese así, insisto, la nueva regulación impondría de hecho dos procedimientos y dos procesos distintos en los supuestos en que el daño derive de un acto: el de la impugnación de tal acto y, de prosperar, la iniciación del procedimiento de solicitud de indemnización previsto en el artículo 142 LAP, que supondrá un nuevo recurso contencioso-administrativo si la resolución es desestimatoria.

De ahí y del hecho de que una modificación de tanta enjundia no se plasme en las Disposiciones Derogatorias explícitas de la Ley respecto de la LJ nos permiten no sostener esta conclusión o, al menos, mantener serias dudas acerca de ella. Por eso, para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ⁶⁰ nada ha cambiado en este punto porque la LAP no deroga la LJ. No así, como digo, para J. LEGUINA, que mantiene el criterio de que la nueva Ley pretende establecer una única vía de exigencia de la indemnización que pasa siempre por la reclamación a la Administración, incluso si la responsabilidad procede o deriva de un acto. Su argumentación se basa en un precepto que sólo in-

⁵⁹ Vid. J. LEGUINA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en el ya citado libro *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, p. 401: «Se elimina así la acción autónoma de resarcimiento que los apartados 2 y 3 del artículo 40 LRJAE permitían ejercer directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin haber reclamado previamente la indemnización en vía administrativa. A partir de la nueva Ley no cabrá «sorprender» a la Administración con demandas judiciales directas de daños causados por actos administrativos, lo que habrá de obligar necesariamente a una reinterpretación de los artículos 42 y 79.3 LJ.»

⁶⁰ Vid. *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., p. 426.

directamente se refiere a la responsabilidad de la Administración: el artículo 145.1, dedicado a la «exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas». Dicho artículo comienza así: «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título [Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública], los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.» A nuestro juicio, de ahí no se deriva la conclusión que el citado autor pretende extraer, aunque quizá sí otras consecuencias acerca de la viabilidad de la acción autónoma de responsabilidad civil sólo frente al funcionario; cuestión a la que me refiero en el epígrafe siguiente.

Entiendo, pues, que la Ley 30/1992 —que, sin embargo, sí ha modificado expresamente algún otro precepto de la LJ— no la ha derogado en este punto. Conclusión que ratifican los preceptos equivalentes del Anteproyecto de Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa conocido en enero de 1995, donde sus artículos 30.2 y 65.3 son exactamente iguales a los artículos 42 y 79.3 de la Ley Jurisdiccional vigente.

B) La Ley 30/1992 prevé también un procedimiento abreviado que el órgano competente podrá acordar seguir «cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización» (art. 143.1). El plazo de resolución en este caso es de treinta días, transcurridos los cuales se podrá entender desestimada la solicitud. El RD 429/1993 alude a este procedimiento en sus artículos 14 a 17.

C) El procedimiento descrito y previsto en el artículo 142 de la Ley 30/1992 es igualmente aplicable a los casos en que las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, según los artículos 144 y 142.6 LAP, que tiene como corolario la unificación del régimen procesal. La resolución administrativa que se dicte, «cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive» la responsabilidad pone fin a la vía administrativa, dice el artículo 142.6. Y podrá ser recurrida en sede contencioso-administrativa.

D) Así pues, con las matizaciones expuestas y los cambios procedimentales señalados, a mi juicio, las cosas se plantean ahora esencialmente en términos muy similares a como ya sucedían con anterioridad a la Ley 30/1992. Excepción hecha, naturalmente, de la aplicación del mismo procedimiento a la actuación de Derecho privado y de su sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa, que es una novedad importante.

3. LA VÍA CIVIL ANTES DE LA LEY 30/1992

A) La regulación anterior a la LAP permitía hablar de la existencia de una dualidad jurisdiccional y, en la práctica, además, de un sistema de libre opción. Esa dualidad fue el resultado de una evolución normativa de la que aquí sólo podemos dar cuenta en términos esquemáticos, habida cuenta de que ya he aludido a esa evolución al referirme a los antecedentes de la actual normativa. El sistema de libre opción fue el resultado de una práctica jurisprudencial *contra legem*.

En efecto, la Ley de Expropiación Forzosa estableció un sistema de dualidad jurisdiccional basada en las normas reguladoras de la actividad productora del daño, de forma que si dichos daños procedían de una actividad no regida por el Derecho administrativo el conocimiento correspondía a la jurisdicción civil. Poco después, como se sabe, en 1956, el artículo 3.b) LJCA borraba la diferenciación al prever, sin excepciones, que la jurisdicción contencioso-administrativa conociera de «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública».

La unidad jurisdiccional fue rota muy pronto para la Administración del Estado por la LRJAE, cuyo artículo 41, ya citado, disponía:

«Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.»

Este precepto, no obstante, no era aplicable a la Administración Local en la medida en que la LRJAE sólo regía para la Administración del Estado, de modo que en el ámbito local, en teoría, seguía vigente el principio de unidad jurisdiccional implantado por la LJ, a pesar de que los tribunales civiles también han venido conociendo en la práctica de pretensiones de indemnización dirigidas contra las Administraciones Locales. Esta situación de teórica unidad jurisdiccional en el ámbito local desapareció tras la LBRL de 1985 cuyo artículo 54 remitía a la legislación general, esto es, al régimen de la responsabilidad de la LRJAE donde seguía vigente la dualidad jurisdiccional (arts. 40 y 41). Así se deduce también del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales de 1986, cuyo artículo 224.1, paralelo al artículo 41 LRJAE, dice así:

«Cuando una entidad local explote una industria o empresa como persona jurídica de Derecho privado, le serán aplicables

las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios.»

El precepto citado, una vez generalizada la dualidad jurisdiccional, tenía la ventaja respecto del artículo 41 LRJAE de que era más estricto que éste en la medida en que limitaba o constreñía su operatividad, expresamente, a la gestión industrial o mercantil de los municipios y demás entidades locales, que era, justamente, la interpretación restrictiva auspiciada por la doctrina en relación con el artículo 41 LRJAE y que no siempre aceptó la jurisprudencia civil. Es decir, se sostenía que la aplicación del citado artículo 41 LRJAE se limitara a la actividad de los entes instrumentales creados por la Administración y regidos por el Derecho privado que era, por otra parte, donde podían identificarse las «relaciones de Derecho privado» a que aludía el precepto.

En estos casos la vía apropiada para exigir la responsabilidad era la civil, previa reclamación administrativa (arts. 138 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y arts. 212 y 224.3 del ROF). Pero ya no se estaba en presencia de supuestos de responsabilidad objetiva *ex* artículos 121 LEF y 40 LRJAE, sino de una responsabilidad subjetiva en los términos del Código Civil, que exige como requisito la existencia de «culpa o negligencia», por más que la evolución de la jurisprudencia civil haya tendido en la práctica a una interpretación laxa de la culpa o negligencia.

B) Procedía igualmente la vía civil, aunque el daño derivara de la Administración y pudiera serle reclamado a ésta en vía administrativa y contencioso-administrativa, si el dañado optaba por dirigirse personalmente contra el funcionario responsable, como autorizaban los artículos 135.3 REF y 43 LRJAE:

«Los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos.»

En estos casos la prueba de la culpa o negligencia era requisito indispensable y cabía la duda de si el procedimiento era aún el de la Ley de 5 de abril de 1904, al que remitía expresamente el artículo 135.3 REF y al que hacen referencia algunas de las escasas Sentencias existentes sobre el tema. Y digo que cabía la duda porque la Ley de 1904 no ha sido nunca formalmente derogada, aunque su aplicación no tenía ya ningún sentido. Recuérdese que esta Ley exigía para poder demandar civilmente a un funcionario una declaración judicial previa de la existencia de infracción legal, una reclamación por escrito sobre la

observancia del precepto infringido (excepcionada en el ámbito local por el antiguo art. 414 LRL) y la demostración de la culpa o negligencia graves.

Frente a ello hay que decir que la reclamación de la observancia del precepto legal infringido acaso era posible respecto de la actividad jurídica del funcionario culpable, pero no inviable cuando el daño procedía de un hecho, y que carecía de sentido tener que obtener previamente la declaración de la infracción legal cometida cuando en ese momento se podía pedir ya la responsabilidad, según la propia LRJAE; Ley ésta, por otra parte, que es a la única a la que remitía la posterior Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 al aludir a la responsabilidad civil (art. 81.3).

Por todo ello, creo que había que entender superadas las exigencias de la Ley de 1904 y en tal sentido debía resolverse la duda apuntada, no siendo necesarios, pues, más requisitos que los que se precisan para demandar civilmente a un particular: demostrar la realidad del daño y la culpa o negligencia, que en este caso, por excepción, debían ser graves.

C) De modo que salvo en el supuesto del artículo 41 LRJAE o si se optaba por demandar personalmente al funcionario responsable la vía civil estaba excluida.

Sin embargo, de hecho, como ya he adelantado, funcionó un sistema de libre opción, resultado de una práctica jurisprudencial *contra legem*, porque los Tribunales civiles han venido conociendo de numerosas demandas de responsabilidad contra la Administración.

¿Cómo ha sido esto posible? Las razones son variadas y los argumentos de dicha jurisdicción también.

Los perjudicados, a veces, utilizan la vía civil bien por inercia o incluso desconocimiento del sistema de responsabilidad de la Administración, bien porque en dicha jurisdicción se puede obtener una Sentencia en menos tiempo —la media de un contencioso en primera instancia está en torno a los dos años—, bien porque pretenden demandar conjuntamente a la Administración y a diversos sujetos privados más o menos vinculados con el daño producido y que no pueden ser demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa: un funcionario, una Compañía de seguros, un particular. En el caso prototípico de daños sanitarios, el cirujano, el anestesista, la enfermera, el director del Hospital y, finalmente, el Insalud.

Los tribunales civiles, ante ello, han mantenido casi siempre su propia competencia utilizando diversos razonamientos. El primero ha sido una interpretación diferenciada de la doctrina y de la jurisprudencia contenciosa en relación con la expresión «funcionamiento de los servicios públicos» que, como es sabido, se hace equivaler a giro o tráfico administrativo. Pues bien, la jurisdicción civil, para justificar, como

digo, su propia competencia, manejaba un concepto restrictivo de dicha expresión del artículo 40 LRJAE identificándolo con un concreto tipo de actividad formalizada: la actividad regular y continua prestada por la Administración en régimen de Derecho público en la que no se incluirían ciertas actividades puramente materiales o en las que la Administración actuaba desprovista de sus funciones de autoridad. Por ejemplo, los daños producidos por un accidente de un vehículo de propiedad pública, los derivados de un festejo organizado por el municipio (por cohetes, vaquillas, etc.). Ello ha dado lugar a que muchos asuntos, como los de los ejemplos que acaban de citarse, que podían —debían— ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa lo fueran por la jurisdicción civil. Y que supuestos similares se encuentren tanto en los repertorios de la jurisprudencia civil como en los de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El argumento de la *vis atractiva* de la jurisdicción ha sido también un argumento de autoridad que choca, sin embargo, con los datos normativos. Asimismo, cuando se demanda conjuntamente a la Administración junto a particulares la competencia de la jurisdicción civil se fundamenta en la confesada intención de no dividir la continencia de la causa y evitar dos procesos con fallos eventualmente contradictorios ante dos jurisdicciones diferentes, uno contra la Administración ante la jurisdicción contenciosa y otro contra los particulares ante la jurisdicción civil.

La interpretación de la expresión «funcionamiento de los servicios públicos» y la acumulación de acciones ha servido, así, para evitar la jurisdicción que el legislador quiso para la Administración, excepto en los supuestos del artículo 41 LRAJE. De ahí que se haya dicho que, en la práctica, ha funcionado un sistema de libre opción. Sistema que, como también se ha señalado más atrás, era contrario al artículo 40 LRJAE, que regulaba la responsabilidad de la Administración y residenciaba su conocimiento ante la jurisdicción del orden contencioso-administrativo. Incluso en el supuesto de varios codemandados el por otra parte plausible argumento de la jurisdicción civil para mantener su competencia de no dividir la continencia de la causa era asimismo contrario al artículo 154 LEC en la medida en que este precepto declara incompatibles el ejercicio simultáneo de dos acciones en un mismo juicio cuando «el juez que deba conocer de la acción principal sea incompetente por razón de la materia», lo que sucede en materia de responsabilidad de la Administración.

La unificación de la jurisdicción operada por la Ley 30/1992 debe implicar, se piense lo que se piense de la opción legislativa, la ruptura de estas prácticas, de forma que, como luego se insistirá, los tribunales civiles han de declararse incompetentes tanto si se demanda sólo a una Administración como si se la demanda conjuntamente con otros particulares.

Veamos, no obstante, por separado lo que cabe deducir tras la Ley 30/1992.

4. LA VÍA CIVIL DESPUÉS DE LA LEY 30/1992

La aprobación de la LAP en 1992 permite decir que han cambiado parcialmente las cosas.

A) Por de pronto el artículo 144, como ya se ha dicho, vuelve a instaurar la unidad jurisdiccional: «Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio (...). La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda.» Esto es, de acuerdo con el procedimiento, común o abreviado, mencionado más atrás de exigencia de la responsabilidad de la Administración. Algo que reitera también el artículo 142.6 LAP cuando señala que «la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa». Y, en consecuencia, la resolución es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En adelante, pues, se pretende que no haya dualidad jurisdiccional, que no intervenga la jurisdicción civil, sino únicamente la contencioso-administrativa cuando de la actividad de las Administraciones Públicas se trate. Lo que implica que la jurisdicción civil ya no podrá basar su competencia en una interpretación restrictiva de la expresión «funcionamiento de los servicios públicos», porque, sea cual sea la interpretación de dicha expresión del artículo 139 LAP, esto es, sea cual sea el tipo de relación, «pública o privada», de que derive la responsabilidad, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa.

B) Que eso sea así con carácter general no significa, sin embargo, que no subsistan problemas.

Por de pronto no resulta nada claro qué hay que entender ahora por «relaciones de Derecho privado» a las que alude el artículo 144 LAP, y cuál es el ámbito subjetivo de dicho precepto, esto es, si se extiende, aunque en sentido contrario, al mismo ámbito al que se refería el viejo artículo 41 LRJAE.

Recuérdese que el citado artículo 41 LRJAE, que excluía del régimen de la responsabilidad pública la actividad del Estado «en relaciones de Derecho privado», había sido interpretado en el sentido de que tal exclusión se refería, sobre todo, a la actividad de los entes instrumentales creados *ad hoc* para una determinada finalidad y sometidos en su tráfico jurídico externo al régimen jurídico-privado. Si el artícu-

lo 144 LAP no abarca ese mismo ámbito la predicada unidad jurisdiccional no es tal y la novedad de la Ley 30/1992 se queda en bien poca cosa. Porque, ¿cuáles son las «relaciones de Derecho privado» de las Administraciones Públicas subjetivamente consideradas, esto es, de la Administración General del Estado, las Administraciones de las CCAA, las Entidades locales? Bien pocas. Quizá sólo la actividad de gestión de su patrimonio privado, de los bienes patrimoniales.

Cuando la Administración usa realmente el Derecho privado es a través de entes instrumentales con personalidad pública, pero cuya norma de creación específica que se regirán total o parcialmente por el Derecho privado. Un fenómeno muy habitual últimamente, como es sabido.

Pues bien, como digo, si la unidad jurisdiccional no se extiende a este tipo de entes, si su responsabilidad se exige en vía civil, escasa es en verdad la novedad de la Ley, no se habría cambiado casi nada porque falta el presupuesto mismo del artículo 144 LAP. De ahí que quepa sostener dicha extensión del régimen público de la responsabilidad y de la vía contencioso-administrativa también a la actividad lesiva de este tipo de entes públicos.

Si no, únicamente se habría incorporado al régimen público ⁶¹, lo que desde una lectura *literal* quedaba excluido en el derogado artículo 41 LRJAE («Cuando *el Estado* actúe en relaciones de Derecho privado...») —que no se sabe muy bien en qué consiste—, pero no los supuestos que en dicho precepto de la LRJAE se excluían también: la actividad privada de los entes públicos instrumentales, que era, como digo, en el ámbito de aplicación al que se extendía el artículo 41 LRJAE y al que se refería también, con más precisión, el artículo 224.1 ROF de 1986 («Cuando la entidad local explote una industria o empresa *como persona jurídica de Derecho privado...*», siguiendo la interpretación auspiciada doctrinalmente sobre el citado artículo 41 LRJAE).

Para mantener esta tesis hay que partir del artículo 2.2 de la Ley 30/1992, según el cual esas entidades de Derecho público «tendrán la consideración de Administración Pública» y sujetarán su actividad «a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas

⁶¹ Digo, en general, «régimen público», puesto que ya se ha dicho en otro momento que, a mi juicio, la unificación procedimental implica también la del régimen sustantivo. No porque los tribunales del orden contencioso-administrativo no pueden aplicar el Derecho privado, o al revés, sino, sobre todo, porque el régimen de la responsabilidad, sea cual sea, entiendo que forma parte del sistema garantizador básico y común de los ciudadanos, de forma que cuando de la Administración Pública se trata no debe depender de la forma de personificación (pública) que ésta adopte, que, al fin y al cabo, es algo instrumental, ni del régimen jurídico coyuntural de un ente que tiene, en definitiva, personalidad pública. El tema de la responsabilidad de los entes con forma societaria, aunque sean de capital público, sería otra cuestión. En el texto se insiste también después en esto.

de creación». De este precepto parece claro que esos entes, «cuando ejerzan potestades administrativas», también se someten al régimen jurídico-público de la responsabilidad de la Administración y, por tanto, se excluye la jurisdicción civil, porque, de hecho, «son Administración». Sería, de hecho, el mismo supuesto de los organismos autónomos. La duda se reduce, pues, al resto de su actividad. Y hay base para mantener que incluso entonces subsiste el régimen público de la responsabilidad.

Si era opinión común, en efecto, que bajo la expresión «cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado» del artículo 41 LRJAE subyacía la exclusión del sistema público de responsabilidad de la actividad de los entes instrumentales; si ahora el artículo 144 dice que cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado su responsabilidad se exigirá conforme a la LAP; si el artículo 2.2 de esta Ley afirma que los citados entes públicos instrumentales «tendrán asimismo la consideración de Administración Pública», la conclusión ha de ser que toda su actividad, incluso cuando no ejerzan potestades públicas, se debe reclamar del mismo procedimiento de responsabilidad que cuando es una Administración territorial la que actúa «en relaciones de Derecho privado»; expresión del mencionado artículo 144 que, como acabo de señalar, no es, si no, fácilmente identificable.

La cuestión, con todo, no es clara dada la novedad de la Ley, pero la interpretación expansiva propuesta va, como ya he dicho en otro momento, en la línea finalista apuntada. Esto es, la idea de que la responsabilidad ha de cumplir un papel garantizador y prospectivo que no debe depender de las formas organizativas o de régimen que adopten instrumentalmente las Administraciones Públicas. El dato de la personificación (pública) diferenciada no debe suponer un régimen diferenciado para las Administraciones Públicas propiamente tales y para sus entes públicos instrumentales cuando ambos actúen sometidos al Derecho privado. Porque, además, como también se ha dicho, el instituto de la responsabilidad forma parte del núcleo básico garantizador de los ciudadanos, que no es disponible y que debe ser el mismo cuando de la actividad de *entes públicos* se trata.

Si no se llega a esta conclusión, como podría pensarse a primera vista de una lectura literal de la Ley, la novedad de la unidad jurisdiccional implantada en los artículos 142.6 y 144 de la Ley 30/1992 quedaría muy limitada y reducida a los escasísimos supuestos de actividad «de Derecho privado» de las Administraciones Públicas típicas. Lo que sería muy poco para una previsión tan destacada por casi todos los comentaristas de la Ley 30/1992. Porque, repito, ¿cuál es entonces la actividad de Derecho privado de la Administración? ¿El régimen del personal laboral? Los daños producidos por este personal están cubiertos

e incluidos en el régimen público de la responsabilidad y se imputan a la Administración. ¿Los daños derivados en el seno de un contrato privado? No es un supuesto de responsabilidad extracontractual. Queda la gestión del patrimonio privado donde, aunque puede darse, no será frecuente ni fácil encontrar supuestos de daños imputables a la Administración. Y queda, claro es, la actividad privada de los entes públicos creados *ad hoc*.

Así pues, sólo si no se admite esta hipótesis interpretativa sería apropiada la vía civil en relación con la actividad de los entes públicos instrumentales cuando no ejerzan potestades administrativas.

La cuestión está planteada y, aunque no hay de momento una conclusión definitiva, puede darse por cerrada por el momento.

C) Procede, sin embargo, la vía civil cuando se trate de la actividad de entes que son públicos desde el punto de vista económico o patrimonial, pero privados desde la óptica de su personificación y régimen. Es decir, los entes que adoptan fórmulas societarias de personificación y que actúan sometidos, sin más, al tráfico jurídico privado.

D) Los tribunales civiles, decía antes, han mantenido hasta ahora su competencia también cuando se demanda conjuntamente a la Administración y a particulares para no dividir la continencia de la causa y evitar dos procesos ante dos jurisdicciones diferentes.

Ya se ha indicado más atrás cómo esta bienintencionada práctica chocaba, sin embargo, con los datos normativos. No sólo con los derivados de la regulación sustantiva y de lo previsto en el artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también en el nada infrecuente caso de demandas civiles contra la Administración y concesionarios o contratistas suyos, por prescindirse lisa y llanamente del procedimiento expresamente contemplado para estos supuestos en los artículos 123 LEF y 134 del Reglamento General de Contratación ⁶².

Hoy, tras la Ley 30/1992, el problema subsiste en los mismos términos que antes. Nada se ha modificado en materia de responsabilidad de concesionarios y contratistas y nada hay nuevo en la citada Ley que impida esa práctica jurisprudencial.

Por eso, el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha creído conveniente abordar la cuestión. Así, en su primera versión, de junio de 1994, el entonces artículo 3.b) decía:

«El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de:

b) Las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad de la Administración Pública, cualquiera que sea la naturaleza de la ac-

⁶² Véase al respecto la colaboración de Raúl BOCANEGRA en este mismo número de *Documentación Administrativa*.

tividad o el tipo de relación de que aquélla derive, *incluidos los supuestos en que hayan concurrido a la producción del daño sujetos privados. En este último caso la Administración Pública no podrá ser demandada ante los órganos del orden jurisdiccional civil.*»

El segundo texto conocido, ya como Anteproyecto, de enero de 1995, en el equivalente artículo 2.c) disponía:

«El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

c) La responsabilidad de la Administración Pública, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que aquélla derive. *Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante podrá deducir también frente a ellos su pretensión de resarcimiento ante este orden jurisdiccional, no pudiendo en ningún caso ser demandada la Administración Pública por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.*»

La pretensión del Anteproyecto es clara: cegar las posibilidades de actuación de la jurisdicción civil en estos supuestos y, en consecuencia, invalidar legalmente el otro gran argumento de la jurisdicción civil para declararse competente.

El texto que es, obviamente, un mero proyecto trata de salir al paso de una vía de escape de la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la que se pretende para toda la actividad de la Administración. En ese sentido solventa un problema. Pero, sin embargo, plantea otros nuevos.

Obsérvese, antes de nada, la diferencia entre las dos redacciones. En la primera se trata de un texto que ratifica con carácter general la competencia de la jurisdicción contenciosa en materia de responsabilidad, aclara un posible caso dudoso («incluidos los supuestos en que hayan concurrido a la producción de daño sujetos privados») y explicita la prohibición de la intervención de la jurisdicción civil. Pero no aborda la cuestión del posible doble proceso, que en estos casos no se evita. Contra la Administración en sede contenciosa y contra los particulares concurrentes ante la jurisdicción civil.

El segundo texto, que ratifica la prohibición de que la Administración sea demandada ante la jurisdicción civil —y social, se añade—, sí se plantea el problema mencionado. Y lo resuelve posibilitando que la jurisdicción contencioso-administrativa conozca también de estos casos de concurrencia de demandas contra sujetos privados. Posibilidad que no evita, sin embargo, que el lesionado se pueda dirigir civilmente contra el particular que concurre en la producción del daño.

Se trata de unificar la jurisdicción y de encarar un problema. Pero, como digo, plantea otros nuevos.

En efecto, se plantea, en primer lugar, el problema práctico de la articulación de la demanda frente a esos sujetos privados. Si aquí lo que se impugna es un acto administrativo desestimatorio de la necesaria petición previa, ¿cómo se entera el sujeto privado de que se le demanda a él también? ¿Al realizar inicialmente la reclamación?, ¿al interponer el recurso?, ¿al formalizar la demanda? Los particulares pueden comparecer como codemandados en un proceso contencioso-administrativo, pero no está previsto esta demanda directa contra ellos.

Una demanda, además, que de poder articularse suscita, en segundo lugar, la cuestión del fuero propio del particular, que podría resultar demandado en un tribunal con sede en Madrid cuando el juez que tendría que conocer de los supuestos de su responsabilidad civil privada es el de su domicilio. Eso podría plantear el problema del juez natural y el de la jurisdicción propia de los sujetos privados.

En relación con el segundo aspecto posiblemente haría falta una Ley orgánica para modificarlo. El artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en efecto, señala que los tribunales ejercerán su jurisdicción en aquellos asuntos en que les venga atribuida por esta u otra Ley. Y «esta Ley» (la LOPJ) atribuye a la jurisdicción civil «las materias que le son propias». De ahí que la STC 224/1993, de 1 de julio, declarara inconstitucional la Disposición Derogatoria de la Ley de Bases de procedimiento laboral cuando atribuía a la jurisdicción civil la resolución de los recursos previstos en el artículo 114 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Y lo hizo desde la interpretación de la reserva de ley orgánica. Desde la interpretación de que al legislador ordinario le está vedado incidir en el artículo 9 LOPJ en la medida en que el artículo 122.1 CE, al fijar una reserva de ley orgánica, incluye la atribución competencial básica de los órganos judiciales. Y aunque no toda norma atributiva de competencia jurisdiccional exige Ley Orgánica (FJ 2), y cabe que el legislador ordinario concrete el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales establece la LOPJ (FJ 3), no puede, sin embargo, la ley ordinaria modificar ese diseño cuando se trate de actos «típicamente administrativos en razón de su naturaleza y origen»; expresiones éstas que si bien sirven para excluir a la jurisdicción civil en tales supuestos quizá puedan utilizarse también para lo contrario, esto es, para cuando se trate de excluir de la jurisdicción civil cuestiones «que son propias» suyas y se pretenden por ley ordinaria atribuir a otro orden jurisdiccional.

Pero todavía surgen nuevos problemas. Aun admitiendo la viabilidad de la opción y despejada la primera objeción aparecen otros inconvenientes de carácter práctico.

Por una parte, el Derecho aplicable. El particular ¿respondería *ex* 139 Ley 30/1.992 o *ex* 1902 CC? El interrogante no puede resolverse

utilizando el criterio que rige para contratistas y concesionarios, pues el particular copartícipe no está en su misma posición. El problema no es que la jurisdicción contenciosa no pueda aplicar normas civiles. Puede, porque no hay una estricta correlación entre Derecho sustantivo y orden jurisdiccional. La cuestión está en concretar, para evitar equívocos, cuáles se aplican al particular y cuáles a la Administración, pues parece que aquél respondería subjetivamente y ésta de forma objetiva.

Pero, de otro lado, habría que aclarar igualmente si el tribunal, para condenar al particular, tiene que hacer lo propio con la Administración. Si puede condenar al particular y no a la Administración. Si la respuesta fuera que no, que no puede, probablemente ello no impediría un segundo pleito, esta vez en sede civil contra el particular si la Administración es absuelta en el primero. Pero si la respuesta fuera que sí, ello podría dar lugar a toda clase de abusos por el mero expediente de demandar conjuntamente a la Administración y al particular. Es decir, a los mismos abusos —aunque en sentido contrario— que ahora caben para evitar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se demanda a la Administración y a particulares para mantener la competencia de la jurisdicción civil.

Y en cualquier caso incluso se plantearía el problema adicional de la ejecución de la Sentencia, que difícilmente se podría articular a través de las fórmulas previstas en la Ley Jurisdiccional.

No es fácil, pues, evitar la dualidad jurisdiccional en estos casos. Es decir, evitar el doble pleito si la Administración no puede ser demandada ante la jurisdicción civil, como sucede ya ahora y se pretende reforzar en el Anteproyecto analizado.

Hay, desde luego, la fórmula auspiciada por los civilistas para evitar la dualidad. Es decir, propiciar la unidad jurisdiccional, pero en la jurisdicción civil. Alterar, en definitiva, la pretensión del Anteproyecto. Unidad que, para evitar los abusos a los que antes me he referido, debería, según esa tesis, ser completa, esto es, residenciar las cuestiones de la responsabilidad de la Administración, sola o concurriendo con particulares, ante la jurisdicción civil.

Inconvenientes teóricos o prácticos no los hay. No existe tampoco problema alguno en que un juez civil aplique normas de Derecho público. Pero habría que dejar garantizada, entonces, la aplicación por los tribunales civiles de las normas de Derecho público, así como también cierta especialización de los jueces. Y alguna experiencia de los interdictos contra la Administración, donde los jueces civiles no siempre aciertan a manejar los criterios de la nulidad de pleno Derecho de los actos tal y como se deriva de las normas administrativas, procedimentales y sustantivas, no parece abonar esa dirección. Aunque podría ser la solución más directa, a ella se oponen, quizá, más que razones dogmáticas o teóricas, cuestiones de orden simbólico y tradicio-

nal que tampoco deben desdeñarse. Y se abriría un portillo de consecuencias indefinibles: ¿por qué no entonces los contratos?, etc. A pesar de la lógica de esta solución, tampoco debe desdeñarse la vinculación de la Administración a su fuero propio tradicional que es una de las bases, quizá no escritas, de la esencia del Derecho administrativo: un conjunto de privilegios y un fuero especial.

La unidad jurisdiccional en sede contencioso-administrativa no es fácil, pues, de articular en los casos de concurrencia, evitando los problemas que ello genera. Acaso podría postularse que la reclamación se dirigiera siempre contra la Administración y que, de prosperar, ésta pudiera repetir luego en vía civil contra el copartícipe.

Si no, se mantendrá, de hecho, la dualidad y, en el fondo, la libertad de opción en estos casos.

Cabe ciertamente ratificar de forma expresa la prohibición de que las acciones de responsabilidad dirigidas exclusivamente contra todos los entes públicos se residencien en la jurisdicción civil. Cabe ampliar la prohibición, como luego veremos que es posible interpretar ya, de demandas civiles contra los agentes de la Administración. Y cabe, finalmente, prohibir que la Administración sea demandada civilmente aunque se trate de supuestos en los que haya concurrido con sujetos privados a la producción del daño, como decía la primera versión del Anteproyecto de Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa de 1994.

Pero no se podrá evitar que el dañado, si quiere, demande civilmente al particular, no a la Administración. Y no habría litisconsorcio pasivo necesario porque la acumulación de acciones queda excluida de acuerdo con el artículo 154.2.º LEC, dado que el juez que conoce en vía civil es incompetente por razón de la materia para conocer de una acción frente a la Administración.

No se evitarían dos pleitos. A no ser que, como en el caso de los funcionarios, se obligue a plantear la acción contra la Administración y que ésta repita contra el copartícipe (lo que tampoco evita otros problemas procesales); que se articule una solución similar a la prevista para el caso de la responsabilidad de concesionarios y contratistas; o que mantenga la segunda versión del Anteproyecto de Ley Jurisdiccional, pero resolviendo antes los problemas apuntados más atrás.

E) En último lugar hay que mencionar al supuesto en que antes era también competente la jurisdicción civil. Esto es, cuando identificado el funcionario causante personalmente del daño el interesado opte por dirigirse directamente contra él. ¿Sigue siendo esto posible?, ¿han cambiado en este sentido las cosas?

Una primera impresión podría ser la de que nada impide esa posibilidad aunque, naturalmente, aplicando el régimen sustantivo del Código Civil. Yo mismo he defendido esa hipótesis a la entrada en vigor de la Ley 30/1992. Y, sin embargo, hay argumentos, actuales y de

futuro, para sostener lo contrario. Es decir, para sostener que ya no se puede optar por demandar civilmente al funcionario responsable, sino que hay que solicitar necesariamente la indemnización a la Administración.

La Ley 30/1992 ha derogado, en efecto, expresamente, el artículo 43 LRJAE, que decía:

«Los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos.»

No hay ya un precepto similar en la Ley 30/1992. El actual artículo 146.1 LAP establece que «la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente». Y el artículo 145.1 (bajo la rúbrica «Exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas») dispone:

«Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.»

Podría entenderse que la remisión del artículo 146 a «la legislación correspondiente» sea a la Ley de 1904, pero es dudoso que tal Ley esté vigente, como ya dijimos en su momento. Podría mantenerse también que el artículo 145.1, al aludir al Capítulo I de ese Título («Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública») se refiere efectivamente a la exigencia de responsabilidad *de la Administración*, que cubre al funcionario, pero que de esa remisión no hay que deducir que se impide o prohíbe la exigencia de responsabilidad *personal* al funcionario *ex* artículo 1.902 CC.

Frente a ello, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ se pronuncian en el sentido de que la derogación del antiguo artículo 43 LRJAE supone la exclusión de esa posibilidad al establecer imperativamente el artículo 145.1 que la responsabilidad del funcionario ha de exigirse a la Administración, sin perjuicio de la posterior acción de regreso ⁶³.

⁶³ Vid. *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., p. 405: La nueva Ley «ha eliminado, sin

La cuestión es importante porque cambia algunas cosas de manera sustancial. No ya por el hecho de que se impida demandar personalmente al funcionario de forma personal y aislada, pues no sería algo frecuente, dado que normalmente será insolvente y estando cubierto como estaba por la Administración el perjudicado se dirigiría contra ésta. La importancia de la conclusión anterior reside en que, si eso es así, ya no será posible tampoco demandar en vía civil al funcionario junto con la Administración, hipótesis, ésta sí, frecuente. Por ejemplo, en el caso de daños sanitarios donde se demandaba civilmente al cirujano, al jefe de servicio, al director del hospital y al Insalud. Y esto sí tiene, como digo, importancia y resulta novedoso.

La conclusión anterior no se deriva sólo de la interpretación aislada del artículo 145.1 de la Ley 30/1992 y del argumento de autoridad expuesto. Hay, efectivamente, indicios adicionales que sugieren que ésa era y es la intención del legislador. Esos indicios se derivan de la redacción del artículo 121 del Proyecto de Código Penal, actualmente en tramitación parlamentaria (*Boletín Oficial de las Cortes* de 26 de septiembre de 1994). Dicho artículo dice así en lo que ahora interesa:

«El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla o el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas *dolosos*, cuando éstos sean autoridad, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones o en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren encomendados (...). Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agente de la misma o funcionario público, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o Ente público presuntamente responsable civil subsidiario.»

La responsabilidad de la Administración sólo procede cuando se trate de delitos o faltas dolosos, lo que significa que se excluye en el caso de delitos meramente culposos con la evidente finalidad de evitar que a través de la vía penal, con frecuencia más rápida, se intenten obtener resultados que no buscan la penalidad, sino la indemnización civil.

embargo, la anterior posibilidad de opción al establecer imperativamente en su artículo 145.1 que "para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este título los particulares *exigirán directamente a la Administración Pública* correspondiente las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio". La derogación del antiguo artículo 43 LRJAE impide, pues, a la víctima dirigir su reclamación *ab initio* contra el agente causante del daño, al que, a partir de ahora, sólo la Administración a la que pertenece, una vez que hubiera indemnizado al dañado, podrá exigir en vía de regreso, cuando medie dolo, culpa o negligencia grave, la responsabilidad en que hubiere incurrido».

Pues bien, si la Administración, frente a la que ha de dirigirse la pretensión, sólo responde penalmente por delitos dolosos de los funcionarios, si se trata de cubrir al funcionario, si incluso la acción de regreso (art. 145.2) sólo procede cuando los funcionarios hubieren incurrido en dolo, culpa o negligencia grave, no resulta muy coherente con todo ello que los funcionarios puedan ser demandados civilmente y responder allí sólo por culpa leve. Porque eso es lo que significa a la postre la derogación del artículo 43 LRJAE, que permitía la opción del dañado de dirigirse civilmente contra el funcionario, pero limitaba la responsabilidad a los supuestos de culpa o negligencia graves. Ahora no. Al derogarse ese precepto y su limitación, de admitirse la acción aislada contra el funcionario éste respondería como cualquier particular, *ex* artículo 1.902 CC, por culpa o negligencia, no necesariamente graves. Y ésa se muestra incoherente con toda la tendencia señalada.

Así pues, la jurisdicción civil debe declararse incompetente también si se demanda aisladamente al funcionario o conjuntamente con la Administración.

F) Cuando el daño se derive de la actividad estrictamente privada del funcionario, desconectada y ajena al servicio, la vía civil es, desde luego, la obligada.

5. LA VÍA PENAL ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 30/1992

Puede suceder que el daño se produzca mediando una actividad delictiva de una autoridad o funcionario que es procesado y condenado por ello. Como se sabe, el artículo 19 del Código Penal dispone: «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente.»

En estos casos podían darse tres supuestos distintos. Digo «podían» porque también aquí la nueva Ley 30/1992 introduce algún elemento nuevo que induce en estos momentos a una cierta provisionalidad. Me referiré, pues, primero a lo que claramente sucedía antes de la LAP, para apuntar después a esas novedades de la Ley 30/1992.

A) Prescindiendo por el momento de la LAP, cuando mediaba una actividad delictiva de un funcionario podían suceder tres cosas: *a)* que el tribunal lo condenara penal y civilmente; *b)* que el tribunal condenara penalmente al funcionario sin pronunciarse sobre la responsabilidad civil, y *c)* que se sobreseyera la causa o el tribunal penal absolviera al funcionario procesado.

En el primer caso, a tenor del artículo 22 CP, la Administración resultaba responsable civil subsidiaria. Ahora bien, había razones para pensar que el artículo 22 CP debía ser leído a la luz del ahora derogado artículo 40 LRJAE, según el cual la Administración cubría *direc-*

tamente la responsabilidad civil del funcionario siempre que la actividad productora del daño se incardinara y conectara con la prestación del servicio que aquél tiene encomendado. De esta manera, la Administración resultaría responsable civil directa, y no sólo subsidiaria, como hoy se viene aplicando el mencionado precepto penal.

La razón para auspiciar la responsabilidad directa de la Administración en vía penal era simple: si la Administración responde de forma directa por la actividad, cualquiera que sea, del funcionario, no hay motivo alguno que justifique el cambio de ese régimen cuando la responsabilidad no se exige en vía administrativa, sino que la determina el juez penal por una cuestión de economía procesal tras una actividad tipificada como delito o falta. Así, debería entenderse derogado el artículo 22 CP en este punto por el anterior artículo 40 LRJAE, y así lo entendió el Consejo de Estado en su viejo Dictamen de 11 de abril de 1962, en el que se podía leer: «El Consejo de Estado debe llamar la atención sobre la sustancial modificación llevada a cabo por las normas vigentes, y es que la Administración responde civilmente de manera directa y no subsidiaria como estaba previsto en la mecánica del artículo 22 CP (...), que debe[n] estimarse derogado[s] en este punto concreto.»

Sin embargo, ése no ha sido el criterio de los tribunales penales, que han mantenido unánimemente el carácter subsidiario de la responsabilidad civil de los entes públicos cuando media delito de uno de sus funcionarios. La Administración, no obstante, responde directamente en vía contenciosa, sea cual sea la actividad dañosa, incluso si media delito y el tribunal penal no se pronuncia acerca de la responsabilidad civil. De ahí que fuera «más acertado», como señala la doctrina que se ha ocupado del tema, propugnar la tesis apuntada en la aplicación del artículo 22 CP, integrándolo con el ahora derogado artículo 40 LRJAE (hoy, art. 139 LAP).

Y ello, además, por otras razones no desdeñables entre las que podemos destacar ahora una de singular importancia. Y es que ante la realidad de una mayor lentitud de la jurisdicción contencioso-administrativa se puede observar el intento de la representación de las víctimas de anudar una responsabilidad penal, incluso mínima, para lograr así en breve plazo una responsabilidad civil, aunque sea subsidiaria, de las Administraciones Públicas. Los propios tribunales, a veces, apuran la calificación de una conducta como constitutiva de delito o, sobre todo, de falta, no tanto por la condena penal, a veces ínfima, cuanto para hacer derivar la responsabilidad civil y evitar al dañado el peregrinaje jurisdiccional. Pero esta «solución» plantea otros problemas, porque no evita al funcionario toda suerte de complicaciones hasta que, ante su insolvencia, la Administración se hace cargo de la responsabilidad subsidiaria. Para evitar esos problemas derivados de la insol-

vencia del funcionario o incluso posibles embargos se está generalizando la práctica de que la Administración contrate pólizas de seguros privados para sus funcionarios, lo que sería innecesario con la interpretación propuesta y asumida en su día por el Consejo de Estado.

En el segundo caso más atrás contemplado, esto es, si el tribunal penal no se pronuncia sobre la responsabilidad civil, se produce una reserva de acciones, lo que significa que tras la condena penal el dañado podrá dirigirse a la Administración reclamando en la vía de petición ordinaria la indemnización correspondiente y recurriendo luego, si es desestimada su solicitud, en vía contencioso-administrativa. Ya una STS de 6 de marzo de 1979 (Arz. 1071) precisó correctamente que la acción civil a la que se refiere el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alude también a las pretensiones deducidas contra la Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos casos el plazo del año para reclamar la indemnización en vía administrativa se entendía que comenzaba a correr a partir de la Sentencia penal.

Por último, si hay sobreseimiento o absolución en la vía penal, a partir de su notificación se abría también el plazo del año para reclamar a la Administración en los términos que acaban de señalarse.

B) ¿En qué medida este panorama ha sido afectado por la Ley 30/1992? La novedad deriva del artículo 146.2 LAP, que dice así:

«La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, *ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos*, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.»

Este precepto plantea no pocos problemas y es probable que haya que leerlo teniendo a la vista lo que disponía el artículo 122 del decaído Proyecto de Código Penal de 1992. Allí se hablaba de responsabilidad «directa» de la Administración, y no sólo subsidiaria como en el actual artículo 22 CP, pero se obligaba, de hecho (como también parece deducirse del precepto citado de la LAP), a dos procesos ante dos órganos jurisdiccionales distintos, haciendo equiparable el supuesto de la condena penal al ya mencionado del sobreseimiento o absolución, salvo que el dañado optara por reclamar la responsabilidad civil en sede penal de forma personal al funcionario o autoridad de que se tratara.

Decía así el artículo 122 del Proyecto de CP:

«El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás entes públicos, según los casos, responden patrimonial y *directamente* de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas, cuando éstos sean autoridades, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren encomendados.

La responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil directa y personal de la autoridad, funcionario o agente, la sentencia se limitará a pronunciarse sobre la misma sin entrar, en ningún caso, a decidir sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate, ni sobre la eventual responsabilidad de la Administración, que habrá de exigirse directamente ante ésta y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad de indemnizaciones.»

En definitiva, lo que se estaba diciendo en el Proyecto CP es que la jurisdicción penal no puede condenar civilmente a la Administración, ni directa, ni subsidiariamente (a pesar de la contradicción que ello suponía con el inicio del precepto según el cual las Administraciones Públicas «responden patrimonial y *directamente* de los daños causados por los penalmente responsables» si éstos son funcionarios), sino que tras la condena penal del funcionario había que acudir, igual que cuando hubiera absolución, a pedir la indemnización a la Administración, cuya resolución desestimatoria sería recurrible en vía contencioso-administrativa. No se impedía, si así se pedía, la condena civil directa y personal de la autoridad o funcionario, pero en ese caso el tribunal no podría entrar a dilucidar «sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate, ni sobre la eventual responsabilidad de la Administración», que habría de exigirse ante ésta y ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Ley 30/1992 va incluso más allá porque no dice que se haya de acudir a la reclamación administrativa *después* de la condena penal, sino que hay que ir a esa vía (que conduce finalmente a la jurisdicción contenciosa) *con independencia* de la actuación de la jurisdicción penal que, ni suspende el procedimiento de reconocimiento de la responsabilidad, ni, lo que es más importante y una novedad destacada, interrumpe el plazo de prescripción para iniciar dicho procedimiento, «salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial»; hipótesis nada precisa tampoco.

He ahí, pues, las dudas que introduce la nueva Ley 30/1992. Según ella el plazo para iniciar la reclamación administrativa no se ve interrumpido por el proceso penal pendiente, salvo que la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para fijar la responsabilidad, lo que introduce cierta dosis de inseguridad.

Pero del precepto citado no puede deducirse lo que sí se derivaba del Proyecto de CP, esto es, que la Administración no puede ser condenada civilmente, aunque sea de forma subsidiaria, en un proceso penal. Y ello, entre otras razones, porque la Ley 30/1992 no puede modificar al actual Código Penal al no tratarse de una ley orgánica. De modo que, en resumen y con carácter provisional, se puede decir que: *a)* no es preciso esperar a la finalización del proceso penal para pedir en vía administrativa una indemnización, salvo la hipótesis ya mencionada del inciso final del artículo 146.2 LAP; *b)* si hay condena penal al funcionario el tribunal penal puede también condenar civilmente de forma subsidiaria a la Administración, como hasta ahora (aunque también sería posible la condena directa), y *c)* si el tribunal penal no se pronuncia sobre la responsabilidad civil, absuelve o se sobresee la causa y ha pasado más de un año desde los hechos dañosos, desde la manifestación de sus efectos lesivos, desde la curación de la víctima o desde la determinación del alcance de las secuelas (art. 142.5 LAP) sin haberse iniciado el procedimiento de reclamación de la indemnización, la acción de la responsabilidad administrativa ha prescrito. Con la única salvedad mencionada en el citado inciso final del artículo 146.2 LAP: «que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial».

El Proyecto de Código Penal de 1994, en tramitación parlamentaria, ha modificado el precepto del de 1992 e incurre en cierta contradicción con el artículo 146.2 de la Ley 30/1992. Ahora, el artículo 121 establece:

«El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás entes públicos, según los casos, responden *subsidiariamente* de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas *dolosos*, cuando éstos sean autoridad, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, si resulta probada la relación directa y exclusiva entre su conducta y el servicio público de que se trate, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las reglas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la Autoridad, agente de la misma o funcionario público, la pre-

tensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario».

Si el texto de 1992 contenía elementos novedosos la redacción actual introduce otros de distinto signo e incorpora alguna aparente contradicción con la Ley 30/1992.

A diferencia del texto de 1992 la previsión actual es que la Administración sí va a poder ser condenada civilmente por el juez penal, pero responde sólo subsidiariamente y, además, únicamente en el caso de delitos dolosos de los funcionarios. No en los meramente culposos. Esa responsabilidad sólo se derivará si hay una «relación directa y exclusiva» entre la conducta del funcionario y el servicio público. Y se obliga a dirigir la pretensión indemnizatoria también contra la Administración presuntamente responsable civil subsidiaria «si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la Autoridad, agente de la misma o funcionario público». Todo ello con independencia de que la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos pueda ser «exigible conforme a las reglas de procedimiento administrativo».

Es decir, no se impide la condena civil, eso sí, subsidiaria, de la Administración en vía penal, pero se pretende limitarla al supuesto de delitos dolosos, seguramente con el propósito de evitar así que se utilice la vía penal para buscar exclusivamente indemnizaciones civiles. Si se trata de delitos culposos el funcionario podrá ser condenado penalmente, pero la responsabilidad civil no será de la Administración, aunque quepa exigirla en vía administrativa y posteriormente en vía contencioso-administrativa. Y aquí es donde aparece la contradicción con el artículo 146.2 de la Ley 30/1992 porque según este precepto, como ya se ha dicho, la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas «*interrumpirá el plazo de prescripción*» para iniciar la petición de indemnización, «salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial», inciso éste que se tendría que convertir en regla general para cohonestar el artículo 146.2 LAP de prosperar el mencionado artículo 121 del Proyecto de Código Penal.

Y, finalmente, parece invitarse de hecho a renunciar expresamente a la acción civil, puesto que para que prospere contra la Administración en el caso de delitos dolosos se condiciona a que resulte «probada la relación directa y exclusiva» entre la conducta de la autoridad o funcionario y el servicio público, cuando en sede contencioso-administrativa dicha relación de causalidad no se exige ya con tales rígidos requisitos, como se ha visto más atrás. Aun así, la responsabilidad de la Administración es subsidiaria cuando en la sede contenciosa es di-

recta. Y se obliga a que «la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario», imponiéndose así, como ha destacado F. PANTALEÓN, un extraño (pasmoso, dice él) litisconsorcio pasivo necesario.

6. LA ACCIÓN DE REGRESO

El artículo 145.2 de la Ley 30/1992 establece:

«La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por culpa, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.»

En parecidos términos se pronuncian los artículos 121.1 LEF, 78.3 LBRL y el derogado artículo 42.1 LRJAE.

El artículo 21 del RD 429/1993, de 26 de marzo, regula el citado procedimiento. Pero la acción de regreso que estos preceptos contemplan es hoy una posibilidad más teórica que real, dado que la Administración no la suele poner en marcha a pesar de que el TS, al condenar a la Administración, apunta a veces esa posibilidad. Es insólito, en efecto, que la Administración condenada a indemnizar por una lesión producida por un funcionario mediando culpa o negligencia graves reclame del funcionario responsable la cuantía de lo pagado por ella. El sistema de responsabilidad, así, cubre al dañado, pero hace impune al funcionario o autoridad, sea cual sea su conducta. Esa es ciertamente una conclusión perversa que habría que evitar.

Baste, pues, aludir someramente al modo de activar la acción de regreso y a sus presupuestos. Estos son la existencia de culpa o negligencia graves. Y el procedimiento es jurídico-público. Según el RD 429/1993 se inicia notificando al afectado los motivos y dándole un plazo de presentación de pruebas. Hay un informe del servicio donde se haya producido la lesión, la práctica de las pruebas admitidas, un plazo de audiencia y, finalmente, la resolución. La constatación de la culpa o negligencia graves normalmente procederá de la previa decisión judicial o administrativa que reconoce la indemnización al perjudicado por la acción del funcionario; perjudicado que se ha dirigido

antes contra la Administración y ha conseguido la condena de ésta. No será necesario, pues, un expediente disciplinario, aunque la admisión de la responsabilidad administrativa mediando culpa o negligencia puede constituir también una falta grave, según el artículo 7.1.c) del RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.

NOTA BIBLIOGRAFICA GENERAL

La bibliografía sobre responsabilidad de la Administración es muy amplia. Hace quince años yo mismo hice un intento de recopilación más o menos exhaustiva en mi trabajo «Bibliografía crítica sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 91 (1980), pp. 209 y ss., y también en el volumen recopilativo dirigido por A. NIETO *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, INAP, Madrid, 1983, pp. 1108 y ss. Desde entonces se han sucedido numerosas aportaciones que han ampliado considerablemente la bibliografía existente. En esta breve nota recojo únicamente obras generales donde pueden hallarse también otras referencias bibliográficas. Entre esas obras generales cabe mencionar las siguientes:

BLASCO ESTEVE, A., *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1984. La primera edición es de 1956 y se trata de la obra a partir de la cual se construyen los planteamientos dogmáticos del sistema de responsabilidad que asumen la mayoría de los autores, siendo el punto de partida de muchos otros trabajos posteriores.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 355 y ss.

LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1983.

MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Ed. Civitas, Madrid, 1977; «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Tratado de Derecho municipal*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1988; «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas», en el libro *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*, IV, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, F., *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

En general, también, todos los Comentarios que han ido apareciendo a lo largo de 1993 sobre la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y, en especial, los siguientes trabajos:

BLASCO ESTEVE, A., «La responsabilidad de la Administración», en el volumen colectivo *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Carperi, Madrid, 1993, pp. 407 y ss.

LEGUINA VILLA, J., «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en el libro colectivo dirigido por él mismo y por M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 394 y ss.

NAVARRO MUNUERA, A., «La regulación de la responsabilidad de las Administraciones Públicas», en el libro colectivo coordinado por J. TORNOS *Administración Pública y Procedimiento Administrativo (Comentarios a la Ley 30/1992)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 521 y ss.

Algunas partes de este trabajo se han beneficiado de largas conversaciones e intercambios de puntos de vista con Fernando PANTALEÓN, Catedrático de Derecho Civil y colaborador también en este mismo número de *Documentación Administrativa*. Quiero, por tanto, agradecerle ese provechoso diálogo común que me ha hecho a veces matizar o incluso modificar opiniones anteriores y del que se ha derivado una amplia convergencia en muchas cuestiones que tienen su traducción directa o indirecta en el texto anterior. Aunque subsistan también algunas diferencias, sobre todo en el tema jurisdiccional, hay partes de este trabajo que son tributarias, pese a no mencionarlo expresamente, de esas charlas y reflexiones, frutos a su vez de la amistad académica y personal.