

El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración

SUMARIO: I. LA POTESTAD SANCIONADORA. 1. PRELIMINAR SOBRE EL CONTENIDO DE LA REFORMA. 2. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA OPORTUNIDAD Y ALCANCE DE UNA REFORMA DECIDIDA EN LA MATERIA. II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. ACERCA DE LA REFORMA PENDIENTE. 3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 3.1. *La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas*. 3.2. *La indemnización*. 3.2.1. Los supuestos de exoneración de la responsabilidad. 3.2.2. La actualización de la cuantía indemnizatoria. 3.3. *La responsabilidad de la Administración cuando actúa en relaciones de Derecho privado*. 3.3.1. La responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria. 4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 4.1. *La responsabilidad civil ordinaria*. 4.1.1. Preliminar sobre el estado de la cuestión anterior a la reforma y el contenido y verdadera razón de ésta. 4.1.2. Objeto y ámbito de aplicación del primitivo art. 146.1. 4.1.3. La solución legal o la callada por respuesta. 4.2. *La responsabilidad civil del funcionario derivada de delito*. 4.2.1. Una cuestión terminológica previa: la inexplicable referencia a la responsabilidad penal del funcionario. 4.2.2. La remisión de la responsabilidad civil derivada de delito a lo dispuesto en el Código Penal. 4.2.3. Responsabilidad civil derivada de delito y responsabilidad patrimonial son una única y misma institución. Algunas conclusiones y propuestas.

I. LA POTESTAD SANCIONADORA

1. PRELIMINAR SOBRE EL CONTENIDO DE LA REFORMA

Bien evidente es que la reforma considerada salta por encima del régimen de la potestad sancionadora de la Administración establecido en la Ley 30/1992. No hay, aparte la supresión del último inciso del artículo 127.2, y cuyo interés notaremos más adelante, ninguna otra modificación. Por esta última razón y como en su

día hizo notar ya el profesor NIETO, explicar la Ley 4/1999 en este punto resulta singularmente difícil¹.

Alguna consideración con todo parece oportuna, por más que ésta haya de ser forzosamente general y obediente, en lo fundamental, a lo que la nueva Ley silencia, bastando en lo demás con la remisión a los numerosos comentarios publicados con ocasión de la Ley 30/1992².

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA OPORTUNIDAD Y ALCANCE DE UNA REFORMA DECIDIDA EN LA MATERIA

Antes que nada, el silencio del legislador puede ser interpretado de muy diversas formas. Cabe, en primer lugar, entender que si el régimen legal de la potestad sancionadora diseñado por la Ley 30/1992 ha escapado de la reforma lo ha sido justamente porque el legislador lo ha juzgado correcto y, por tanto, no necesitado de retoques. Sin embargo, acaso sea ésta, como ha de verse, la hipótesis que cuenta con menos razones para ser compartida.

Es sabido que el Título IX de la Ley 30/1992 no escapó tampoco a las múltiples y, en ocasiones, muy duras críticas que desde el primer momento se lanzaron contra esta última. Más allá del contenido y acierto de estas críticas, no hay duda que las mismas alertan ya de suyo sobre la existencia —y pervivencia, en tanto situación no corregida ni resuelta aún— de innegables problemas teóricos y dificultades prácticas.

Resumiendo mucho, buena parte de estos problemas y dificultades son trasunto del pie forzado que introduce la afirmación de la existencia de un único *ius puniendi* del Estado y la consecuente

¹ A. NIETO GARCÍA, *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992* (celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de febrero de 1997), MAP/BOE, Madrid, 1997, p. 199.

² La bibliografía disponible sobre el Título IX de la Ley 30/1992 es realmente abundante y difícilmente abarcable en este momento. Con todo y entre otros muchos, pueden consultarse los siguientes trabajos: J. F. MESTRE DELGADO, «Los principios de la potestad sancionadora»; J. SUAY RINCÓN, «Los principios del procedimiento sancionador»; ambos trabajos recogidos en el volumen colectivo *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (dirs. J. LEGUINA y M. SÁNCHEZ MORÓN), Tecnos, Madrid, 1993, págs. 367 y sigs., y 382 y sigs., respectivamente; A. DE PALMA DEL TESO, «Comentarios al Título IX "De la potestad sancionadora" de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común», en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Coord. J. TORNOS MÁS, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 467 y sigs.; P. GARCÍA MANZANO, «De la potestad sancionadora», en *Comentario sistemático a la Ley de régimen de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común* (coord. J. A. SANTAMARÍA PASTOR y otros), Carperi, Madrid, 1993, págs. 361 y sigs.

incorporación, bien que con matices, al Derecho administrativo sancionador de las técnicas propias del Derecho penal³.

Aunque este planteamiento está inducido y avalado por una copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional (y con él, del Tribunal Supremo), importa retener que la potestad sancionadora de la Administración es desde luego una más (aunque singular) de las potestades generales inherentes al poder público administrativo y, en tal forma, un instrumento más para el cumplimiento por aquélla de su fin institucional⁴. Por ninguna otra razón, el propio Tribunal Constitucional ha subrayado el carácter accesorio de la potestad sancionadora respecto de las sustantivas para la ordenación normativa de una determinada materia (por todas, STC 108/1993, de 25 de marzo, con cita de otras muchas).

Esta observación no es ni mucho menos ociosa. Por lo pronto, permite cuestionar la legitimidad constitucional de la regulación legal considerada. Pues no se advierte, en efecto y a falta de un título competencial específico, cuál sea la razón de su inclusión justamente en la Ley 30/1992. Ni «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas», ni «el procedimiento administrativo común» parecen prestar la cobertura constitucional necesaria.

Como ha notado PAREJO, aquella primera materia no parece, en efecto, que comprenda la definición del régimen jurídico sustantivo de las potestades administrativas generales, pues «el propio artículo 149.1.18 contempla diferenciadamente al menos una de ellas: la potestad expropiatoria»⁵. Pero duda, además, que tiende a la certeza negativa desde el momento en que la propia Ley (art. 127.3 y disposición adicional octava) excluye paradójicamente de su objeto (dada su mayor y más clara vinculación con el régimen jurídico de las Administraciones públicas) la potestad y procedimiento disciplinarios respecto del personal al servicio de las Administraciones y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual⁶.

³ A. NIETO ha sido el primero en llamar decididamente la atención sobre la debilidad de este planteamiento y en propugnar la autonomía institucional del Derecho administrativo sancionador (*Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1994, *in totum*). A esta crítica se han sumado luego otros autores y entre ellos, L. PAREJO, en *Manual de Derecho Administrativo*, I, Ariel, 5.ª ed., Barcelona, 1998, págs. 609 y sigs.

⁴ Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pág. 621.

⁵ L. PAREJO ALFONSO, «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en la obra colectiva dirigida por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 23-24.

⁶ Esta exclusión ha sido criticada muy duramente por todos los autores que se han ocupado de dicha cuestión. Por todos, puede verse A. NIETO, «La potestad sancionadora y los casos de especial sujeción en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», en *Estudios sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedi-*

Parecidas razones abonan la cuestionable legitimidad del capítulo II, relativo a los principios del procedimiento sancionador. Aparte la dudosa naturaleza meramente procedimental de alguno de estos principios, bien parece evidente en todo caso que la coexistencia de dos procedimientos «comunes» pugna abiertamente con la noción misma del «procedimiento administrativo común». Si éste apela a la determinación de las instituciones y técnicas que, en su caso, sirven a la correcta ordenación de cualesquiera procedimientos administrativos concretos (ya generales, ya especiales), es claro que aquella determinación debiera comprender de suyo la correspondiente a los principios o garantías procesales de la potestad sancionadora⁷.

Ya esto anterior ilustra el modo, realmente discutible, con el que el redactor de la Ley 30/1992 abordó la regulación de la potestad sancionadora de la Administración. Pero es, con todo, el propio contenido dispositivo de dicha regulación el que apuntala definitivamente la certeza de este aserto.

Al tiempo de elaboración de la Ley 30/1992 existía ya, en verdad, un acuerdo bastante generalizado acerca de la conveniencia de contar con una Ley general que precisara el régimen jurídico de la potestad sancionadora de la Administración⁸. La intervención del legislador bien parecía por tanto justificada. Sin embargo, pronto se vio que la Ley habría de quedar bastante alejada de cumplir ese objetivo y para ilustrarlo se recurrió al Derecho comparado. Si en Italia, Alemania o Portugal la regulación de la potestad sancionadora de la Administración se contiene en leyes de varios centenares de artículos, aquí, entre nosotros, esa misma cuestión se resolvió en apenas una docena de artículos⁹.

miento Administrativo Común, Seminario de Derecho Local (Curso 92-93), Ajuntament de Barcelona, 1993, págs. 65 y sigs.

⁷ Cuestión distinta es, por supuesto, la que alude a la complejidad resultante de tal punto de partida constitucional y la pertinencia de apurar las posibilidades interpretativas para reducir dicho efecto. A este respecto, J. SUAY RINCÓN, «Los principios del procedimiento sancionador», cit., p. 385, subraya «la producción de un vacío normativo [...] que puede plantear graves problemas». Lo que, por otra parte, no se ha de solucionar con medidas como la explicitada en la Ley del País Vasco 2/1998, de 20 de febrero, reguladora de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo sancionador. Y cuyo contenido bien parece desbordar por todos sus lados su objeto constitucionalmente legítimo. Una opinión contraria, incluso con formulación de un juicio globalmente positivo sobre dicha Ley, puede verse en J. L. CALVO MIRANDA, *RarAP*, núm. 13 (1998), págs. 401 y sigs.

⁸ Así, en efecto, lo venían reclamando de consuno doctrina y jurisprudencia. *Vid.*, por todos, J. SUAY RINCÓN, «El Derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma», *RAP* núm. 109 (1986), págs. 185 y sigs.; M. REBOLLO PUIG, «Derecho administrativo sancionador de las Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de Administraciones Públicas*, núm. 2 (1990), pág. 43. Del lado de la jurisprudencia, por todas, STS de 20 de diciembre de 1988 (Ar. 9988).

⁹ Llamán la atención sobre este punto, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 14-15 (y luego también en *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, cit.,

Probablemente esta solución, llamativamente parca, pueda explicarse por razón de la perspectiva mucho más amplia en la que dicha regulación se inserta. Pero no impide comprobar ni la opción asumida por el legislador español en este punto (contraria al dictado de una Ley general en la materia), ni las obvias insuficiencias que de tal opción resultan.

Desde esta última perspectiva, muchos son, en verdad, los extremos necesitados de regulación y que la Ley 30/1992 dejó sin abordar o reguló de forma insuficiente¹⁰. Sin apurar demasiado se pueden encontrar media docena: la definición del binomio infracción-sanción¹¹, la tipificación de infracciones y sanciones mediante normas estatutarias de las instituciones dotadas de autonomía (territorial y funcional)¹², la legitimidad del empleo de conceptos jurídicos indeterminados en el mandato de tipificación¹³, el error o, en general, las causas de exención de la responsabilidad¹⁴, la precisión del principio *non bis in idem*, o, en fin, del alcance de los «matices» en la aplicación de los principios del Derecho penal, etc.

pág. 199); A. DE PALMA DEL TESO, «Comentario al Título IX...», cit., pág. 467. También, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Derecho sancionador y responsabilidad de la Administración en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en el volumen colectivo que recoge las ponencias presentadas sobre *Ciudadanos y reforma administrativa*, durante las jornadas organizadas los días 27 y 28 de junio de 1994 por la Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de Estudios sobre el Defensor del Pueblo y editadas por la propia Cátedra y la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, pág. 201.

¹⁰ Como ha observado NIETO, «el breve articulado de la ley ha ido desperdiciando casi todas las oportunidades que en su mano tenía para remediar las carencias y deficiencias de la normativa sancionadora» (*Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 15).

¹¹ Acaso sea ésta una de las cuestiones más desatendidas del Derecho sancionador. Por más que pueda parecer lo contrario, los innumerables problemas, muchos de ellos sin cuento, que por tal razón llegan a los Tribunales acreditan que dicho extremo dista de ser pacífico por referencia a todas y cada una de las distintas consecuencias que puede desencadenar un incumplimiento. Algunas de éstas, como por ejemplo las multas coercitivas o los intereses de demora, han sido ya clarificadas por la jurisprudencia descartando su naturaleza sancionadora (por todas, SsTS de 22 de julio de 1987 y 22 de abril de 1992; Arzs. 4945 y 3838; También, SsTC 239/1988, de 14 de diciembre y 42/1989, de 16 de febrero). Las dudas subsisten, sin embargo, por referencia a otras. Cfr., entre otras, las SsTS de 2 de febrero, 23 de marzo y 13 de octubre de 1998 (Arzs. 2060, 3500 y 7637).

¹² El modelo mismo de estas instituciones y, por tanto, de este tipo de normas son las entidades que integran la Administración local y sus Ordenanzas. La posibilidad de tipificar infracciones y sanciones mediante Ordenanza (reconocida por el Reglamento, ha sido muy duramente criticada, en particular por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La problemática puesta en aplicación de la LRJPAC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora: Nulidad radical del reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal», *REDA*, núm. 80 (1993), págs. 657 y sigs. En contra, aunque desde una perspectiva más general, L. PAREJO ALFONSO, *La potestad normativa local*, Seminario de Régimen Local, Diputació de Barcelona/Univer. Carlos III de Madrid/Marcial Pons, 1998, págs. 11 y sigs.

¹³ J. F. MESTRE DELGADO, «Los principios de la potestad sancionadora», cit., pág. 374.

¹⁴ Cuestión sobre la que ha llamado la atención A. DE PALMA DEL TESO, «Comentario al Título IX...», cit., pág. 468. De la misma autora, *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996, págs. 181 y sigs.

Siempre podrá decirse, desde luego, que menos es nada¹⁵. No obstante, ni siquiera esto es enteramente cierto. A salvo quizás del artículo 132, referido a la prescripción, el Título IX de la Ley 30/1992 no contiene en rigor ningún principio o regla que no estuviera ya explicitado en la propia Constitución (arts. 9.3, 24 y 25) o fuera derivación de ésta, en la interpretación afirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁶. Al cabo, por tanto, la situación del Derecho administrativo sancionador es prácticamente la misma, si no peor, como sostienen algunos¹⁷, que existía antes de la Ley 30/1992.

En estas condiciones negar la oportunidad de su reforma resulta particularmente difícil. Y convierte en razonable la propuesta, aparentemente tan heterodoxa, formulada por NIETO acerca de la conveniencia, no ya de reformar, sino lisa y llanamente de derogar el entero Título IX de la Ley, al objeto de forzar el dictado de una Ley general¹⁸.

La Ley 4/1999 no ha hecho, sin embargo, ni lo uno ni lo otro. Se ha limitado simplemente —como se dijo— a suprimir la prohibición que existía (art. 127.2) de delegar el ejercicio de la potestad sancionadora. Con la eliminación de dicha prohibición, el legislador trata de salir al paso de uno de las deficiencias advertidas en la Ley 30/1992, aunque desde luego no la mayor y más importante¹⁹. Pero dilapida una nueva oportunidad para resolver los pro-

¹⁵ C. CHINCHILLA, «Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas», en *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, (Cord. B. PENDÁS GARCÍA), Ed. Praxis, Barcelona, 1993, pág. 793.

¹⁶ En este sentido, J. F. MESTRE ha notado cómo la Ley «ha mostrado un apego relevante a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en la materia; tanto que ha reflejado en alguna ocasión literalmente las palabras de aquel Tribunal, que se ha visto, prácticamente, convertido en legislador positivo» (en «Los principios de la potestad sancionadora», cit. pág. 368). Esta circunstancia estaba, por lo demás, reconocida en la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 (apart. 14), que advertía ya que los principios que se establecían estaban «extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional». Desde esta perspectiva, acaso no resulte impertinente la llamada de atención formulada por L. PAREJO acerca del rango meramente ordinario de la Ley 30/1992 y, por ende, sobre la incapacidad y, en su caso, incompetencia de ésta para desarrollar en términos de ley ordinaria las garantías establecidas en el artículo 25 CE (en «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales...», cit., pág. 24).

¹⁷ Probablemente la posición más crítica con la Ley 30/1992 sea la de los profesores J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, II, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, págs. 2425 y sigs.

¹⁸ A. NIETO GARCÍA, *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, cit., págs. 199-200. A esta propuesta se sumaría luego J. LEGUINA VILLA, *op. cit.*, pág. 227.

¹⁹ Tal y como había observado la doctrina dicha prohibición habría de resultar en la práctica perturbadora (por todos, *vid.* F. URÍA FERNÁNDEZ, *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, II, BOE/Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 52-53). De ahí que la eliminación de tal prohibición haya sido recibida con alivio, incluso por sus comentaristas más críticos (cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios...*, cit., págs. 2444-

blemas pendientes, que son muchos, aunque reconocidamente ello no hubiera sido tampoco fácil.

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Ley 4/1999 da nueva redacción a buena parte del Título X de la Ley 30/1992, relativo a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio. Aquélla modifica, en efecto, más de la mitad de los artículos y añade, además, una nueva disposición adicional (duodécima), referida a la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria, amén de derogar la vieja Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, sobre responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

Pese a lo abultado en apariencia de la reforma, importa adelantar desde ahora que ésta no llega tan lejos ni es tan importante como con evidente exceso de entusiasmo anuncia la Exposición de Motivos. Es verdad que se introducen algunas modificaciones. Pero éstas por lo común, y como luego podrá verse con más detalle, o se limitan a incorporar reglas que estaban ya en la doctrina de la jurisprudencia administrativa, o refieren simples mejoras técnicas destinadas a esclarecer determinados extremos polémicos de la Ley 30/1992.

A la postre, pues, el bagaje resulta bastante pobre y revela, más bien, la escasa imaginación del legislador. Quedan frustradas así las expectativas generadas sobre la necesidad de precisar los límites del sistema de responsabilidad patrimonial, una vez que el propio éxito de la institución resarcitoria ha hecho volver la vista atrás, alertando sobre la «crisis» de la responsabilidad civil y poniendo sobre la mesa el interrogante básico de si «no se está exigiendo de la responsabilidad el cumplimiento de funciones reparadoras que deben encomendarse a otras instituciones o técnicas jurídicas»²⁰.

2445). De todas formas, la modificación que se comenta tampoco se ha librado de críticas; cfr. I. SALVO TAMBO, en *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, Coord. P. SALA SÁNCHEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 553-555.

²⁰ S. MUÑOZ MACHADO, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria. (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)», *DA*, núms. 237-238 (1994), pág. 259. En el mismo sentido, L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, núms. 237-238 (1994), págs. 31-32. Un

Al día de hoy, la fórmula legal que impone la obligación de indemnizar «toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» bien parece excesiva, al menos tal y como ésta se entiende casi unánimemente entre nosotros. Se explican así las numerosas llamadas a la reflexión que de un tiempo a esta parte se formulan desde prácticamente todas las tribunas. Y reflexión que, al margen de provocada por determinados planteamientos teóricos, impone también una práctica judicial en la que no faltan las incitaciones a que el fiel de la balanza oscile más allá de donde debiera.

Estando así la cuestión y debatiéndose la institución resarcitoria entre «desestimaciones que pueden parecer excesivamente rigurosas y estimaciones que también pueden parecer generosas», cabía confiar en que la nueva ley estableciera el necesario «contrabalance técnico que ponga límites a su ambiciosa formulación inicial», según reclamara NIETO, hace ya casi veinticinco años²¹. Y, en efecto, no era excesivo esperar que el legislador asumiera esta tarea, por muy difícil que sea, aliviando la gravísima carga de incertidumbre que pesa sobre el correcto juego de la institución.

Pero es el caso que nada o muy poco se ha avanzado con la reforma y que la determinación de los daños indemnizables continúa estando planteada en los mismos e inseguros términos que hasta ahora. Acaso peor, puesto que se ha desaprovechado la oportunidad para aclarar legislativamente esta cuestión o, al menos, para establecer algunos criterios que reduzcan el amplio espacio «en el que [como ahora sucede] se anda a ciegas»²².

Sólo en un extremo, el legislador demuestra una mayor determinación. De la reforma destaca, en efecto, la preocupación por cerrar definitivamente cualquier resquicio de entrada a la competencia del resto de jurisdicciones y a la aplicación de otro sistema de responsabilidad que no sea justamente el diseñado en la propia Ley 30/1992. A tal esfuerzo responden, según se verá más adelante, las modificaciones introducidas en los artículos 144, 145 y 146 de la Ley 30/1992 y la disposición adicional 12.^a, que ahora se añade.

Este impulso en favor de la unidad (procedimental, jurisdiccional y sustantiva) resulta lógico y es, por otra parte, plenamente

resumen de la situación actual puede verse en M. CASINO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 17-33.

²¹ A. NIETO, «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», *REDA*, núm. 4 (1975), pág. 95.

²² L. MARTÍN-RETORTILLO, «De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», *RIVAP*, núm. 19 (1987), pág. 100.

congruente con lo dispuesto en los artículos 2 e) de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 9.4 LOPJ, en la nueva redacción dada a dicho precepto por de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio²³. La conocida dispersión de órdenes jurisdiccionales y de regímenes aplicables en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas constituye desde luego uno de los principales estorbos en la búsqueda de soluciones únicas²⁴.

Desde esta perspectiva, pues, la reforma parecería justificada y su contenido razonable. Sin embargo, como también se verá más adelante, las modificaciones introducidas por la Ley se quedan desgraciadamente a medio camino de cumplir ese objetivo. Por lo pronto, deja fuera de la unificación jurisdiccional y del régimen jurídico sustantivo a la responsabilidad civil (*subsidiaria*) de la Administración derivada de delito de sus funcionarios y agentes²⁵. Pero también, y en lo que dicha unificación sí alcanza, es lo cierto que la reforma resulta insuficiente, supuesto que, si bien despeja algunas dudas, suscita al mismo tiempo otras no menos importantes, y de cuya correcta solución aquélla misma depende.

En resumidas cuentas, la Ley 4/1999 revela en mi criterio importantes limitaciones. Primero en su concepción, que resulta ser más de detalle que de naturaleza. La reforma atiende a aspectos que, aunque importantes, no cuestionan ni resuelven casi ninguno de los trascendentales problemas que suscita la actual configuración legal del sistema de responsabilidad civil de las Administraciones públicas y la evolución previsible de las posibilidades indemnizatorias que ofrece. Y segundo, en su desarrollo y contenido concretos, en la medida que ni siquiera en los preceptos que sí se modifican la reforma contiene una regulación completa de todos los aspectos en cada caso concernidos.

²³ Cfr. J. LEGUINA VILLA, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *REDA*, núm. 100 (1998), págs. 100 y sigs.

²⁴ Como ha observado MUÑOZ MACHADO, «es difícil consolidar principios únicos en un sistema inspirado simultáneamente en la doctrina de [varios] órdenes jurisdiccionales». S. MUÑOZ MACHADO, «Responsabilidad de los médicos...», cit., pág. 281. Esta misma comprobación, con consecuente llamamiento a la complejidad resultante, es puesta de manifiesto por la mayoría de los autores. Así, en concreto, L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», cit., págs. 76 y sigs.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Derecho sancionador y responsabilidad de la Administración en la Ley 30/1992...», cit., págs. 211-212; y J. PEMÁN GAVÍN, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», *DA*, núms. 237-238 (1994), págs. 286-287. Entre los civilistas, por todos, F. PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente», *REDA* núm. 91 (1996), pág. 403.

2. ACERCA DE LA REFORMA PENDIENTE

Como antes, muchos e importantes son también ahora los aspectos, en efecto, que la reforma deja pendientes. Sin que sea posible abordar aquí todos ellos con el detalle requerido, sí importa señalar y sin perjuicio de lo que luego también se dirá, que la reforma debería haber comprendido al menos, entre otros, los siguientes extremos:

i) La precisión de las bases legales que determinan la responsabilidad civil de las Administraciones públicas. Ya se ha dicho antes, que la cláusula del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» abre un ancho portillo por el que penetran un sinnúmero de supuestos indemnizatorios. Tanto que, en su expresión máxima, como dice MUÑOZ MACHADO, la responsabilidad parece perder sus características institucionales y se convierte en una garantía más parecida a la que ofrecen los seguros sociales²⁶.

En estas condiciones entiendo, con los escasos autores críticos con el actual sistema de responsabilidad²⁷, que la expresión «funcionamiento normal» resulta incorrecta y también irreal en un doble sentido. Primero, porque la jurisprudencia funciona como si tal mención no existiera realmente, buscando casi siempre un signo de mal funcionamiento en el servicio como criterio con el que justificar la condena civil de la Administración²⁸. Y en segundo lugar, porque no hay presupuesto público que aguante un sistema de responsabilidad objetiva de la Administración, entendido en el sentido que la doctrina mayoritaria parece asignarle.

Por ninguna otra razón, y antes que las posibilidades indemnizatorias así descubiertas (de «explosivas» las califica en algún caso PANTELEÓN PRIETO²⁹) acaben imponiendo una rectificación brus-

²⁵ Vid. *infra*, apartado 4.2. Más ampliamente sobre esta cuestión, M. CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

²⁶ S. MUÑOZ MACHADO, «Responsabilidad de los médicos...» cit., pág. 259. En el mismo sentido, L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado...», cit., págs. 31-32.

²⁷ F. PANTELEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, en especial, págs. 63 y sigs.; y en «Los antojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *DA*, núms. 237-238 (1994), págs. 239 y sigs. En el mismo sentido, F. GARRIDO FALLA, «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *REDA*, núm. 94 (1997), págs. 173 y sigs. También y más recientemente, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La responsabilidad patrimonial de la Administración local», que recoge el texto de la ponencia presentada por el autor a las *II Jornadas sobre la Administración local en Canarias*, celebradas en Santa Cruz de la Palma los días 27 a 30 de abril de 1998, y editadas por el Gobierno de Canarias, 1998, págs. 25 y sigs.

²⁸ Cfr. F. PANTELEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica...*, cit., pág. 80, por nota. En el mismo sentido, F. GARRIDO FALLA, «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *REDA*, núm. 94 (1997), págs. 173 y sigs.

²⁹ F. PANTELEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica...*, cit., pág. 88.

ca (que por forzada puede dar lugar a soluciones jurisprudenciales no bien calibradas), parece desde luego preferible que el legislador ponga puertas al campo de la responsabilidad de la Administración y fije el alcance de la citada cláusula. Esta tarea admite, obviamente, diversas fórmulas y a tal fin algunas sugerencias existen ya. En cualquier caso, refiere la imposibilidad de continuar metiendo en el mismo puño del funcionamiento de los servicios públicos la variedad de daños que pueden darse en la práctica. Desde esta perspectiva, tiene razón SANTAMARÍA PASTOR cuando advierte que «la descodificación del derecho de la responsabilidad es hoy casi una necesidad»³⁰.

ii) El régimen jurídico aplicable a los daños causados por los concesionarios y, en general, contratistas de la Administración. Ésta ha sido una cuestión tradicionalmente teñida de polémica y en la que la doctrina y la jurisprudencia han oscilado siempre entre dos posiciones enfrentadas. La LCAP tomó partido por una de ellas y estableció la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de las operaciones que requieran la ejecución de los contratos, salvo que tales daños fueran consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de vicios del proyecto elaborado por ésta (art. 98.1 y 2). Pero provocó y dejó pendientes otras muchas y decisivas cuestiones. En particular, la LCAP no aclara suficientemente a quién corresponde la aplicación de la regla anterior ni el régimen sustantivo o de fondo con arreglo al que resolver la correspondiente reclamación indemnizatoria. Los apartados 3 y 4 del artículo 98 son ciertamente tan confusos que terminan por proporcionar argumentos para sostener las más variadas soluciones.

Y, en efecto, no faltaron opiniones para todos los gustos. Desde quien entiende que la LCAP ha modificado el sistema anterior, atribuyendo a la jurisdicción civil la competencia para conocer de las cuestiones de responsabilidad de los contratistas de la Administración³¹, hasta quien afirma que nada esencial ha cambiado³², pasando por quien postula la existencia de un sistema de do-

³⁰ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La responsabilidad patrimonial en la Administración local», cit., pág. 45.

³¹ F. PANTALÉON PRIETO, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», *REDA* núm. 91 (1996), págs. 409 y sigs.

³² A. EMBID IRUJO, «Los servicios públicos del agua: problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales», *RARAP*, núm. 9 (1996), págs. 36-40.; P. L. SERRERA CONTRERAS, «La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de Contratos del Estado», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 25 (1995), págs. 11 y sigs.; y A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 370 y sigs.

ble jurisdicción, de suerte que el perjudicado puede optar entre una u otra vía jurisdiccional, pero teniendo ambas competencia para pronunciarse cualquiera que sea el sujeto –Administración o contratista– finalmente responsable³³. Y otro tanto cabe decir a propósito del régimen sustantivo, pues si para la mayoría es claro que éste ha de ser en cualquier caso el general de la Ley 30/1992³⁴, no falta tampoco quien afirma que «no existe base normativa para afirmar que los concesionarios o los contratistas tienen que responder objetivamente de los daños causados a consecuencia de la gestión del servicio concedido o de la ejecución de la obra contratada»³⁵.

En estas condiciones, poco esfuerzo ha de requerir probar la oportunidad de que el legislador hubiese aclarado tales extremos. Ésta era, por otra parte, la solución que, con mejor o peor fortuna, se contenía en alguno de los borradores del Anteproyecto de Ley de modificación que circularon a lo último de 1996 y durante 1997. Y, sobre todo, tal cabía esperar que hiciera el legislador de 1999, una vez que la LJCA ha echado más leña al fuego del artículo 98 LCAP, impidiendo que la Administración sea demandada ante la jurisdicción ordinaria y obligando al perjudicado a demandar al contratista corresponsable ante la jurisdicción contenciosa.

iii) La llamada responsabilidad del Estado-Legislator. La redacción del artículo 139.3 LRJPAC, si bien tiene el mérito de haber roto el tabú de la responsabilidad del legislador, resulta probablemente deficiente y, en todo caso, polémica. La doctrina que se ha ocupado del tema así lo ha subrayado una y otra vez³⁶. Por lo pronto, no queda claro si la indemnización queda en manos del propio legislador (a quien correspondería decidir libremente acerca tanto de su procedencia como extensión y términos) o si, por el contrario, dicho precepto «presupone la imposición constitucional al legislador formal de un deber de valorar jurídicamente las consecuencias [patrimoniales] de sus decisiones innovativas»³⁷.

³³ M. BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, en especial, págs. 227 y sigs.

³⁴ Cfr. por todos, M. BELADÍEZ ROJO, *op. cit.*, págs. 238-239.

³⁵ F. PANTALÉON PRIETO, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», cit., pág. 410, por nota.

³⁶ La posición más crítica es la que viene manteniendo F. GARRIDO FALLA, «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm. 118 (1989), págs. 35 y sigs.; «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», *REDA* núm. 77 (1993), págs. 125 y sigs.; «A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador», *REDA*, núm. 81 (1994), págs. 111 y sigs. También R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, I, 10ª ed., Marcial Pons, 1998, págs. 706-707. Una posición más matizada en T. QUINTANA LÓPEZ, «La responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm. 135 (1994), págs. 123 y sigs. *Vid.*, por último, M.ª C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador*, en prensa.

³⁷ L. PAREJO ALFONSO, «Prólogo» al libro de F. CASTILLO BLANCO, *El principio de confianza legítima*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 22.

Como antes, pues, convendrá insistir también ahora en la oportunidad que el legislador desperdicia para aclarar esta importante cuestión. Sobre todo, una vez que menudean las decisiones legislativas que inciden de manera muy significativa en la esfera patrimonial de los particulares. El conocido proceso liberalizador de estos últimos años acaso sea el mejor ejemplo de todo ello.

Muy difícil resulta no ver, en efecto, ante cualquier decisión liberalizadora, importantes consecuencias de carácter patrimonial. La conversión de una actividad de servicio público en actividad libre abierta a la competencia del mercado afecta de modo singular a la posición jurídico-patrimonial de las empresas (públicas y privadas) hasta entonces encargadas de la gestión del servicio, sobre todo si lo eran en régimen de monopolio. Determinar si ese cambio genera conceptos indemnizables en favor de los antiguos gestores resulta, por consiguiente, de especial transcendencia. Por ninguna otra razón, la cuestión de los «costes de transición a la competencia» —*lato sensu*— sintetiza uno de los principales problemas con que se enfrenta la liberalización.

Es cierto que la mayor parte de las últimas leyes liberalizadoras contemplan medidas de naturaleza, directa o indirectamente, indemnizatoria (por lo común, mediante el establecimiento de un régimen transitorio que asegura a los afectados algún tipo de compensación)³⁸.

No obstante esto, no hay sin embargo en ninguna de ellas explicación del título en virtud del cual se establecen tales medidas. Esta circunstancia impide lógicamente determinar *icto oculi* si éstas se fijan: *i*) en concepto de justiprecio expropiatorio, por ser ésta la naturaleza que conviene a la Ley en cuestión; *ii*) a título de indemnización por responsabilidad patrimonial del legislador; o, en fin, *iii*) en atención a otra clase de requerimientos³⁹.

³⁸ Ley de 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (disp. trans. 6ª); Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero (disp. trans. 1ª); Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (disp. trans. 1ª); Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (disp. trans. 1ª); Ley 54/1997, de 28 de noviembre, del Sector Eléctrico (disp. trans. 6ª); y Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (disp. trans. 15ª). Y lo mismo puede decirse a propósito de las operaciones legislativas de contenido inverso y, en particular, acerca de las relativas a la demanialización legislativa de bienes privados. Ejemplo de esto último son las Leyes 29/1985, de 3 de agosto, y 22/1988, de 28 de julio, de Aguas y Costas, respectivamente, cuya legitimidad constitucional en relación con el artículo 33.3 CE fue salvada por el Tribunal Constitucional (SsTC 227/1988 y 149/1991), en atención justamente del régimen transitorio en ellas respectivamente previsto. Sobre esto último, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *RAP*, núm. 141 (1996), págs. 131 y sigs.

³⁹ Los aludidos incidentalmente por la jurisprudencia constitucional (SsTC 108/1986 y 70/1988) al referir la eventualidad de leyes que pueden merecer «algún género de compensación». Es decir, compensaciones, como dice LEGUINA, más fundadas «en motivos de equi-

Vistas así las cosas, es claro que el artículo 139.3 aprieta más bien poco y que, en la práctica, la cuestión de la responsabilidad del legislador sigue siendo tan incierta como lo era hasta entonces.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Advertidos algunos de los problemas que el legislador de 1999 ha rehusado encarar, veamos ahora cuál ha sido el contenido y el alcance de la reforma. Comprobaremos cómo aquí también el legislador da muestras de esa misma falta de resolución, mezclando aciertos con silencios reprochables, y aventando con ello la impresión global de una reforma no muy bien calibrada.

3.1. *La responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas*

El artículo 140 de la Ley 30/1992 reguló por primera vez la llamada responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas. Pese al avance, pronto se vio que la regla habría de resultar insuficiente. La práctica administrativa demostraba, en efecto, cómo junto a lesiones derivadas de actuaciones administrativas colegiadas, único supuesto que dicho artículo contemplaba⁴⁰, existía otro grupo de daños, no menos importante, en cuyo proceso de causación participaban también varias Administraciones pero actuando cada una de ellas por separado.

Consciente de esta insuficiencia el legislador introduce ahora en el artículo 140 LRJPAC un segundo apartado, añadiendo que,

«en otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación».

dad que en auténticos principios resarcitorios» («¿Responsabilidad del Estado legislador?», en el volumen colectivo, *Expropiación Forzosa*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XIX, 1992, pág. 486.

⁴⁰ La mención a «fórmulas colegiadas de actuación» se sustituye ahora por la más precisa de «fórmulas conjuntas de actuación». Como ha observado M. J. MONTORO CHINER, («La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Autonomías*, núm. 16, 1993, pág. 43), aquella primera expresión resultaba confusa y generadora de dificultades innecesarias. Ambigüedad que destaca también, entre otras, la STS de 15 de noviembre de 1993 (Ar. 10115).

La precisión es doblemente importante. No sólo viene a colmar la apuntada laguna normativa, sino que además incorpora por primera vez los criterios legales de imputación que han de manejarse para individualizar, allá donde sea posible, la responsabilidad que corresponde a cada uno de los partícipes concurrentes, matizando así la tendencia jurisprudencial a la corresponsabilización solidaria de las Administraciones intervinientes. Como ha razonado MUÑOZ MACHADO, el plus de garantía que ofrece la solidaridad debe reservarse a los supuestos en que «no sea determinable y cuantificable económicamente la parte del daño que ha causado cada partícipe». Más allá de estos supuestos, la aplicación mecánica e indiscriminada de la regla de la solidaridad no resulta correcta ni razonable⁴¹.

Por esta última razón, BLASCO ESTEVE propuso también, al comentar uno de los Borradores de Anteproyecto que circularon a finales de 1996, invertir el orden de los dos apartados de dicho artículo 140. Refería con ello la oportunidad de subrayar el carácter meramente subsidiario del principio de solidaridad y de colocar, por contra, en primer término, la exigencia de individualizar la responsabilidad que toca a cada una de las Administraciones intervinientes⁴².

Probablemente la solución de la solidaridad resulte demasiada simplista para resolver alguno de los supuestos de concurrencia más comunes. A veces, en efecto, identificar a la Administración realmente responsable no resulta excesivamente complicado. Los supuestos de elaboración y aprobación de los planes urbanísticos y de sus modificaciones o revisiones acaso sean el ejemplo más claro. Individualizar en tales casos a la Administración responsable de la concreta ordenación urbanística causante del daño puede resultar hasta sencillo con sólo acudir al criterio de la autoría material de la decisión o, al más general, de la competencia.

En esta línea se sitúa la importante Sentencia de 15 de noviembre de 1993 (Ar. 10115), cuando, luego de rechazar que el dictado del acto de aprobación definitiva sea en sí mismo un criterio de imputación válido⁴³, afirma que una primera solución es la «de imputar la ordenación urbanística causante de la lesión a la Administración que la introdujo en el Plan». Para concluir a continuación que,

⁴¹ S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, en especial, págs. 170 y sigs. La cita corresponde a la pág. 171.

⁴² Cfr. A. BLASCO ESTEVE, en *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, cit., págs. 45-46.

⁴³ En contra, J. M. DÍAZ LEMA, en *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, cit., pág. 50.

«la indemnización debe pesar sobre aquella Administración, autonómica o municipal, a la que corresponde la competencia para la gestión del interés, autonómico o municipal, en atención al cual se traza la nueva ordenación urbanística determinante de la lesión indemnizable: se trata, en suma, del criterio del beneficio *—ubi emolumentum ibi onus—*, entendido no como enriquecimiento patrimonial sino como logro que viene a cubrir las exigencias del interés público».

Esta reglas no son, desde luego, absolutas y pueden matizarse aún más dependiendo de las distintas variantes que ofrece la práctica⁴⁴. Pero, en cualquier caso, hablan bien a las claras sobre la necesidad de impedir que la responsabilidad de una Administración pueda trasladarse solidariamente hacia el resto de Administraciones intervinientes, por el simple hecho de su presencia. Y aunque evitar la regla de la solidaridad no será siempre posible (y, en ocasiones, ni siquiera correcto), es claro que dicho compromiso pasa por definir los criterios de imputación que deben usarse para declarar, en los supuestos de presencia de varias Administraciones, cuál de ellas debe responder ante el perjudicado.

Como decisivo ha de resultar también a tal fin la determinación que de las respectivas responsabilidades hagan las propias Administraciones participantes en la gestión de un servicio público mediante fórmulas conjuntas de actuación. La jurisprudencia así lo ha reclamado repetidamente, advirtiendo sobre la utilidad de que las Administraciones intervinientes establezcan previsiones al respecto y eliminen en tal forma, como dice la STS de 22 de julio de 1997 (Ar. 1606), «la incertidumbre que justifica dicha solidaridad».

La Ley 4/1999 ha recogido el guante de la jurisprudencia y añade ahora al apartado primero del artículo 140 el siguiente inciso final: «el instrumento jurídico regulador de la actuación podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas». No hay duda que esta regla facilita al máximo la determinación de la cuota de la indemnización global que ha de corresponder a cada una de las Administraciones. Aunque acaso su formulación en términos meramente facultativos acabe por restarle toda operatividad.

3.2. *La indemnización*

Dos son las modificaciones que la Ley 4/1999 introduce en el artículo 141. Por decirlo en palabras de la Exposición de Motivos

⁴⁴ Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente...*, cit., págs. 175-176.

de la Ley (apartado VI), mediante dichas correcciones «se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad y, en beneficio del afectado, se prevé la actualización de la cuantía de la indemnización».

3.2.1. Los supuestos de exoneración de la responsabilidad

La primera de las dos novedades así anunciadas se concreta luego en el apartado 1 de dicho artículo 141, al que se añade ahora un segundo inciso en el que se establece que,

«No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Pese a que la Ley guarde silencio, resulta fácil adivinar la razón de esta modificación. Con seguridad, la misma trata de salir al paso de una jurisprudencia que obliga a la Administración a indemnizar los daños derivados de intervenciones médicas, a pesar de que la actuación del profesional sanitario había sido irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis*. Probablemente uno de los episodios más llamativos de esa jurisprudencia sea el resuelto por la Sentencia de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115) y aireado entre nosotros por PANTALEÓN PRIETO⁴⁵.

La crítica que éste formula a dicha sentencia me parece difícilmente rebatible. Y revela, antes que nada, el disparate en que termina la aplicación escrupulosa del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración, que fue, por otra parte, lo único que hizo el Tribunal Supremo en aquel caso. La Administración no puede indemnizar todas las lesiones y secuelas que se produzcan en el marco de la correcta atención médica a un paciente, simplemente porque ésta se haya practicado en un hospital público. Esto me parece evidente y no creo que deba esforzarme ahora en demostrarlo.

Así las cosas, la reforma me parece, por supuesto, acertada. No

⁴⁵ F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica...*, cit., págs. 67 y sigs. A dicha sentencia alude también L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», cit., pág. 37 y sigs. Una síntesis del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia en materia de daños derivados de la asistencia sanitaria puede verse en la STS de 28 de octubre de 1998 (Ar. 8928).

así tanto la explicación que da el legislador. Como se recordará, éste sitúa la modificación en el ámbito de los casos de fuerza mayor exonerante. Dado, sin embargo, el criterio sumamente restrictivo con el que la doctrina y jurisprudencia manejan dicho concepto no parece que la comentada excepción caiga fácilmente en la noción de fuerza mayor. Falta, en especial, la nota fundamental de la «extrañeza» que, como dice la Sentencia de 11 de julio de 1995 (Ar. 5632), define «el concepto de fuerza [y se caracteriza] por ser una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus riesgos propios». Conforme a esto, los daños producidos en el curso de una operación quirúrgica, por seguir con el ejemplo antes propuesto, no son obviamente extraños ni externos al servicio público sanitario. Constituyen típicamente, por contra, uno de sus riesgos propios.

De todas formas, dicha explicación se entiende mejor si se observa desde la posición dominante. Como quiera que conforme a ésta la indemnización sólo se excluye en los supuestos de fuerza mayor (*ex art. 106.2 CE*), acaso el legislador haya pensado que la única forma de evitar un enfrentamiento con la Constitución era encastrar la referida causa de exclusión en dicha excepción, por más que ello le obligue a retorcer el significado de ese concepto.

Impresión que incluso gana fuerza a la vista de las dos enmiendas (luego desestimadas) que se presentaron al artículo 141.1 del Proyecto de Ley. En la tramitación parlamentaria, el Grupo Mixto y el Grupo Federal de Izquierda Unida presentaron, en efecto, sendas enmiendas por las que proponían la supresión del entero inciso considerado⁴⁶. Aunque la concreta justificación de éstas difiere en cada caso, ambas coinciden en señalar que la causa de exoneración que se comenta poco o nada tiene que ver con el tradicional concepto de fuerza mayor. Y de ahí también que en la primera de ellas el grupo enmendante no dude en afirmar que «*se trata de una cláusula de exoneración de dudosa constitucionalidad a la luz del artículo 106.2 CE*».

Esta forma de razonar me parece, sin embargo, gravemente incorrecta, reduce injustificadamente el margen de maniobra del legislador y demuestra hasta qué punto existe más de un *quid* inapropiado a la hora de abordar el problema de la responsabilidad de la Administración.

Hasta la fecha, la determinación de los daños que deben quedar a cargo de la Administración se ha resuelto de la mano de la

⁴⁶ Respectivamente enmiendas núms. 8 y 61. Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie A, núm. 109-11, págs. 39 y 52.

relación de causalidad. La cuestión del nexo causal entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es, bien se comprende, una pieza esencial del mecanismo indemnizatorio y en ella se han depositado la mayoría de las esperanzas correctoras de los excesos que provoca la aplicación indiscriminada del sistema de responsabilidad objetiva⁴⁷. Sin embargo, las distintas teorías de la causa que a tal efecto se manejan (equivalencia de las condiciones, causalidad adecuada, causa directa e inmediata...) no proporcionan ningún criterio técnicamente seguro, como lo prueba el casuismo con que se acepta su utilización⁴⁸.

Y no sirven porque no explican lo que deberían explicar, a saber: por qué un determinado resultado lesivo resulta imputable jurídicamente a la Administración pública. Pues ésta es ya, por entero, una cuestión estrictamente jurídica y, en cuanto tal, ajena a la pura relación de causalidad, que pertenece, por definición, al mundo de las ciencias experimentales y que es, por eso mismo, difícilmente manipulable por el legislador o la jurisprudencia.

Dicho de otra manera, que un daño sea consecuencia de una actuación administrativa (o del funcionamiento de un servicio público, por atenerme a la fórmula constitucional) no significa sin más que aquél resulte ya imputable patrimonialmente a la Administración, con la única excepción de la fuerza mayor. Lo será si existe un criterio legal de imputación que así lo determine. De tal manera que son los criterios de imputación, y no la relación de causalidad (cuyo juego correcto, por otra parte, aquéllos dan por supuesto), el arsenal que permite determinar los daños que la Administración debe indemnizar.

Desde esta perspectiva, entiendo debe interpretarse la referencia constitucional del artículo 106.2 a «los términos establecidos por la Ley». Pues en otro caso, esto es, si el legislador no pudiera válidamente definir otros supuestos de exoneración que los comprendidos en la noción de fuerza mayor, sólo habría dos formas de atajar la segura «explosión» del sistema de responsabilidad administrativa: *i*) continuar estirando la noción de fuerza mayor, con evidente riesgo de acabar vaciándola de todo significado preciso, o *ii*) proceder a una reforma constitucional⁴⁹.

⁴⁷ Hasta ahora el poder «conformador» de este criterio se considera, en efecto, suficiente para «alcanzar resultados bastantes satisfactorios correctores de la aplicación injustificada de la regla general y capaces de crear un sistema de responsabilidad administrativa lógico» (por todos, S. MUÑOZ MACHADO, «La responsabilidad de los médicos...», cit., pág. 261).

⁴⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, cit., en especial págs. 394 y sigs.

⁴⁹ Cfr. F. PANTALEÓN PRIETO, «Los anteojos del civilista...», cit., pág. 251, por nota.

3.2.2. La actualización de la cuantía indemnizatoria

Ya se ha dicho que la reforma del artículo 141 alcanza también a su apartado 3, relativo a la cuantía indemnizatoria. Conforme a la nueva redacción,

«La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria».

La modificación refiere, pues, un nuevo mecanismo de actualización de la cuantía indemnizatoria. En la dicción anterior, como se recordará, la Ley sólo contemplaba como técnica de actualización el pago de los intereses de demora en su caso procedentes con arreglo a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria (arts. 36.2 y 45 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre). Lo que aparentemente dejaba fuera la posibilidad de utilizar otros coeficientes de actualización y, en particular, el corrector de la devaluación monetaria, que era el otro de los dos grandes instrumentos alumbrados por una consolidada jurisprudencia para conseguir, como dice la Sentencia de 3 de octubre de 1998 (Ar. 8345), «una reparación justa y eficaz». Esta exclusión fue muy criticada por la doctrina, pues no sólo significaba prescindir legalmente de una de las principales soluciones jurisprudenciales, sino que además dicha fórmula parecía pugnar también con el principio de indemnidad patrimonial⁵⁰. Con buen criterio, pues, el legislador vuelve sobre sus pasos y respalda expresamente una fórmula compensatoria que, por otra parte, la jurisprudencia nunca había abandonado⁵¹.

Por lo demás, la Ley 4/1999 reitera la regla, introducida por la Ley 30/1992, que obliga a calcular la indemnización por referencia al día en que se produjo la lesión. Excluye, por tanto, la posi-

⁵⁰ A. BLASCO ESTEVE, «La responsabilidad de la Administración», en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común* (coord. J. A. SANTAMARÍA PASTOR y otros), Carperi, Madrid, 1993, pág. 434; E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, 4ª ed., Madrid, 1993, págs. 412; y L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España...», cit., pág. 75.

⁵¹ Cfr. SsTS de 5 de septiembre de 1996 (Ar. 6957) y de 30 de junio de 1998 (Ar. 5621), con cita de otras muchas. En el mismo sentido puede consultarse también, entre otros, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1316/1995, de 20 de julio.

bilidad de que la indemnización se calcule tomando como fecha de referencia la de la resolución (administrativa o judicial) de la correspondiente reclamación indemnizatoria, y aplicada en alguna ocasión por la jurisprudencia⁵².

Todas estas reglas deben estimarse correctas y su resuelta aplicación ha de favorecer sin duda a garantizar mejor y más objetivamente la reparación integral del daño efectivamente causado. Con todo y desde esta última perspectiva, acaso quepa reprochar al legislador la renuncia que implícitamente asume a establecer módulos objetivos de valoración. La fórmula del artículo 141.2 («la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación expropiatoria, fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado»), bien parece conceder un apreciable margen en el cálculo de la indemnización, del que no dudan echar mano los Tribunales al punto de afirmar incluso su soberanía (por todas, STS de 8 de octubre de 1998; Ar. 7815). Aunque esa tarea no habría de resultar sencilla⁵³, tal vez vaya siendo hora ya de que el legislador administrativo establezca también un cuadro objetivado de las cuantías indemnizatorias⁵⁴.

Como también, en fin, el legislador debiera haber aprovechado la reforma para aclarar los términos de la compatibilidad del sistema de responsabilidad patrimonial con el resto de indemnizaciones a que pueda tener derecho el perjudicado. La cuestión se ha planteado significativamente con ocasión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y a propósito de las indemnizaciones derivadas de la suscripción de pólizas de seguro. En ambos casos, la jurisprudencia ha declarado que dichas prestaciones son plenamente compatibles con las indemnizaciones por responsabilidad, pues «responden a títulos indemnizatorios distintos»⁵⁵.

⁵² Por todas, STS de 2 de febrero de 1980 (Ar. 743). *Vid.* también, MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España...», cit., págs. 74-75, con cita de otras Sentencias.

⁵³ Como lo prueba la encendida polémica que ha suscitado (con argumentos de porte constitucional) el sistema objetivo de valoración de los daños corporales previsto en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor. Un repaso a los principales términos de dicha polémica puede verse en J. PINTOS AGER, «Nota sobre la conveniencia y constitucionalidad del sistema de valoración del daño personal de la Ley 30/1992», *La Ley*, núm. 4458, de 15 de enero de 1998. También, V. GUILLARTE GUTIÉRREZ, «Terciando en la inconstitucionalidad del sistema de valoración de los daños personales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 306, de 28 de agosto de 1997.

⁵⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La responsabilidad patrimonial en la Administración local», cit., pág. 45; y G. GARCÍA ÁLVAREZ, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», en *Derecho Administrativo. Parte Especial*, (dir. J. BERMEJO VERA), Civitas, Madrid, 1994, pág. 989. Un repaso al estado actual de la cuestión en L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España...», cit., págs. 67 y sigs.

⁵⁵ Que las pensiones (contributivas o no) de la Seguridad Social son compatibles está perfectamente claro en la jurisprudencia, al menos desde la fundamental Sentencia de la

No dudo que deba ser así y que, por lo tanto, el perjudicado pueda legítimamente acumular a la indemnización por responsabilidad, la pensión –pongo por caso– por viudedad y la correspondiente al seguro de vida que en su favor tuviera suscrito la persona fallecida. Lo que no está tan claro ya es si tales otras prestaciones no hayan de ser tenidas en cuenta a la hora de calcular la cuantía indemnizatoria y, sobre todo, en qué medida⁵⁶. Pues en otro caso es fácil imaginar supuestos en los que los Tribunales pueden terminar quebrando, por exceso, el principio de indemnidad patrimonial de la víctima.

Sin necesidad de recurrir a especulaciones, hay un ejemplo real y además reciente que me parece ilustra perfectamente ese riesgo. Me refiero a los supuestos de indemnización por daños personales derivados de actos terroristas. En la actualidad, el régimen legal de estas ayudas es el previsto por los artículos 93 a 96 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (en la redacción dada a los mismos por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre), y por el Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo (en especial, arts. 6 a 10)

En esas normas se detalla el régimen de dichas ayudas y se especifica, en lo que ahora nos interesa, que los resarcimientos que procedan por daños corporales «serán compatibles con cualesquiera otros a que tuvieran derecho las víctimas o sus causahabientes» (arts. 94 de la Ley, y 6 del Reglamento). El criterio legal es desde luego claro y terminante: el resarcimiento por daños personales no impide la percepción de cualquier otra indemnización (pública o privada) causada por razón del mismo atentado terrorista. Con lo cual, al final, y apurando al máximo los distintos mecanismos indemnizatorios que prevé el ordenamiento, el perjudicado por un acto terrorista podría llegar a percibir hasta cuatro indemnizaciones distintas: *i*) la específica prevista en la Ley; *ii*) la pensión de la Seguridad Social; *iii*) la indemnización concertada con el asegurador; y *iv*) la indemnización por responsabilidad civil.

Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 (Ar. 4870). Aunque no abundan las sentencias que se refieren al problema de las pólizas de seguro, tal es también en lo que he podido encontrar la doctrina que mancha la STS de 26 de febrero de 1991 (Ar. 1087). En la doctrina, por todos, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, cit., págs. 409-410.

⁵⁶ Aunque la jurisprudencia alude en ocasiones a este extremo, distinguiendo entre pensiones contributivas y no contributivas a los efectos de determinar su repercusión en la fijación del *quantum* indemnizatorio (por todas, STS de 17 de abril de 1998 (Ar. 3832), no hay duda que tales circunstancias amplían aún más las facultades estimativas de los Tribunales, de por sí ya bastante amplias. Sobre esta cuestión, L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España...», cit., págs. 67 y sigs.

Que incluso podrían llegar a ser cinco y todas ellas además públicas si es el Consorcio de Compensación de Seguros el que finalmente asume el pago del daño asegurado⁵⁷, y a las cuatro anteriores se le suma ahora la indemnización por responsabilidad civil subsidiaria de la Administración prevista en el Código Penal⁵⁸. Algo desde luego muy difícil de aceptar y sobre todo de explicar a la luz del principio de indemnidad patrimonial que rige (también por exceso) el sistema de responsabilidad civil de la Administración.

3.3. *La responsabilidad de la Administración cuando actúa en relaciones de Derecho privado*

Reconocidamente la anterior redacción del artículo 144 LRJ-PAC resultaba confusa. Con él en la mano no se sabía muy bien si la unificación que introducía en los supuestos de daños derivados de actuaciones privadas de la Administración alcanzaba a todas las dimensiones del sistema administrativo de responsabilidad patrimonial (procedimiento, régimen jurídico y jurisdicción competente), o tan sólo al procedimiento a seguir para exigir la indemnización⁵⁹.

La Ley 4/1999 despeja esta duda, aclarando que, cuando las Administraciones actúen en relaciones de Derecho privado, «la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley». La remisión es pues ahora al entero régimen jurídico previsto en el Título X de la Ley, y no sólo ya, como antes se establecía, a lo dispuesto en los artículos 142

⁵⁷ Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, «De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad...», cit., págs. 113-114. También, G. GARCÍA ÁLVAREZ, «Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», cit., pág. 975.

⁵⁸ Baste pensar en las actuaciones de los denominados Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL). La hipótesis no es además imaginaria. Como se recordará, la Sentencia de 13 de marzo de 1992 (Ar. 2442) declaró responsable civil subsidiario al Estado en el célebre y polémico proceso seguido contra al Subcomisario J. Amedo y el Inspector M. Domínguez por su vinculación con dicho grupo terrorista. Por otra parte, sobre la compatibilidad entre la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración *ex delicto* de sus funcionarios y la puramente patrimonial de ésta, *vid.* M. CASINO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, en especial, págs. 307 y sigs.

⁵⁹ Defienden la primera interpretación, entre otros, J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en la obra colectiva dirigida por el propio autor y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 402-403; y L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España...», cit., págs. 86 y sigs. En contra, E. GARCÍA DE ENTERRÍA- T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, cit., págs. 386-387. También F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, «El nuevo sistema de responsabilidad de la Administración», *La Ley* (1993/4), pág. 961.

y 143. En suma, la reforma da la razón a quienes sostenían que la Administración responde con arreglo a un mismo y único régimen jurídico sustantivo y procedimental, «cualquiera que sea la naturaleza de la relación o de la situación jurídica extracontractual determinante de la producción del daño al particular»⁶⁰.

Visto desde esta óptica, la modificación que ahora se comenta debe ser valorada positivamente. Aclarar aspectos oscuros y facilitar la interpretación y aplicación de las normas son siempre una de las razones de ser de cualquier reforma. Pero como antes, la valoración de la modificación ahora considerada no puede lógicamente fijarse sólo en dicho resultado sino que es preciso rebuscar algo más y preguntarse por su auténtico saldo.

No se oculta que el verdadero problema que está detrás del citado artículo 144 es el relativo al régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados ya por entes públicos sometidos parcial o íntegramente en su actuación al Derecho privado, ya por sociedades o, en general, personas jurídico-privadas creadas por la propia Administración. Este problema toma pie, como también es conocido, en el más amplio y principal de los límites de la potestad de autoorganización de la Administración y en el de la esencial libertad de ésta para elegir, sobre tal base, la forma de personificación y acción que estime por conveniente para sus organizaciones instrumentales.

La considerable confusión que dicho proceso ha terminado por introducir en el panorama jurídico-administrativo (fruto de la libre combinación entre ambos factores: forma de personificación y régimen de actuación) ha provocado ya importantes reacciones en la doctrina⁶¹. No en vano, muy evidente resulta en ocasiones el abuso de dicha potestad de autoorganización y el intento que traduce por eludir las garantías propias del Derecho administrativo. Lo que en el plano ahora considerado significa pretender la exclusión del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial.

Para salir al paso de esta situación la jurisprudencia había ideado ya algunas soluciones. La principal, la denominada técnica «del levantamiento del velo de la personalidad»⁶². La aplicación de esta doctrina a la responsabilidad civil puede conducir a resultados bas-

⁶⁰ J. LEGUINA VILLA, *op. cit.* en nota anterior, pág. 403.

⁶¹ Un resumen de las más importantes, con formulación de su propia posición, puede verse en L. PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP/BOE, Madrid, 1995, págs. 19-85.

⁶² S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración local», *REALA*, núms. 274-275 (1997), págs. 361 y sigs. Más en general, pero con amplias referencias al cuestión en el campo de las Administraciones públicas, R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1997.

tantes satisfactorios desde el punto de vista de la identificación del patrimonio realmente obligado a responder. Pero no asegura ni una respuesta unitaria ni la aplicación en cualquier caso del régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial.

De ahí que la doctrina haya tratado de superar estos inconvenientes buscando una explicación teórica que, al tiempo que salve el obstáculo de la ruptura de la ecuación entre Administración pública, servicio público y régimen de Derecho administrativo, garantice la aplicación en todo caso del sistema administrativo de responsabilidad objetiva. Y solución que pasa necesariamente por una [re]interpretación amplia de la cláusula constitucional de la responsabilidad por «el funcionamiento de los servicios públicos».

Tal es la tesis que significativamente defienden, aunque desde enfoques distintos y con importantes matices entre sí, BELADÍEZ ROJO y GAMERO CASADO⁶³. Con todo, ambos autores coinciden en señalar que el sistema administrativo de responsabilidad objetiva cubre todos los daños producidos en cualesquiera combinaciones posibles entre forma (pública o privada) de personificación y régimen jurídico (asimismo público o privado) de actuación. Lo relevante es siempre poder hablar de la existencia de un actividad que pueda ser considerada «objetivamente como servicio público» o como «función pública».

Como es lógico, la verdadera piedra de toque de todo este planteamiento está en la definición de los criterios que permiten identificar cuándo una actividad debe ser considerada servicio público o función pública. La titularidad de la actividad es un criterio principalísimo. Esta regla, sin embargo, puede defenderse como absoluta⁶⁴ o matizarse dependiendo del tipo de actividad de que se trate. Si la actividad es la específica del giro o tráfico propio de la Administración (esto es, la consistente justamente en «administrar» *ex art.* 103 CE), la misma deberá sujetarse al sistema objetivo de responsabilidad patrimonial, con independencia de la elección por la Administración de la naturaleza pública o privada de la personificación y/o acción de la concreta organización en cuestión.

Una primera matización puede darse en los supuestos de servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Por ejemplo, las telecomunicaciones o los servicios postales, en

⁶³ Cfr. M. BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad es imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 44 y sigs.; y E. GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: Conflictos de Jurisdicción*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, en especial, págs. 51-55; 110-116, y 145-149.

⁶⁴ Como parece defender M. BELADÍEZ ROJO, *op. cit.*, y que le lleva a extender el sistema objetivo de responsabilidad patrimonial incluso a «la actividad que realiza el sector público en el ámbito empresarial y que tiene por objeto la producción de bienes y servicios en el mercado» (pág. 46).

los que buena parte de la actividad de los operadores queda fuera de las respectivas «obligaciones de servicio público». Lo que en el caso de la nueva Entidad pública empresarial Correos y Telégrafos puede obligar a distinguir entre actividad estrictamente económica y actividad de servicio público.

En cambio, cuando la Administración actúa ya en el campo de las actividades económicas en sentido estricto (el propio de los sujetos ordinarios del Derecho) la solución me parece habría de ser siempre distinta y, por tanto, la aplicación entonces de las reglas (sustantivas y procesales) del régimen común de responsabilidad civil resulta difícilmente esquivable.

3.3.1. La responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria

La Ley 4/1999 añade a la Ley 30/1992 una nueva disposición adicional duodécima, en la que se establece que,

«La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

En lo fundamental se trata de la misma regla que ya sancionaba la disposición adicional primera del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo). No obstante, y dadas las serias dudas que había despertado su inclusión en un precepto de carácter meramente reglamentario, el legislador ha estimado conveniente elevarla ahora de rango normativo, incluyéndola en el texto dispositivo de la Ley⁶⁵.

Aparte esta razón formal, la indicada previsión legal responde lógicamente al mismo propósito de entonces: atribuir a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de las reclamaciones por daños derivados de la asistencia sanitaria y cerrar de paso cualquier resquicio a la penetración de la competencia en tales casos de la jurisdicción social. Lo que, por otra parte, se enmarca en el decidido designio del legislador por asegurar a todo trance la unidad de

⁶⁵ Sobre esta cuestión *vid.*, por todos, F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica...*, cit., págs. 15 y sigs.

acciones y la uniformidad jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial [arts. 2 e) LJCA y 9.4 LOPJ], y cuyo interés notaremos más adelante.

Es de esperar que esta previsión legal, junto con las demás antes aludidas, acabe de una vez por todas con la «rebelión» de los Juzgados y Tribunales de lo Social contra la competencia de la jurisdicción contenciosa en materia de daños derivados de la asistencia sanitaria.

Todo comenzó, como se sabe, con el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 1994 (Ar. 7988). Este Auto resolvió en favor de la jurisdicción contenciosa el conflicto trabado entre ésta y un juzgado de lo social a propósito de una reclamación de indemnización por el fallecimiento de una paciente como consecuencia del contagio del SIDA que contrajo a resultas de una transfusión sanguínea infectada del VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana) practicada en un hospital dependiente del Instituto Catalán de Salud, y descartando definitivamente, por aquel entonces al menos así lo parecía, la competencia de los Tribunales del orden social para conocer de las cuestiones de responsabilidad civil del INSALUD.

Poco después, sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida en Sala General, decidió por Sentencia de 10 de julio de 1995 (Ar. 5488), no aceptar la solución de la Sala de Conflictos y mantener la competencia de la jurisdicción social en materia de responsabilidad. A partir de ahí los acontecimientos se han precipitado de un lado y de otro. Y mientras la doctrina afirmada en la sentencia anterior fue confirmada por la propia Sala de lo Social (Sentencias de 14 y 16 de octubre de 1995; Ars. 7754 y 7759), la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo continúa resolviendo en favor de la jurisdicción contenciosa los innumerables controversias que le siguen llegando (Autos, entre otros muchos, de 27 de marzo y 3 de noviembre de 1998; Arzs. 7338 y 7979)⁶⁶.

⁶⁶ En la doctrina la cuestión es igualmente polémica, con partidarios de una y otra posición. En favor de la postura de la Sala de lo Social, por todos, M. A. CAMPOS ALONSO, «Responsabilidad derivada de defectuosa dispensación de asistencia sanitaria a un beneficiario de la Seguridad Social», *La Ley*, núm. 4070, de 2 de julio, 1996, págs. 1 y sigs. En contra, A. DE PALMA, «El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social», *REDA*, núm. 89 (1996), págs. 135 y sigs.; y J. GUERRERO ZAPLANA, «La jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 267, de 31 de octubre de 1996, págs. 1 y sigs.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

4.1. *La responsabilidad civil ordinaria*

4.1.1. Preliminar sobre el estado de la cuestión anterior a la reforma y el contenido y verdadera razón de ésta

Dos son las innovaciones más significativas que la Ley 4/1999 introduce en este punto: de un lado, instituye la obligación de la Administración que hubiere indemnizado de exigir de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que éstos hubieren incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves. Aparte de mejorar técnicamente la redacción anterior (el calificativo de «graves» se predica ahora tanto de la culpa como de la negligencia), la Ley eleva en tal forma a exigencia lo que antes se contemplaba simplemente como mera posibilidad. De otra parte, destaca la supresión de la mención que contenía el artículo 146.1 LRJPAC a la «responsabilidad civil del personal al servicio de las Administraciones públicas». La nueva Ley ratifica así el tradicional carácter directo de la responsabilidad de la Administración y despeja, de paso, una de las dudas más polémicas de la regulación que se modifica, como enseguida habrá de verse.

A primera vista podría pensarse (tanto más dada su ubicación en preceptos separados) que se trata de dos modificaciones que atienden a requerimientos sin conexión aparente. Entiendo, sin embargo, que esa conexión no sólo existe sino que es inescindible, al punto que bien parece razonable pensar –como luego trataré de demostrar– que aquella primera modificación es consecuencia directa de esta segunda. Y ello por más que ni la Exposición de Motivos, ni la tramitación parlamentaria o, en fin, el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto adviertan nada al respecto.

Comenzando por la segunda de las modificaciones antes referidas, su propósito es desde luego inequívoco: confirmar la responsabilidad patrimonial directa de la Administración⁶⁷, aclaran-

⁶⁷ Así se declara, por lo demás, en la Exposición de Motivos (apart. VI), cuando advierte que tal reforma responde a la voluntad de clarificar «el régimen instaurado por la Ley 30/1992 de exigencia directa de responsabilidad de la Administración». En concordancia con ello –continúa diciendo la Exposición de Motivos– se deroga la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de ese mismo año, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos (disposición derogatoria única), y cuya subsistencia tras la Ley 30/1992 había suscitado también algunas dudas. A este último respecto, *vid.* L. MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas...», *cit.*, págs. 83-84; y J. L. DE LA VALLINA VELARDE, «Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios», *REALA*, núms. 274-275 (1997), pág. 344.

do al mismo tiempo las tremendas dudas que en la redacción anterior suscitaba la inteligencia conjunta de los artículos 145.1 y 146.1 LRJPAC. Como es conocido, la interpretación de estos dos preceptos no resultaba nada fácil y mantenía enfrentada a la doctrina.

Para unos autores, el perjudicado no podía utilizar ya la facultad (que expresamente le reconocía el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado de 1957⁶⁸) de reclamar la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración. La derogación por la Ley 30/1992 de este artículo de la LRJAE y, sobre todo, la inequívoca dicción del artículo 145.1 («...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») así lo confirmaban. Para otros muchos, en cambio, tal posibilidad continuaba subsistiendo, dados fundamentalmente los términos (asimismo tajantes) del artículo 146.1 LRJPAC: «la responsabilidad *civil* y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente»⁶⁹. En lo fundamental, por tanto y según este otro sector doctrinal, el citado artículo 146.1 LRJPAC recogía la regla que antes contemplaba el artículo 43 LRJAE.

Estando así planteada la cuestión, no hay duda que el legislador de 1999 media en el conflicto, colocándose resueltamente del lado de quienes sostenían ya que el perjudicado carecía, tras la Ley 30/1992, de la posibilidad de demandar al funcionario en vía civil. Con la eliminación, en efecto, de toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario bien parece aclarado que el perjudicado sólo dispone de una acción indemnizatoria, que habrá de dirigir directa e inequívocamente ante la Administración, conforme establece el art. 145.1. LRJPAC.

Esta solución, aunque estimable, colocaba sin embargo al legis-

⁶⁸ Ésta es la tesis que, entre otros, mantienen E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, cit., pág. 405; A. BLASCO, «La responsabilidad...», cit., págs. 434-435; A. NAVARRO MUNUERA, «La regulación de la responsabilidad de las Administraciones Públicas», en J. TORNOS (dir.), *Administración Pública y Procedimiento Común*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 542-543; J. L. FUERTES SUÁREZ, «Responsabilidad de las Administraciones Públicas», en B. PENDÁS (coord.), *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1993, pág. 816.

⁶⁹ J. LEGUINA, «La responsabilidad patrimonial...», cit., pág. 407; R. PARADA, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, págs. 453-454; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 137, 423 y 425; J. PEMÁN GAVÍN, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», cit., págs. 304-305; P. L. SERERA CONTRERAS, en *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, II, BOE/Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 113; F. J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, págs. 119-120; y J. L. DE LA VALLINA VELARDE, «Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios», cit., pág. 341 y sigs.

lador de 1999 en una posición bastante incómoda frente a los partidarios de la tesis contraria y uno de sus principales argumentos. Pues al suprimir la posibilidad de que el perjudicado demandara al funcionario personalmente responsable del daño y, en su virtud, una vez asegurado que la responsabilidad de la Administración cubre y sustituye a la del personal a su servicio, la Ley consagraba poco menos que la absoluta inmunidad patrimonial del funcionario. Al menos en la práctica, dada la completa inoperatividad demostrada por la vía de regreso que, como es sabido, rara vez, por no decir nunca, ha sido aplicada por la Administración⁷⁰. Lo cual, además, había de resultar tanto más peligroso desde el momento en que tal resultado se proyecta inevitablemente sobre el nivel de prestación de los servicios públicos, supuesto que el funcionario, que se sabe de antemano irresponsable, puede tender a descuidar o rebajar el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de sus funciones.

Probablemente ésta sea la razón de la nueva redacción dada al artículo 145.2, que obliga ahora a la Administración a exigir de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves. Con esta modificación, bien se comprende, la Ley instituye un freno contra el funcionario negligente, al tiempo que neutraliza el peligro antes apuntado⁷¹. Desde esta perspectiva, pues, las dos piezas de la reforma parecen cuadrar perfectamente. El deber de actuar de oficio la acción de regreso del artículo 145.2 funge así a modo de contrabalance técnico de la desaparición en el artículo 146.1 de toda mención a la responsabilidad civil del funcionario, que, en todo caso y por eso mismo, constituye a mi juicio el auténtico *leitmotiv* de la reforma. Enseguida habré de volver sobre esto último.

Antes importa retener las negativas consecuencias que esta modificación en la utilización de la vía de regreso puede llegar a producir en el correcto y normal funcionamiento de los servicios públicos. Con las reservas propias de todo pronóstico sobre actuaciones administrativas futuras (aquí sumamente arriesgado, supuesto que la Administración puede tender al archivo sistemático de los procedimientos en tal forma iniciados⁷²), es obvio que la

⁷⁰ Y resultado muy criticado por la doctrina. Cfr. entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, cit., págs. 405-406 y G. GARCÍA-ÁLVAREZ, «La responsabilidad patrimonial...», cit., págs. 928-929; y J. L. DE LA VALLINA VELARDE, «Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios», cit., pág. 342.

⁷¹ Justamente por eso mismo el profesor PANTALEÓN había advertido ya que, si la Ley 30/1992 hubiese impuesto a la Administración el deber de actuar de oficio la referida acción de regreso, la tesis de que «la responsabilidad de la Administración sustituye a la del personal a su servicio (...), habría encontrado mucha menos resistencia en la doctrina» (en *Responsabilidad médica...*, cit., pág. 58).

⁷² Pues como advirtiera ya en su día J. LEGUINA VILLA («La responsabilidad patrimo-

sola amenaza de su apertura puede introducir un fuerte condicionamiento en el modelo y las pautas de comportamiento de los funcionarios, que podría conducir, a su vez, a un ejercicio defensivo, por conservador o inhibitorio, de determinadas funciones públicas (singularmente de policía y sanidad o, en general, materiales), con mengua evidente en los correspondientes niveles de eficacia en la prestación del servicio.

No obstante esto anterior, el legislador de 1999 ha decidido asumir el riesgo, introduciendo una regla a la que, en cualquier caso, es verosímil aventurar ya un futuro polémico. Es, a fin de cuentas, el precio con el que el legislador paga la exclusión de la responsabilidad civil del funcionario.

4.1.2. Objeto y ámbito de aplicación del primitivo art. 146.1

Se comparta o no este juicio acerca de la verdadera razón de ser de la vía de regreso, queda pendiente en todo caso la cuestión de cuál es la motivación que está detrás de la reforma del art. 146.1, y que antes había dejado pendiente. Ya he dicho más arriba que la defensa de esta otra modificación descansa en la necesidad que aprecia el legislador de aclarar el juego de la responsabilidad directa de la Administración, según este mismo reconoce en la Exposición de Motivos. Esta justificación, sin embargo, no me parece convincente y deja, en todo caso, en mal lugar a la modificación a la que dice servir.

Que el funcionario no pueda ser, como regla, demandado ante la jurisdicción civil me parece, lo he dicho ya también, una solución acertada que pone fin, además, a la polémica doctrinal que había suscitado la regulación anterior. Ahora bien y como asimismo tengo dicho en otro lugar⁷³, repárese que todo ese debate y, con él, prácticamente todas las explicaciones doctrinales coincidían en un extremo: en situar la cuestión en el exclusivo plano interpretativo de la incidencia operada por la Ley 30/1992 en el esquema hasta entonces vigente de la LRJAE. Desde esta perspectiva, el pro-

nial de la Administración y de sus autoridades...», cit., pág. 408), es verosímil pensar también ahora que «la inercia administrativa contraria a esta figura de responsabilidad indirecta de la autoridad o funcionario, las resistencias corporativas y sindicales y los altos costes políticos que, en algún caso, puede suponer la apertura de este procedimiento de repetición seguirán jugando a favor de la inmunidad patrimonial de los agentes públicos».

⁷³ M. CASINO RUBIO, «La responsabilidad civil del profesional sanitario al servicio de las Administraciones públicas: régimen jurídico y jurisdicción competente», en *Manual jurídico de la profesión médica* (coord. A. PALOMAR OLMEDA), Ed. Dykinson, Madrid, 1998, págs. 1169 y sigs.

blema parecía consistir en dilucidar si tras la entrada en vigor de dicha Ley el perjudicado disponía o no de la opción de demandar al funcionario en vía civil. Lo que a fin de cuentas significaba que seguíamos operando sobre el esquema establecido por la LRJAE o, lo que venía a ser lo mismo, sobre el plano meramente procesal de la cuestión.

Tal parece ser, en efecto, el sentido del debate doctrinal entonces suscitado y ese parece ser también el problema sobre el que ahora tercia la Ley 4/1999. Lo que quiere decir que la responsabilidad civil personal del funcionario no se examina a partir de y en conexión con el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino simplemente en función de la interpretación de unos determinados preceptos aislados. En otros términos, la Ley zanja, sí, la apuntada polémica, imponiendo una determinada interpretación, pero deja en el aire la explicación del porqué de la misma. Pues no es desde luego lo mismo, al menos de una perspectiva teórica, que el funcionario no pueda ser demandado en vía civil porque así lo dispone la Ley que lo sea porque así se desprende y es resultado de una determinada concepción o interpretación jurídica. Y a este respecto la Ley nada dice, cuando, al cabo, ello no resultaba demasiado difícil.

La tesis que defiende la posibilidad de demandar al funcionario toma pie, según creo entender, no sólo en el postulado previo de la identificación e imputación directa de los daños al funcionario sino también en la consideración aquí de dicho funcionario como un simple particular (como lo confirma, sin más, la competencia de los Tribunales civiles y la aplicación también en tales casos del régimen sustantivo propio del Código Civil). Ahora bien, ¿es esto realmente posible? Dicho de otro modo, ¿el funcionario es siempre y simultáneamente, además de agente u órgano administrativo, un sujeto privado?

Ya he explicado mi posición contraria a este planteamiento y cuál es la solución que a mi juicio permitía salvar satisfactoriamente la aparente contradicción que existía entre los artículos 145.1 y 146.1 LRJPAC, en su redacción anterior⁷⁴. Como entonces, entiendo que este último precepto se refería solamente a las conductas puramente privadas del personal al servicio de las Administraciones públicas, por completo ajenas al ejercicio del cargo o función.

Lógicamente, siguiendo este punto de partida, la aplicación de una u otra regla debía partir necesariamente de la previa y precisa separación entre los respectivos ámbitos en los que por hipótesis

⁷⁴ M. CASINO RUBIO, *op. cit.* en nota anterior, págs. 1174 y sigs.

puede producirse un resultado dañoso como consecuencia de la actividad de un funcionario. Desde esta perspectiva, resulta preciso considerar separadamente, por tanto, los daños causados por un funcionario en el ejercicio de sus funciones de aquellos otros que tienen lugar con total y absoluta desconexión con tal desempeño y, por ende, con el funcionamiento de los servicios públicos. Es, pues, el dato de la vinculación o no de la conducta del funcionario con el funcionamiento del servicio el elemento decisivo en punto al correcto encaje de cada supuesto concreto en el ámbito de aplicación de lo que establecían una u otra previsión legal. De esta suerte:

a) Si la conducta dañosa se produce en el ámbito del desempeño de sus funciones la responsabilidad del funcionario se «*publica*» y se traspasa por entero a la Administración, que responderá directamente de acuerdo con el régimen general que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración. Según la interpretación que aquí se defiende, el funcionario no responde ya ante el perjudicado por los daños producidos en el ejercicio de sus funciones sino que responde directamente la Administración. Esto no significa, por supuesto, que el funcionario sea absolutamente irresponsable sino solamente que su responsabilidad lo es únicamente frente a la propia Administración *ex art.* 145.2. Según esto se trataría, pues, de un supuesto más de responsabilidad directa de la Administración en el que la individualización del causante del daño no altera en nada la economía interna y la lógica propias del sistema⁷⁵.

Es decir, la responsabilidad del funcionario se sustituye en términos jurídicos y respecto del perjudicado por la responsabilidad de la Administración o, si se prefiere, la responsabilidad de ésta cubre la responsabilidad del personal a su servicio cuando éste actúa en el ejercicio de sus funciones. Conclusión que en el orden procesal conduce derechamente, como se viene insinuando, a negar la posibilidad de que el funcionario responsable del daño pueda ser condenado directamente en sede jurisdiccional civil cuando el resultado dañoso se sitúa en el ámbito del ejercicio de sus funciones. Y positivamente significa que la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal a su servicio que queda

⁷⁵ En esto consiste cabalmente, por lo demás, la institución resarcitoria en el ámbito administrativo, tal y como ésta se configuró entre nosotros hace ya más de cuarenta años. En la transferencia de la responsabilidad del funcionario, autor directo del daño, a la Administración a cuyo servicio aquél actuó. Como se ha repetido una y otra vez, «la garantía patrimonial directa cubre tanto los daños imputables a conductas concretas de los agentes públicos como los causados por el funcionamiento impersonal o anónimo de la organización o de los servicios administrativos» (la cita corresponde al libro de J. LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1983, pág. 323).

cubierta por la responsabilidad de la Administración es *sólo* la que proceda del ejercicio de las funciones públicas en cada caso encomendadas.

b) En cambio, si la lesión aparece desconectada del servicio, la obligación indemnizatoria correrá ya personal y directamente a cargo del funcionario responsable del daño, conforme a las reglas del Código Civil. Es aquí justamente donde jugaba con total normalidad la previsión del artículo 146.1 LRJPAC.

En efecto, una vez admitido que la responsabilidad de la Administración sustituye a la personal del agente cuando la lesión tiene lugar en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, forzoso es reconocer que extramuros de ese supuesto la cobertura que presta la responsabilidad de la Administración deba ceder ante la responsabilidad directa y personal del causante del daño. Pues, como fácilmente se comprende, la simple vinculación orgánica con la Administración no es en sí, ni por sí mismo, criterio sustancial o material alguno capaz de justificar ni, mucho menos, imponer la responsabilidad de la Administración⁷⁶.

Se explicaba así, esto es, por razón de la indicada falta de correspondencia entre la lesión y la actividad administrativa, que el artículo 146.1 remitiera el tratamiento de tal responsabilidad personal a *la legislación [civil] correspondiente*. De donde resultaba, en suma, que lo que el legislador administrativo había pretendido aquí no era evidentemente abordar (ni mucho menos suprimir) la cuestión de la responsabilidad por los daños causados por un funcionario a título exclusivamente personal, sino precisamente extraer de su campo de acción la responsabilidad civil ordinaria del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Congruentemente con este planteamiento, la apuntada remisión a la legislación civil, o si se prefiere, la posibilidad de exigir la responsabilidad directa y personal del funcionario no era una opción que el perjudicado pudiera ejercitar libremente, sin más requisitos que el apuntado sometimiento a «*la legislación correspondiente*». Muy al contrario, la aplicación de dicha legislación no puede ser el resultado del ejercicio por el perjudicado de la acción civil, sino a la inversa: es la aplicación en bloque de la legislación civil (y comprensiva, por tanto, de los aspectos procesales y sustantivos de la acción) el elemento que determina la exigencia en vía civil de la responsabilidad personal del funcionario.

Dicho de otro modo, el artículo 146.1 LRJPAC no contenía una regla procesal alternativa o de simple remisión al ordenamiento

⁷⁶ Esto siempre ha estado muy claro para la doctrina. El problema, sin embargo, surge a la hora de determinar cuándo la actuación del funcionario resulta ajena al funcionamiento de los servicios públicos.

civil sino que expresaba por contra un criterio sustantivo o material: la existencia de una conducta lesiva imputable a título exclusivamente privado al funcionario determina la exclusión del régimen administrativo de responsabilidad civil y, por ende, la aplicación del ordenamiento jurídico-civil.

Nótese que la importancia de esta conclusión en el plano procesal era de primer orden. Porque apurando el razonamiento, y a la luz de las consideraciones precedentes, si la aplicación de las normas civiles sólo resulta posible en los supuestos en los que el funcionario responsable del daño actúa sin ninguna conexión con el ejercicio de sus funciones, es evidente que esa posibilidad necesita forzosamente de la previa acreditación de su presupuesto habilitante. Se llega así a un resultado aparentemente sorprendente: el juez civil no puede declarar libremente la responsabilidad civil personal y directa del funcionario *ex* artículo 1902 CC, aunque el resultado dañoso le sea imputable objetivamente a título de culpa o negligencia.

La razón es sencilla, pero concluyente: dicha responsabilidad no siempre existirá, pues, con arreglo a la tesis propuesta, la responsabilidad del funcionario por los daños causados en el ejercicio de sus funciones desaparece a los ojos del perjudicado y, en su consecuencia, se sustrae también al juez civil la posibilidad de condenar civilmente al funcionario responsable de unos daños causados en el ejercicio de sus funciones⁷⁷, por lo que, en tales supuestos, el juez civil deberá desestimar en cuanto al fondo las correspondientes pretensiones indemnizatorias, remitiendo al perjudicado a la vía contenciosa.

Sentado lo anterior resultaba menos insólito otra consecuencia de este planteamiento: la competencia del juez civil para declarar la responsabilidad personal del funcionario *ex* artículo 1902 CC no resulta sin más de la opción formal-procesal que en tal sentido ejercite el perjudicado, sino que, tal y como se viene diciendo, la posibilidad de exigir en sede civil dicha responsabilidad —con consecuente sujeción asimismo a las reglas substantivas del Código Civil— viene dada como consecuencia de la imposibilidad de vincular la actividad del funcionario con el funcionamiento de un servicio público.

Es, por tanto, el hecho de que la actividad en cada caso cumplida por el funcionario resulte ajena al ejercicio del cargo o función el dato relevante que obliga a subsumir el supuesto de hecho

⁷⁷ Sería tanto como admitir sin más que la Administración pudiera ser demandada en solitario y condenada en vía civil *ex* artículo 1902 CC, aunque el resultado dañoso le sea igualmente imputable de forma objetiva por razón del funcionamiento de los servicios públicos.

concreto en el ámbito del art. 146.1 LRJPAC y, a su través, en las normas civiles. O con mayor precisión, es el hecho de que el funcionario sea aquí, a efectos indemnizatorios, un sujeto privado más el dato que determina por completo la competencia de la jurisdicción civil y la aplicación del jurídico-privado contenido en el Código Civil. El funcionario es en tales casos un simple particular. Esto es lo decisivo.

A la vista de cuanto antecede he defendido y reitero ahora la conveniencia de revisar el texto del artículo 146.1 LRJPAC con el fin de alcanzar una fórmula que elimine de una vez por todas las ambigüedades que hoy por hoy suscita su actual redacción. A este propósito, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 145.1 LRJPAC, la concreta alternativa a adoptar admite, desde luego, múltiples redacciones. Lo verdaderamente importante es poder suscribir una fórmula que exprese con claridad la tesis comentada, a saber:

a) Si la lesión no se ha producido en el ejercicio de sus cargos o funciones, las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones responderán directa y personalmente conforme a la legislación correspondiente (esto es, conforme al Código Civil).

b) En cambio, si el funcionario causa una lesión en el ejercicio de sus cargos o funciones la Administración responderá exclusiva y directamente conforme al régimen previsto en la Ley 30/1992.

4.1.3. La solución legal o la callada por respuesta

Nada de esto, sin embargo, ha hecho el legislador de 1999, que se ha limitado lisa y llanamente a derogar una regla que, aunque oscura, tenía un sentido preciso. Es verdad que la misma interpretación cabe sostener ahora una vez que dicha regla ha sido suprimida. Pero es claro que el silencio impuesto ahora por el legislador complica aún más las cosas, hurtando la necesidad de ofrecer una explicación al problema de los daños derivados de conductas personales de los funcionarios. Determinar cuándo unos daños son imputables al funcionamiento de un servicio público o, por el contrario, a la conducta personal del funcionario es mucho más que una simple cuestión teórica. Afecta antes que nada a los límites del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero refiere también el problema de la jurisdicción encargada de aplicar el régimen sustantivo en cada caso pertinente.

Baste pensar en la hipótesis de un evento dañoso en el que no resulte fácil determinar si ha sido consecuencia de la actuación pú-

blica o privada del agente. En esta encrucijada, ¿qué habrá de hacer el perjudicado? ¿Deberá sujetarse al art. 145.1 y reclamar directamente ante la Administración la indemnización correspondiente? Pero, ¿qué sucede si la Administración al resolver el expediente entiende que los daños no han sido consecuencia del funcionamiento de un servicio público, sino el resultado de una actuación puramente privada de su funcionario? ¿Podrá la Administración declararlo así, condenando al funcionario *ex* artículo 1902 CC, o deberá remitir la cuestión a la jurisdicción ordinaria? Y en este último supuesto, ¿acaso no habrá prescrito ya la acción del perjudicado para acudir a la vía civil? Los interrogantes podrían desde luego continuar pero revelan en todo caso que en materia de responsabilidad civil de los funcionarios más de un cabo anda desgraciadamente suelto.

En esta situación, a mi sólo se me ocurren dos explicaciones posibles: *i*) o al legislador le ha pasado inadvertido el desafío que ilustran los anteriores interrogantes; o *ii*) la modificación que introduce en el artículo 146.1 no persigue realmente aclarar ni menos aún regular la cuestión de la responsabilidad civil del funcionario, sino más simplemente atajar unas de las tradicionales vías de penetración de la jurisdicción civil en el enjuiciamiento de problemas de responsabilidad patrimonial de la Administración: la demanda conjunta ante la jurisdicción civil de la Administración y el funcionario. Particularmente me inclino por esta segunda explicación.

Primero porque, en otro caso, el silencio sería por las razones dichas gravemente irresponsable. Lo que, no obstante las bajas cotas alcanzadas por el legislador de los últimos años, no resulta en verdad presumible. Pues, mal que bien, algo lógicamente habría dicho aquél si tal fuera en efecto su propósito. Y segundo porque, puestos a buscar una explicación, ésa es me parece la única razonable. No sólo casa con el mutismo que se viene denunciando sino que, además, cuadra también con la preocupación, casi obsesiva, que revela el legislador por asegurar a toda costa el monopolio de la jurisdicción contenciosa en el dominio de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁷⁸.

⁷⁸ Poco esfuerzo ha de requerir probar este último aserto. En las últimas fechas, el legislador ha dado suficientes y expresivas muestras de dicha preocupación básica y de la solución que mancha. Todo ello está perfectamente resumido en los artículos 2 e) de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 9.4 LOPJ, en la nueva redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio. Como es sabido, el primero de ellos sienta la importante regla de que en materia de responsabilidad patrimonial, las Administraciones públicas no podrán ser demandadas ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. El segundo precepto todavía va más allá y establece que si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Obviamente no quiere decirse que la reforma sea ya por tal razón incorrecta. El objetivo que persigue –lo he repetido ya– me parece indiscutible. Simplemente he tratado de poner de relieve cómo el árbol no nos deja ver el bosque. Ofuscados por atajar el problema de la uniformidad jurisprudencial (aunque quizás debiera decir, por garantizar a toda costa el monopolio de la jurisdicción contenciosa), nos hemos detenido en las puertas del problema insuprimible de la responsabilidad civil de los funcionarios.

Tal vez el legislador haya pensado que muerto el perro se acabaría la rabia. Sin embargo, si ése era efectivamente su diagnóstico, debo decir que el tiro le ha salido por la culata. Pues no sólo el problema sigue vivo y amenaza con estallar el día menos pensado, sino que además ha eliminado una regla (la del anterior 146.1), que si bien resultaba realmente confusa, proporcionaba, correctamente entendida, un inestimable primer criterio de solución al problema.

4.2. *La responsabilidad civil del funcionario derivada de delito*

Si criticable resulta, por las razones dichas, la solución que la Ley 4/1999 maneja acerca de la responsabilidad civil del funcionario, mucho más lo es aún, como enseña tendremos ocasión de comprobar, la que se contiene en el artículo 146. En rigor, aparte lo dicho ya, la novedad aquí es trivial y reducida al añadido en el apartado primero del siguiente inciso: «...así como la responsabilidad civil derivada de delito...». De tal manera que el sentido de la reforma es simplemente el de precisar que este último tipo de responsabilidad, junto con la propiamente penal que aparecía ya en la redacción anterior, «se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

4.2.1. Una cuestión terminológica previa: la inexplicable referencia a la responsabilidad penal del funcionario

Esta previsión del art. 146.1 no resulta, en verdad, fácil de entender. Para sólo señalar ahora lo más notorio, las dudas surgen nada más iniciar la lectura de dicho párrafo. Por de pronto, llama poderosamente la atención la mención que en el mismo se contiene a la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas. Pues que ésta deba exigirse de acuerdo con su legislación correspondiente es algo tan obvio, que su simple recordatorio resulta llamativo, casi desafiante. O acaso, ¿es que los funcionarios no están sujetos al Código Penal?

Como es lógico, la razón debe buscarse en otro lugar, y en particular en el viejo privilegio de la autorización administrativa previa para procesar a las autoridades y funcionarios, estudiada entre nosotros por el profesor PARADA VÁZQUEZ⁷⁹, y que en términos sustancialmente idénticos recogía el artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Probablemente ahí esté la razón. Ahora bien, es obvio que nada queda hoy de ese obstáculo de origen decimonónico, por lo que la apuntada mención carece por completo de sentido. Sin embargo, es lo cierto que ahí está y que la doctrina incluso se ha ocupado de comentarla, tratando de imprimir cierto sentido al precepto.

Algunos análisis han puesto así de manifiesto las implicaciones procesales que surgen en materia de demandas y procesos contra personas aforadas⁸⁰, los problemas que resultan del principio general del *non bis in idem* en relación con el ejercicio de la potestad disciplinaria⁸¹, o incluso, y desde una perspectiva más general, el fundamento de los delitos en materia del ejercicio de funciones públicas⁸².

Nada creo, sin embargo, que tenga que ver el precepto de que aquí se trata con dichas explicaciones doctrinales. Que el Tribunal Supremo sea el Tribunal competente para conocer de la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales seguidas contra el Presidente del Gobierno, por ejemplo, o que la regla del *non bis in idem* admita ciertas excepciones en materia de sanciones administrativas disciplinarias, o, en fin, que el delito de violación de secretos oficiales proteja el interés de la propia organización administrativa, son cuestiones todas ellas que nada, como digo, ni siquiera remotamente, me parece que tienen que ver con lo dispuesto en el citado artículo 146.1 LRJPAC.

Por esta razón, siempre me pareció que la interpretación más razonable del antiguo artículo 146.1 era pensar que éste no se refería realmente a la responsabilidad penal *stricto sensu* sino a la civil derivada de la penal, esto es, a la llamada responsabilidad civil *ex delicto*. Sin embargo, debo reconocer que esa explicación tal vez no sirva ya, ahora que el legislador ha decidido incorporar expre-

⁷⁹ R. PARADA VÁZQUEZ, «La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas», *RAP*, núm. 30 (1959), págs 105 y sigs.; luego recogido en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*. Selección, introducción general y presentación por Alejandro NIETO, INAP, Madrid, 1983, págs. 358 y sigs., por donde se cita.

⁸⁰ F. GARRIDO FALLA, en F. GARRIDO FALLA- J. M.^a FERNÁNDEZ PASTRANA, *op. cit.*, págs. 358-359.

⁸¹ R. PARADA VÁZQUEZ, «La responsabilidad de la Administración», en su libro *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 458.

⁸² R. PARADA VÁZQUEZ, *ibidem*, págs. 457-458.

samente esa otra vertiente, manteniendo al mismo tiempo la referencia que se establecía a la responsabilidad penal del funcionario. Aunque quizás todo se deba a un nuevo *lapsus calami*, muy evidente es la desatención con la que el legislador aborda el problema de la responsabilidad civil derivada de delito del funcionario.

4.2.2. La remisión de la responsabilidad civil derivada de delito a lo dispuesto en el Código Penal

Este abandono cristaliza en la remisión en bloque que dicho artículo 146.1 hace de este asunto a «lo previsto en la legislación correspondiente», lo que, una vez eliminada la mención a la responsabilidad civil ordinaria, sólo puede ser ya a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para el legislador administrativo la responsabilidad civil derivada de delito es, pues, una cuestión por completo ajena a sus preocupaciones. Y ello por más que la aplicación del sistema jurídico penal de responsabilidad civil *ex delicto* arrastre irremisiblemente la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración *ex* artículo 121 CP. Entiende seguramente que ésta nada o muy poco tiene que ver con la responsabilidad patrimonial de la Administración y que, por tanto, su tratamiento no le corresponde a fin de cuentas. En una palabra, para aquél, la responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad civil son dos instituciones radicalmente distintas. De ahí, consecuentemente, que aquélla haya de exigirse con arreglo a las normas penales.

Lógicamente este punto de partida tiene su reflejo en el plano jurisdiccional. Si la responsabilidad civil de la Administración derivada de delito de sus funcionarios es un asunto penal, ha de ser la jurisdicción de este orden la competente también para conocer de las demandas que por tal razón puedan formularse contra la Administración. Desde este último plano, se observará mucho mejor el error de esta forma de pensar.

Como es conocido, el artículo 2 *e*) de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye al orden contencioso el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con «la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandada aquélla por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social».

El citado precepto obedece, como se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos, a la necesidad de «unificar la competencia para conocer de ese tipo de asuntos en la Jurisdicción Con-

tencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial». La filosofía de la nueva Ley Jurisdiccional es, pues, clara y precisa: se trata de acabar de una vez por todas con la inseguridad que domina en ese punto.

Y sin embargo ese empeño contrasta poderosamente con la renuncia que el propio legislador asume en punto a la extensión de la unidad previamente así proclamada al ámbito jurisdiccional penal. La Exposición de Motivos no puede ser desde luego más reveladora: el propósito de unificar la competencia jurisdiccional se justifica —se dice, en el apartado II—, «salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

Sorprende, en verdad, la seguridad (*rectius*, la evidencia) con la que el legislador afirma y justifica la apuntada excepción. Pues debo reconocer que por más vueltas que le doy al asunto no alcanzo a comprender las razones por las que el legislador se detiene en las puertas del Derecho penal. Es decir, no se entiende muy bien la razón por la que, en materia de responsabilidad patrimonial, la Administración sí puede ser llevada ante la jurisdicción penal y no, en cambio, ante la civil o social. En efecto:

a) Podría pensarse, en primer lugar, que la razón de la apuntada excepción deriva del principio de la prejudicialidad penal que con carácter general sienta el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que por relación a la jurisdicción contenciosa precisa el artículo 4.1 de su Ley Reguladora.

Sin embargo, esta posible explicación depende directa y decisivamente de la posibilidad de afirmar la existencia de una cuestión penal. Lo que en el campo de la responsabilidad de que aquí se trata vale decir, de la afirmación de la naturaleza jurídico-penal de la institución de la responsabilidad civil derivada de delito y, por tanto, de la existencia de una línea de separación entre ésta y la responsabilidad patrimonial *stricto sensu*.

Aunque la idea de que la responsabilidad civil derivada de delito tiene una especial naturaleza está bastante extendida en la doctrina, fundamentalmente penal, la misma —según he tratado de mostrar en otro lugar— está muy lejos de ser correcta⁸³. La responsabilidad civil es una institución de naturaleza, por el contrario, estrictamente civil. Sin que en este momento resulte preciso entrar en más detalles, ésta es la opinión que mantiene una copiosa doctrina de la Sala 2.⁸⁴

⁸³ A dicha cuestión dedico el capítulo IV de mi libro *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit.

⁸⁴ Basta echar una rápida ojeada a la jurisprudencia penal para comprobar cómo, en efecto, esc es uno de los argumentos que con mayor frecuencia utiliza la Sala 2.^a para justi-

En estas condiciones, esto es, si la responsabilidad administrativa no pierde su genuina naturaleza civil por el hecho de que esté regulada en el Código Penal y se sustancie en el marco de la causa criminal, no se entiende muy bien por qué el confesado esfuerzo de la citada Ley por alcanzar la unidad jurisdiccional y garantizar la uniformidad jurisprudencial resulta rigurosamente extraño al orden jurisdiccional penal⁸⁵.

b) Cuestión distinta es que el mantenimiento de la competencia del orden penal se considere, desde una perspectiva puramente procesal, como algo conveniente y aun necesario. Ahora bien, esto, al margen de ser dudoso, es una cuestión que juega o se desenvuelve únicamente en el plano procesal-formal de la relación jurídico-indemnizatoria y que, en cuanto tal, no afecta en nada al régimen material conforme al que aquella relación deba decidirse. Importa retener, por tanto, que en esta hipótesis el problema es adjetivo y no sustantivo. Desde esta perspectiva, la exclusión de la competencia de la jurisdicción contenciosa en favor de la penal, que explicita en los términos antes vistos la LJCA, tampoco resulta fácil de entender: una cosa es que se considere conveniente que la jurisdicción penal conozca de las pretensiones de responsabilidad patrimonial *ex delicto*⁸⁶, y otra muy distinta que exista una barrera material infranqueable para que la jurisdicción contenciosa conozca de esos mismos supuestos. Porque una de dos: o la competencia del orden penal se atribuye sobre la base de razones procesales y, por tanto, instrumentales (con atención, pues, exclusiva al plano procesal-formal de la aludida relación indemnizatoria), o descansa en razones sustantivas de orden penal (en cuyo caso, aglutinantes de las correspondientes al plano formal, por razón de la instrumentalidad de aquél respecto de este plano sustantivo).

Nótese, sin embargo, que esta segunda alternativa nos vuelve a colocar en el mismo punto de partida, antes referido, a saber: el relativo a la idea de que la responsabilidad civil derivada de delito posee un especial fundamento y origen jurídico-penales y, en todo

ficar la interpretación extensiva que ha venido haciendo del citado artículo 22 CP. La jurisprudencia penal está repleta de ejemplos de este tipo. En tal sentido, y entre otras muchas, SsTS de 7 de febrero de 1994 (1273); de 4 de mayo de 1994 (Ar. 3655), de 6 de mayo de 1994 (Ar. 3618), de 7 de diciembre de 1994 (Ar. 10574); de 17 de julio de 1995 (Ar. 5606) y de 28 de octubre de 1995 (Ar. 7914). Todo lo cual encaja perfectamente con el carácter de Ley ordinaria que el Código penal atribuye a los preceptos relativos a la responsabilidad civil (disposición final sexta).

⁸⁵ Tanto más cuanto que la propia LJCA justifica la unidad jurisdiccional que incorpora [art. 2 e)] por razón de la cobertura constitucional con que cuentan los principios del peculiar régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones (apartado II de la Exposición de Motivos).

⁸⁶ El propio Tribunal Constitucional ha destacado las ventajas que, desde dicha perspectiva procesal, ofrece la competencia de la jurisdicción penal; por todas, STC 98/1993, de 22 de marzo.

caso, distintos de los que tiene la reponsabilidad patrimonial *lato sensu*. De apurar esta vía explicativa nos encontraríamos de frente, pues, con el mismo problema antes planteado. Y cuya cabal respuesta exigiría en todo caso una prueba o explicación de la que por ahora sin embargo se carece.

c) Alcanzado este punto, podría pensarse finalmente que la excepción en favor de la competencia de la jurisdicción penal obedece a una deliberada prudencia o discreción del legislador administrativo, que no ha querido sustraer al orden penal el conocimiento de las cuestiones de responsabilidad civil. Y no tanto porque en concreto entienda que no deba ser así, sino más bien por no invadir un terreno que en principio parece reservado técnicamente al legislador penal, a quien en consecuencia correspondería, en su caso, la tarea de hacerlo.

Desde esta perspectiva, pues, la renuncia traería causa de un acotamiento estricto por la LJCA de su objeto y su consecuente autorrestricción para no incidir en cuestiones que, en puridad de política legislativa, tienen en principio sede distinta. En suma, el planteamiento del artículo 2 c) considerado, podría explicarse, según esta otra alternativa, por razón de una simple cuestión de técnica legislativa.

Esta posible solución debe ser no obstante descartada, según resulta sin más de la distinta orientación que el legislador administrativo parece seguir al enfrentarse con las jurisdicciones civil y social. Pues, en efecto, si aquél no encuentra ningún inconveniente en negar a éstas la posibilidad para que conozcan de la responsabilidad civil de la Administración, es claro que la LJCA muestra cualquier cosa menos discreción o prudencia en punto a la delimitación que hace de la extensión del fuero jurisdiccional propio de la Administración.

Después de establecidas las precisiones anteriores, la conclusión más evidente que se deduce es sencillamente que la cuestión de la responsabilidad civil derivada de delito es un asunto que el legislador entiende nada tiene que ver con la paralela reponsabilidad patrimonial. Por eso su regulación y enjuiciamiento corresponde al legislador y jurisdicción penales.

4.2.3. Responsabilidad civil derivada de delito y responsabilidad patrimonial son una única y misma institución. Algunas conclusiones y propuestas

Nada de extraño parece haber, sin embargo, en todo ello. Estas

son, en efecto, las reglas y a ellas nos hemos atendido hasta ahora. En primer lugar, la jurisprudencia de la Sala 2.^a que, pese a la flexibilidad mostrada en la aplicación del criterio penal de imputación, ha permanecido siempre fiel al régimen específico de la responsabilidad civil derivada de un hecho criminal. Y, en segundo lugar, la doctrina que, sin demasiada preocupación, ha asumido el instituto de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración como una (*rectius*, la única) excepción al régimen general de responsabilidad patrimonial⁸⁷.

Sólo en los últimos tiempos son perceptibles ya claros signos de preocupación e insatisfacción en la doctrina administrativista, que ha dado los primeros pasos en la recuperación del pulso en esta materia. A este respecto, cierto sector doctrinal (encabezado por los profesores LEGUINA VILLA, MARTÍN REBOLLO, BLASCO ESTEVE y BARCELONA LLOP) viene reclamando —prácticamente de consuno— que la responsabilidad de la Administración sea también en sede penal, al igual que en vía contenciosa, directa y no meramente subsidiaria.

La razón para auspiciar esta propuesta es, como ha dicho MARTÍN REBOLLO, bien simple: «no hay motivo alguno que justifique el cambio de ese régimen cuando la responsabilidad se exige en vía administrativa sino que la determina el juez penal por una cuestión de economía procesal»⁸⁸. En parecidos términos, LEGUINA VILLA ha puesto de manifiesto la pertinencia de aplicar la regla de la responsabilidad directa a los supuestos de daños *ex delicto*, «pues sería absurdo que la Administración estuviera obligada a indemnizar directamente por hechos menos graves y no, en cambio, por hechos más graves que le son imputables si se han producido dentro del círculo de funciones encomendadas al agente declarado [penalmente] culpable»⁸⁹.

Pese a que tal posición doctrinal descansa en un diagnóstico

⁸⁷ Esta posición está perfectamente resumida en J. LEGUINA VILLA, («La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades...», cit., pág. 404), cuando confirma que la responsabilidad civil *ex delicto* se «configura así [como] el único supuesto en que la Administración puede ser condenada a indemnizar a los particulares por una vía distinta a la prevista en el sistema unitario de responsabilidad patrimonial». La misma comprobación en R. LOPPACHER I CREHUET, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito del servicio público de la enseñanza», *Autonomies*, núm. 17 (1993), pág. 65.

⁸⁸ L. MARTÍN REBOLLO, «La creciente intervención de la jurisdicción ordinaria en la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Local», *Seminario de Derecho Local (curso 91-92)*, Ayuntamiento de Barcelona, 1993, pág. 256. La misma posición aparece también en «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado...», cit., pág. 97.

⁸⁹ J. LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades...», cit., pág. 404.

incuestionable (el agravio comparativo que supone que la víctima de un delito resulte civil y administrativamente menos protegida que el perjudicado por una actividad administrativa simplemente culposa), su desarrollo teórico posterior no resulta suficiente para explicar íntegramente el problema, en la medida que es tributario de su contemplación desde una sola vertiente: la jurídico-administrativa.

Explicar en este momento las debilidades de esa posición doctrinal nos entretendría demasiado (además de que todas ellas pueden verse en el capítulo III de mi libro *La responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998). De todas formas, esas debilidades pueden resumirse ahora en la idea de que los indicados esfuerzos doctrinales por introducir la responsabilidad directa en el sistema penal no convencen, porque todos los argumentos aducidos en su apoyo no prueban lo que a mi juicio deberían probar, a saber: que la responsabilidad civil *ex delicto* es exactamente la misma institución que la regulada en la Ley 30/1992. Por eso no la han seguido ni el legislador ni la jurisprudencia de la Sala 2.^a. Y esta posición es incorrecta.

Que ambos tipos de responsabilidad son, en efecto, la misma cosa me parece muy evidente. Y a demostrarlo he dedicado el capítulo IV de mi citado libro, a cuyo contenido ahora me permito de nuevo remitirme. Esta conclusión fuerza un paso ulterior no menos importante. Si la responsabilidad civil de la Administración *ex delicto* de sus funcionarios es lo mismo que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (*ex arts. 139 y ss. de la LRJPAC*), o lo que es igual, si el perjudicado sólo dispone de una única acción indemnizatoria frente a la Administración, ningún sentido tiene lógicamente que el Código Penal continúe regulando dicho extremo. Debe defenderse, pues, la expulsión del Código Penal de todas las normas sustantivas relativas a la responsabilidad civil que contiene, con obligada remisión en bloque al ordenamiento administrativo.

Si ésta es la solución correcta en el plano sustantivo otro tanto cabría decir a propósito de la vertiente procesal del problema. Desde esta óptica no veo ningún inconveniente técnico ni de principio a que sea la jurisdicción contenciosa la encargada en exclusiva de conocer de la –mal llamada– responsabilidad civil *ex delicto*. Una vez aceptado que esta última carece de perfiles propios, ¿a qué excepcionar ahora el régimen competencial previsto en el artículo 2 e) de la Ley Jurisdiccional?

Esta regla, aunque puede defenderse como absoluta, creo debe matizarse permitiendo –como ahora sucede– que el perjudicado

pueda acumular a la acción penal la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración. Importantes razones prácticas y de otro orden así lo justifican⁹⁰. De esta suerte, el perjudicado lesionado podrá ejercitar libremente, en función de su propia opción, la acción de responsabilidad patrimonial (que, recuérdese, es una y la misma), bien ante la jurisdicción penal, acumulándola a la acción pública, bien ante la propia Administración y, en su caso, jurisdicción contenciosa.

Dos cosas deben, en todo caso, quedar claras: *i)* el perjudicado tiene una opción, efectivamente, pero ésta es sólo alternativa. Le cabe acumular la acción resarcitoria a la penal o manifestar su preferencia, en cambio, a que conozca de ella la Administración. La elección de una de las dos vías descarta, pues, la otra. Si decide iniciar la vía administrativa, reclamando la indemnización de la propia Administración (conforme al procedimiento y los demás requisitos de los arts. 139 y sigs. de la LRJPAC), no podría ya exigir indemnización alguna en el proceso penal. Y viceversa. Se comprende que la acción, que es única, ya habría sido ejercitada y en curso de obtener una respuesta conforme a la pretensión de reparación.

Y *ii)* el pronunciamiento que en su caso pueda efectuar el juez penal ha de ser resultado de la aplicación estricta de los mismos presupuestos y reglas que rigen en materia de «genuina» responsabilidad patrimonial. Lo que significa que el juez penal sólo podrá condenar a la Administración si la lesión fue consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 139.1 LRJPAC). Éste es, pues, y no la existencia de un delito imputable a un funcionario, el único dato jurídicamente relevante. De ahí que:

- Si la lesión se ha producido en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, la responsabilidad será siempre directamente de la Administración Pública, con plena y entera independencia del carácter delictual o no que merezca la conducta del funcionario responsable de aquélla.
- Por el contrario, si el daño se produce sin conexión con el servicio público la Administración no resultará responsable, lo que vale a decir que toda la cuestión queda sin más remitida al ámbito jurídico-privado y, consecuentemente, la responsabilidad no sólo será directa, personal y única del agente sino que ésta deberá ser sustanciada conforme a las reglas y normas civiles contenidas en el Código Civil.

⁹⁰ Cfr. M. CASINO, *La responsabilidad civil de la Administración y delito*, cit., págs. 336 y sigs.

Una última consecuencia resulta de lo anterior. Si el perjudicado decide acumular su acción indemnizatoria al proceso penal es claro que éste no podrá suspender el procedimiento administrativo de reconocimiento de responsabilidad patrimonial (toda vez que dicha opción presupone justamente la renuncia a iniciar éste), pero sí interrumpir el plazo de prescripción para iniciarlo, supuesto que el proceso penal puede concluir sin declaración de responsabilidad penal y, por tanto, sin pronunciamiento en materia de responsabilidad civil. En esta hipótesis, el perjudicado dispondrá del plazo general de un año a contar desde la finalización del proceso penal.

VIII. Otros procedimientos y disposiciones

