

AYER Y HOY DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION: UN BALANCE Y TRES REFLEXIONES

Por

LUIS MARTÍN REBOLLO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. Referencias introductorias.—II. La situación de la responsabilidad administrativa en 1950.—III. De la primera normativa específica (1954) a la regulación actual (1999).—IV. Características generales y elementos centrales del sistema.—V. Una cuestión recurrente: la disputa jurisdiccional.—VI. Tres reflexiones conclusivas (sobre la función, la lesión y la imputación en la responsabilidad administrativa).

I. REFERENCIAS INTRODUCTORIAS

1. El pasado verano, cuando debía haber tenido escrito ya este artículo, paseaba yo por un hermoso pueblo de la provincia de Salamanca donde existe un castillo en proceso de restauración. Un viejo cartel me llamó la atención. Junto a unas escaleras de piedra que daban acceso a una de las murallas, sin obstáculo alguno que lo impidiera, existía, no obstante, un improvisado cartel en el que, con letra desigual, se decía: «Prohibido el paso. El Ayuntamiento no se hace responsable de lo que pase».

Para los amantes de los viajes deseosos de conocer la España interior, precisaré que el pueblo se llama San Felices de los Gallegos y se halla al norte de Ciudad Rodrigo, a pocos kilómetros de la raya de Portugal. Su nombre hace referencia a los primeros pobladores traídos para la ocasión fundacional y el castillo fue edificado en el siglo XIII por el Rey D. Dinis de Portugal, al que pertenecía. San Felices, por cierto, tiene una larga historia: pasó varias veces de la Corona de Castilla a Portugal y viceversa, y acogió un tiempo a quien sería un día reina de Aragón y abuela de D. Fernando el Católico, D.^a Leonor de Castilla. Más tarde, como tantos otros pueblos de la zona, acabaría vinculado a la Casa de Alba.

El caso es que al leer ese cartel inmediatamente me vino la idea de comenzar este artículo con esa referencia porque me recordó también lo que el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA decía, hace ahora casi treinta años, en el Prólogo al primer libro que con carácter general

abordó el tema de la responsabilidad de la Administración y que fue, por lo demás, mi primera fuente de aproximación a él. Me refiero al libro de Jesús LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública* (1), cuyo núcleo central es la tesis boloñesa del autor, defendida en 1968, como reza su subtítulo (*Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los Ordenamientos francés y español*).

En el citado Prólogo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA se quejaba de la parquedad e ineficacia de nuestro Derecho de daños, lo que, a la altura de los primeros años setenta, no achacaba a una insuficiencia normativa, sino más bien a una cuestión de «insensibilidad general». Qué pasa entre nosotros, se preguntaba. Y añadía: «Uno cree soñar cuando, por ejemplo, en la terraza de un hotel extranjero una placa impresa pretende el efecto de una exclusión de responsabilidad por los daños que puedan producirse a los vestidos de los huéspedes que se acerquen a la baranda (es totalmente inimaginable una preocupación análoga en un hostelero español); o cuando en caminos de montaña en cualquiera de los Estados a los que se extienden los Alpes una advertencia análoga intenta excusar a la Administración respectiva del deber de reparación de los daños que pueden tener por concausa el estado de dichos caminos, deber que asume sin reservas en el caso normal de apertura al público de vías de uso más ordinarias...» (pág. 15). Y, tras poner otros ejemplos similares, llegaba a la conclusión de que «esta institución de la responsabilidad civil, en la realidad de otros países, no es la misma que la que se aplica entre nosotros con el mismo nombre».

Recordaba yo, como digo, estas palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA al leer la más bien tosca y poco cuidada advertencia del cartel al que aludía al principio. Pero, inmediatamente, una segunda idea o, mejor dicho, una primera duda posterior me surgió de inmediato. Si alguien desoyera el aviso, ¿podría el Ayuntamiento ser declarado responsable o, al menos, corresponsable del accidente? Dicho de otra manera, la existencia del cartel y la prohibición que contenía, ¿realmente exoneraría al Ayuntamiento «de lo que pase»? No estoy muy seguro de ello.

(1) Ed. Tecnos, Madrid, 1970; 2.ª edición, ampliada con dos trabajos incluidos como apéndices, en la misma Editorial, Madrid 1983. De los dos trabajos adicionales destaco ahora, por su interés y su carácter globalizador, el titulado *La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos*, págs. 317 a 360, publicado antes en el número 92 (1980) de esta REVISTA y que trae causa de la ponencia española presentada por el autor al IX Coloquio de Derecho Europeo, organizado por el Consejo de Europa y celebrado en Madrid en octubre de 1979. Sobre dicho Coloquio y los muy interesantes debates, alternativas y dicotomías allí planteados, puede verse también mi artículo *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo*, en «Revista Española de Derecho Administrativo» (REDA), núm. 24 (1980), págs. 17-35.

2. Y es que, efectivamente, venimos de una situación claramente insatisfactoria para llegar a otra que, para muchos, empieza a serlo otra vez por razones diametralmente opuestas. Venimos de la práctica irresponsabilidad de la Administración a una situación potencialmente desbordante y, desde luego, insegura.

En efecto, en el espléndido Prólogo al que me acabo de referir, GARCÍA DE ENTERRÍA hacía referencia al lecho de fondo de la práctica irresponsabilidad de la Administración, que era una especie de insensibilidad generalizada. Recordaba también que, a pesar de los cambios normativos producidos quince años antes, «no hemos salido aún del todo de la fase arcaica en la evolución del instituto de la responsabilidad civil» y que «es un hecho que la responsabilidad de la Administración está todavía por echar a andar en nuestro sistema como institución efectiva». Las causas podían ser muchas. Unas hacían referencia, según el autor, a cuestiones técnicas y de aplicación práctica, pero otras —añadía— apuntaban a un inconsciente colectivo, al conjunto de valores presentes en una sociedad en la que —aventuraba— podía advertirse a veces una tendencia a «la aceptación de los siniestros como desgracias providenciales», al influjo del fatalismo árabe o incluso a «la posible herencia arcaizante y preburguesa de la concepción señorial de la vida, que parece hacer inelegante la actitud del perjudicado que pone en marcha una demanda de reparación». A la postre, sin embargo, «de lo que nuestro sistema jurídico vivo adolece es sobre todo de una notoria falta de fe en el Derecho como técnica de soluciones justas» (pág. 25).

Y, sin embargo, la responsabilidad, como el contencioso-administrativo, constituían y constituyen los dos pilares, las dos teorías principales del Derecho Administrativo, como señaló hace tanto tiempo M. HAURIOU y nos hemos ocupado de recordar muchos otros después, empezando por el propio autor del Prólogo al que me he venido refiriendo.

3. ¿Qué sucede hoy, treinta años después del texto que acabo de mencionar? Pues que, aunque seguramente sigue existiendo una cierta falta de fe en el Derecho como técnica capaz de imponer soluciones prácticas, ello no impide que se inunden literalmente los tribunales de demandas y pleitos por los más sutiles e incluso nimios temas, que se pretenda vincular alguna vaga e imprecisa relación de causalidad para imputar a la Administración daños reales o no tan reales, que la misma sociedad que predica el nuevo individualismo —a veces incluso en términos radicales y militantes— ciega y deriva cualquier línea de responsabilidad personal para endosarla siempre

al anónimo Estado. Sucede que el inconsciente colectivo ya no acepta las desgracias y siniestros como desgracias providenciales, que esa actitud no forma parte ya de una concepción religiosa de la vida, que por lo general se ha olvidado, al menos en este tema, el fatalismo árabe, y no digamos ya la concepción señorial de la vida que hacía inelegante la actitud de reclamar.

En 1999 se reclama por daños reales o no tan reales, y aunque se ignora la cuantía exacta de las indemnizaciones conseguidas en vía administrativa o judicial, se sabe que lo pedido asciende cada año a decenas de miles de millones y que, por ejemplo, lo solicitado en los expedientes informados por el Consejo de Estado supera anualmente los treinta mil millones, aunque los resultados finales admitidos por el Alto Cuerpo consultivo queden reducidos, como norma, a cantidades mucho más modestas de en torno a una décima parte de lo globalmente reclamado.

En 1999 se reclama, como digo, por los supuestos típicos y los daños de siempre: los producidos por decisiones ilegales, por defectos de obras, por la mala prestación de servicios públicos. Pero también por hechos o actos impensables hace treinta años. Tomando sólo como referencia los Repertorios Aranzadi de 1998 y 1999 se pueden ejemplificar algunos supuestos recientes: suicidios de enfermos diagnosticados en la Administración sanitaria; lesiones producidas por un interno a otro en un establecimiento penitenciario; asfixia de un niño en una piscina municipal con socorrista; caída de un peatón a consecuencia de un golpe que se da con la cuña de salida de garaje puesta por la comunidad de vecinos *aconsejada* por el Ayuntamiento; daños en fiestas populares organizadas por comisiones de festejos; soldados fallecidos a consecuencia de disparos para los que no habían sido suficientemente entrenados; órdenes de cierre de establecimientos; variedad de supuestos de daños médicos; explosión de artefactos pirotécnicos sobrantes de unas fiestas populares; quema de basuras que daña frutales en fincas colindantes; daños a un conductor por la balsa de agua existente en la calzada; incendio producido en una caseta ambulante de madera establecida con autorización municipal y que afecta a edificio colindante; daños producidos por irregular funcionamiento de los semáforos; suspensión verbal de una montería previamente autorizada; daños producidos por un conductor que se salta la mediana e invade el carril contrario por considerar el reclamante que la altura y solidez de aquélla no eran suficientes; joven que fallece al arrojar-se al mar en lugar inadecuado para el baño tras una apuesta; muerte de numerosos peces de una piscifactoría por extracciones municipales excesivas de agua; caída de un niño a un pozo cuya conser-

vacación incumbe al Ayuntamiento por estar en un colegio; atasco de la red de alcantarillado; recurrente que se vio obligado a repetir COU al recibir del instituto una papeleta en la que se le señalaba como suspendido en una asignatura, siendo así que constaba aprobada en la certificación oficial; daños psíquicos de los padres de un soldado fallecido; propietario de un bar que reclama por el cambio de trazado de una carretera; orden dada por la Administración a un laboratorio para que retire y destruya las especialidades elaboradas con plasma no sometido a la prueba de detección de anticuerpos del Sida; agentes municipales que ayudan a un camión averiado en una zona donde tenía que transitar el Jefe del Estado y que al intentar arrancarlo agravan la avería; daños producidos en cosechas por animales de caza; cese de un funcionario interino; orden de destrucción de productos alimenticios regados con aguas fecales; denegación de licencia de actividad hotelera después de haber obtenido la de obras; supuesta pasividad de las Fuerzas de Seguridad; festejo taurino municipal en el que se producen daños a la víctima, que desempeñaba el cargo de animador infantil, teniendo que enfrentarse a vaquillas de proporciones desmesuradas y de características y bravura impropias del tipo de festejo de que se trataba; lesiones a un menor que se sube a un hórreo privado y le cae una losa encima; tardanza en el servicio de incendios; cesación de un taller de forja en un centro penitenciario por falta de plan de viabilidad; caída de peatón a una alcantarilla; golpe que se da la víctima contra una segunda puerta de cristal de un edificio público insuficientemente indicada; existencia de obstáculos en la calzada; denegación de revisión de precios; daños físicos y morales a un funcionario como consecuencia de la explosión de un artefacto en centro público carente de equipos técnicos de seguridad; pérdida de la maqueta aportada a un concurso de ideas; reducción de ventas en un establecimiento por la realización de obras necesarias en la vía pública que dificultaron el acceso al local; prohibición de capturar moluscos por contaminación de aguas marinas; daños a un coche por caída de una palmera sin que quepa argüir el mal estacionamiento del vehículo; error de la Administración que notifica como apto a quien había cometido un grave error en la prueba práctica del carnet de conducir y compra un coche...

La procedencia de la indemnización en muchos de estos casos es clara. No así en otros. De todas maneras, lo que importa destacar ahora es que en términos estadísticos han aumentado notablemente los fallos dedicados al tema que nos ocupa, que son cada vez más numerosas las demandas y que ese aumento se centra, sobre todo, en los variados casos de responsabilidad por daños sanitarios, los de-

rivados de obras y los múltiples supuestos de inactividad de la Administración (2).

Baste un simple ejemplo. En 1975, cuando preparo mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia* (3), sistematizo y estudio allí toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en los tres años y medio anteriores (1973-1975): 71 sentencias en total, apenas una media de 20 al año. Esas cifras se mantienen o aumentan ligeramente en el resto de la década, pero ya en 1980 son 44 las sentencias del TS en materia de responsabilidad y, a partir de ahí, las cifras se disparan a toda velocidad, de manera que una década después de la referenciada en el citado libro la media anual de sentencias era de 70. A mediados de la década de los ochenta se supera el umbral de las 100 sentencias por año (105 en 1985, 136 en 1988, 130 en 1989) y, a partir de las 175 de 1990, las cifras se consolidan y siguen progresivamente creciendo.

El aumento de los números hace también aparecer los casos límite, tanto en la vía administrativa y civil como en la vía penal de la responsabilidad subsidiaria de la Administración derivada de delito de sus funcionarios. Algunos de esos asuntos llegan a los medios de comunicación: el conocido caso Hipercor (responsabilidad de la Administración derivada de la supuesta imprevisión administrativa en un caso de daños producidos por la colocación de una bomba en un centro comercial de Barcelona); el más reciente asunto del aceite de colza desnaturalizado (importación de aceite no comestible derivada hacia el consumo humano por canales de comercialización directa, que produjo en los primeros años ochenta un envenenamiento masivo y del que se derivó la condena penal de varias personas, entre ellas un funcionario a través del cual entra en funcionamiento la responsabilidad subsidiaria del Estado en términos que ascienden a medio billón de pesetas); el caso de la presa de Tous (derrumbamiento de una presa con condena penal a varias personas, algunos funcionarios, y, por esa vía, también la responsabilidad de la Administración); la contaminación del virus del Sida o la hepatitis C por transfusiones efectuadas en hospitales públicos antes de que se im-

(2) Cfr., por todos, Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 767-828, y, antes, su amplio y detallado trabajo *Responsabilidad por inactividad de la Administración*, en «Documentación Administrativa», núm. 237-238 (1994), monográficamente dedicado a la responsabilidad de las Administraciones Públicas, págs. 138-204. Pueden verse también, entre otros, A. JIMÉNEZ-BLANCO, «Responsabilidad administrativa por culpa "in vigilando" o "in ommittendo"», en el volumen *Gobierno y Administración en la Constitución*, tomo I, IEF, Madrid, 1988, págs. 895 ss. —antes, en «Poder Judicial», núm. 2 (1986), págs. 117 ss.—; y J. M. REYES MONTERREAL, *La responsabilidad de la Administración por el «no funcionamiento» de los servicios públicos*, en «Actualidad Administrativa», núm. 38 (octubre 1987), págs. 2177 ss.

(3) Ed. Civitas, Madrid, 1976.

plantaran los controles adecuados del plasma o incluso antes de que se conociera su existencia; ciertas aisladas condenas a la Administración sanitaria aun en supuestos límite en los que —pese a haber actuado el servicio con toda corrección, haber salvado al paciente y no cobrarle nada por tratarse de una cobertura de la Seguridad Social— el afectado no salió del hospital en mejores condiciones que cuando entró en él... Todos ellos y algunos otros son exponentes de una variadísima casuística que es imposible reflejar ahora con más detalle.

En todo caso, este aumento creciente de los asuntos, la complejidad de los casos, su singularidad, la sorpresa de algunas sentencias y el interés intrínseco del tema en general —cuestión clave en la propia concepción del Estado y de la sociedad— se traducen y tienen su reflejo también en la doctrina.

Hasta la década de los años ochenta se puede decir que no eran excesivos los trabajos dedicados al tema de la responsabilidad. Yo mismo me ocupé, en 1980, de recoger una bibliografía crítica más o menos exhaustiva y abarcable (4). Hoy la bibliografía ha crecido enormemente. No cabe ya retener una lista omnicompreensiva de los numerosísimos trabajos publicados. Me limitaré, pues, a mencionar y remitir al lector interesado a algunas de las obras generales recientes más significativas.

Así, cito, en primer lugar, mi trabajo *La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, en un volumen monográfico, que yo mismo dirigí, de la revista «Documentación Administrativa» (1994) (5), donde, como se deduce de su título, se esboza un panorama general y se apuntan, avanzan o desarrollan algunas ideas y reflexiones críticas que habían ido apareciendo en otros trabajos anteriores (6). Al final

(4) Cfr. *Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*, en esta REVISTA, núm. 91 (1980), págs. 309-341. También, en el volumen recopilativo, dirigido por A. NIETO, *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, INAP, Madrid, 1983, págs. 1108-1139.

(5) Págs. 11 a 104. Se trata del número 237-238, de enero-junio de 1994, con estudios de S. MUÑOZ MACHADO (un trabajo sobre la responsabilidad en el Derecho Comunitario y otro sobre responsabilidad de la Administración sanitaria), M. GÓMEZ PUENTE (un estudio, ya citado, sobre responsabilidad por inactividad de la Administración), R. BOCANEGRA (responsabilidad de concesionarios y contratistas), F. PANTALEÓN (un trabajo con un significativo título, *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*), J. PEMÁN (sobre la responsabilidad en el ámbito sanitario público) y J. BARCELONA (la responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales).

(6) Así, por ejemplo, entre otros, además de los ya citados: «La responsabilidad de las Administraciones Públicas», en la obra *Gobierno y Administración en la Constitución*, edición del Instituto de Estudios Fiscales y la DG del Servicio Jurídico del Estado, vol. I, Madrid, 1988, págs. 55-98; «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en la obra colectiva, dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 581-632; «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad

se incluye una breve relación bibliográfica de los estudios, a mi juicio, más importantes existentes hasta ese momento (7).

En los años siguientes son de destacar las obras específicamente dedicadas al tema de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (8), Margarita BELADIEZ (9), David BLANQUER (10), Miguel CASINO (11), Santiago MUÑOZ MACHADO (12) y Fernando PANTALEÓN (13). A ellos hay que añadir

de las Administraciones Públicas», en el libro *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 2785-2826; «La creciente intervención de la jurisdicción civil en la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en *Ponències del Seminari de Dret local*, 4.ª edició, Curs 1991-92, Ayuntamiento de Barcelona, 1993, págs. 235-262; *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cantabria, Santander, 1993; «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España», en el volumen colectivo, coordinado por J. BARNÉS, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 813-854. Y los comentarios aislados al hilo de las normas aplicables de mi edición de *Leyes administrativas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 5.ª ed. (1999).

En estos y otros trabajos se trata muchas veces de reiteraciones, repazos, matizaciones y pequeños cambios que han ido haciendo evolucionar mi propio pensamiento.

(7) En especial, claro es, el fundamental libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, reimpresión en Civitas, Madrid, 1984; obra a partir de la cual se construyen los planteamientos dogmáticos, que en su esencia aún subsisten, del sistema público de responsabilidad y que han sido asumidos hasta ahora por la mayoría de los autores. Actualización y desarrollo de dichas ideas, más accesibles, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 6.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 351-426. Por cierto que el tomo I de esta importantísima obra acaba de celebrarse, con su novena edición, su vigésimo-quinto aniversario, pues se publicó por primera vez en 1974.

(8) *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

(9) *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos (con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo)*, Tecnos, 1997 (con Prólogo de J. LEGUINA).

(10) *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (Ponencia especial de Estudios del Consejo de Estado)*, INAP, Madrid, 1997.

(11) *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, M. Pons, Madrid, 1998 (con Prólogo de J. LEGUINA).

(12) *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, Madrid, 1998. Se trata de la segunda edición de una importante obra suya anterior con el mismo título principal (Ed. Civitas, Madrid, 1992), que incluye cronológicamente aquí porque esta segunda edición, como indica su nuevo subtítulo, está notablemente aumentada (más de 150 págs. sobre las primitivas 230).

(13) Fernando PANTALEÓN, como se sabe, es civilista —en la actualidad Catedrático en la Universidad Autónoma de Madrid— y, por lo que a mí respecta, no sólo antiguo compañero en la Facultad de Derecho de Santander, donde lo conocí, sino entrañable amigo, como cabe deducir de la amable dedicatoria de su libro *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995. Con anterioridad, y por lo que hace a la responsabilidad de la Administración, hay que destacar también su libro *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1988, y sus trabajos *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (en el ya citado núm. 237-238 de «Documentación Administrativa», págs. 239-253) y el posterior titulado *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente*, en «REDA», núm. 91 (1996), págs. 403-413.

los diversos comentarios a la Ley 30/1992, que es donde se contiene hoy la regulación de la responsabilidad (estudios de A. BLASCO, J. L. FUERTES, F. GONZÁLEZ NAVARRO, J. GONZÁLEZ PÉREZ, J. LEGUINA, M.^a J. MONTORO CHINER, J. R. PARADA...), y los análisis de los diversos tratados y manuales (14).

Otros trabajos más específicos merecerían atención singularizada. En la imposibilidad de mencionarlos a todos, aludiré a algunos de los dedicados a cuestiones sectoriales relevantes. Así, en materia de daños policiales, los de Javier BARCELONA LLOP (15). En relación con la Administración sanitaria, entre otros muchos, el libro de Miriam CUETO PÉREZ (16). Sobre las cuestiones jurisdiccionales, además de los ya citados de F. PANTALEÓN, el libro de Eduardo GAME-

Fernando PANTALEÓN es, ante todo, un excepcional jurista que escribe y habla con la vehemencia que proporciona una preparación técnica impecable, una solidez intelectual a toda prueba y una manera de ser y de afirmar la honda convicción de sus propios argumentos. Pero Fernando también tiene un fino sentido del humor, que no siempre aflora en las versiones escritas de sus textos, y que si lo hiciera con más frecuencia quizá amansaría un tanto a sus críticos y acaso hasta podría ayudar a convencerles. En todo caso, Fernando PANTALEÓN ha tenido el mérito de remover desde hace algún tiempo las —con alguna escasa excepción— más bien tranquilas aguas de la doctrina administrativista en este tema. Sus tesis y su manera de expresarlas nunca dejan indiferente al lector. Y eso tiene la virtud de generar un debate intelectual, reflexionar sobre los argumentos y poner a prueba —y quizá en duda— las propias posiciones. Por eso no me parece justa, ni apropiada en la forma, la crítica que Jesús JORDANO FRAGA acaba de hacer a sus posiciones en su trabajo *La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de «responsabilidad objetiva» de las Administraciones Públicas*, en el número 149 (1999) de esta misma REVISTA. Conozco también al autor de tal trabajo y, por eso, prefiero olvidarme de algunas de sus frases (como cuando afirma que F.P. «realiza consideraciones más ideológicas que jurídicas» o que «carece de fundamentos sólidos») para acogerme mejor a su confidencia de que se trata de una «acelerada y apasionada réplica» a un jurista que, como R. PARADA y M. BELADIEZ, es calificado como «de primera línea». JORDANO lleva a cabo una, en efecto, apasionada defensa de la responsabilidad objetiva al hilo de una dura crítica al nuevo artículo 141.1 de la Ley 30/1992, que, para él, altera elementos esenciales del sistema. Sin duda es loable dicha defensa. Pero ello no convierte, sin más, en «regresiva y neoliberal» la postura de PANTALEÓN y su presunta preferencia por el seguro. Se podrá estar o no de acuerdo con sus tesis, que, como digo, en algún caso son quizá excesivamente vehementes y no hay por qué compartirlas. Pero de lo que no me cabe ninguna duda es de que su obra posee un rigor inusual, que sus planteamientos han contribuido a poner en la llaga de la buena conciencia jurídica, por decirlo de alguna manera, y que el autor podrá ser acusado de otras cosas pero no, desde luego, precisamente de regresivo. Aquí debe acabar la precisión y el amable «reparo» a un trabajo —el de JORDANO—, por lo demás, muy bien informado, bien concebido y, sin duda, también socialmente mejor intencionado.

(14) Cfr. el ya citado *Curso*, II, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ y, por su extensión e importancia, la Parte Sexta, a cargo de Gerardo GARCÍA ALVAREZ, del *Derecho Administrativo (Parte especial)* dirigido por J. BERMEJO (4.^a ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 1081-1264).

(15) En especial, *Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, en «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 2 (1993), págs. 51-134, y *Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales*, en el ya citado número monográfico 237-238 de «Documentación Administrativa», págs. 333-390.

(16) *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. También, Francisco José VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Madrid, 1996.

RO CASADO (17) y un trabajo mío reciente en torno a las vías de exigencia de la responsabilidad, sus reformas y los problemas pendientes (18). El propio Eduardo GAMERO es también autor de un importante estudio que acaba de publicarse en torno a un tema de la máxima actualidad: los contratos de seguro de responsabilidad celebrados por las Administraciones Públicas (19).

Mención aparte para el muy sugerente, como siempre, trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas*, publicado hace algo más de diez años, pero con precisiones y, sobre todo, ideas que merecen ser retenidas y analizadas con algún detenimiento (20).

La mayor parte de estos trabajos describen, analizan y estudian en detalle el sistema de responsabilidad público y constituyen muy valiosas aportaciones que completan y facilitan su comprensión, puesto que, además, muchos de ellos acompañan sus exposiciones con supuestos y ejemplos de la variada gama de casos que llegan a los repertorios jurisprudenciales. Algunos de estos trabajos suponen nuevos intentos de conceptualizar desde distintas ópticas y planteamientos el sistema vigente, cuyas bases conceptuales se hallan, como he dicho, en el ya citado libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa* (21), y en el breve y menos citado, pero también importante, trabajo de J. LEGUINA, *El fundamento de la responsabilidad de la Administración* (22).

Entre todos esos trabajos los hay decididamente elogiosos, sin fisuras, para el sistema vigente, destacando lo avanzado del mismo, que no hallaría apenas precedentes en otros Ordenamientos (23); los

(17) E. GAMERO, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1997.

(18) L. MARTÍN REBOLLO, «Medios procesales de efectividad de la responsabilidad civil de la Administración (los problemas derivados de las diferentes vías jurisdiccionales de exigencia de la responsabilidad)», en el volumen colectivo, coordinado por J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y A. CALONGE VELÁZQUEZ, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997, Madrid, 1999, págs. 233-266.

(19) *Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*, en «REDA», núm. 103 (1999), págs. 357-381.

(20) «Revista Vasca de Administración Pública» (RVAP), núm. 19 (1987), págs. 97-140, y también en el volumen *Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje al profesor ALBINANA*, tomo I, Madrid, 1987, págs. 179 ss.

(21) Véase, más atrás, nota 7 de este mismo trabajo.

(22) En «Revista Española de Derecho Administrativo» (REDA), núm. 23 (1979), págs. 523 ss., y también como Anexo II a la 2.ª edición de su ya mencionado libro *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, págs. 294-315. Se trata del texto de la intervención del autor en el asimismo citado IX Coloquio de Derecho Europeo (Madrid, 1979).

(23) Es cierto que nuestro sistema de responsabilidad es avanzado. En el plano teórico, uno de los más avanzados de Europa, si no el que más. No me atrevo a hacer la misma

hay más críticos en aspectos concretos, en enfoques parciales o incluso en propuestas de reforma, a veces tanto en sentido reductivo como ampliatorio cuando se discuten los fundamentos y, sobre todo, las funciones de la responsabilidad (BELADIEZ, MUÑOZ MACHADO, CASINOS, BLANQUER...); los hay decididamente contrarios a la ampliación de la responsabilidad a los supuestos de funcionamiento normal (PARADA) o que proponen incluso la revisión global del sistema (PANTALEÓN). Yo mismo, que me he hallado entre quienes defendían el sistema como expresión de una socialización de riesgos colectivos a partir de las ideas o principios clásicos de la igualdad ante las cargas públicas y del criterio de que las consecuencias negativas derivadas de la actividad pública, que a todos beneficia, deben ser igualmente soportadas por todos y no recaer exclusivamente sobre el patrimonio individual de los perjudicados (L. DUGUIT), he evolucionado hasta otras posiciones menos optimistas a medida que el Estado ha asumido por otras vías de asistencia social algunas de las funciones que, en otro caso, podrían corresponderle a la responsabilidad.

4. En todo caso, hay una sensación de desbordamiento. Una sensación, curiosamente, no avalada por datos fiables —que no existen o, si existen, no son conocidos—. Lo que está sucediendo, pues, más que una reflexión que traiga causa de un planteamiento teórico y doctrinal previamente asumido, es la manifestación de esa vaga e imprecisa sensación de insatisfacción derivada del casuismo, de los bandazos jurisprudenciales, de las argumentaciones contradictorias, de algunos supuestos especialmente significativos, de ciertos excesos también, de los cambios en el papel de la Administración y de la inseguridad que todo ello produce; inseguridad que proporciona una cierta impresión de vacío, al que tiene horror siempre el jurista.

Lo que está en juego, pues, es la propia amplitud del sistema, su

afirmación en el plano de su aplicación práctica puesto que habría que hacer un complejo análisis de comparaciones fiables, del que no disponemos. Retengamos, como reflexión, simplemente que con un sistema tan avanzado los Tribunales españoles no llegaron, al principio, a estimar demandas que hallaban encaje normal en la práctica jurisprudencial de otros sistemas con una normativa menos progresiva, como se deduce de las citas de E. GARCÍA DE ENTERRÍA en el Prólogo mencionado en la primera nota de este trabajo. En todo caso, el desarrollo de esta observación nos podría llevar muy lejos acerca del papel del Derecho en la estructura social y sobre el sentido y relaciones de la norma jurídica, la cultura y la sociedad.

Recientemente, J. JORDANO FRAGA nos dice que «no es cierto que no haya ningún sistema como el nuestro (así, por ejemplo, Nueva Zelanda es más progresivo incluso)», en *La reforma del artículo 141...*, cit., pág. 324. Lo que sigue diciendo este autor es ya más valorativo y discutible: «y aun en el caso de que no existiera ninguno, lo que no es cierto, tampoco esto sería decisivo, pues por ese camino, por ejemplo, nunca se hubiera suprimido la esclavitud, pues el primer país en hacerlo podría haber alegado que tal solución era desconocida».

eventual hipertrofia, la búsqueda de cierta seguridad y hasta la recuperación del necesario equilibrio «que nunca debió perder»[se], como ha recordado uno de nuestros máximos especialistas, el profesor J. LEGUINA (24).

Se trata también de reflexionar sobre un modelo cuya bondad intrínseca quizá no es preciso poner en tela de juicio en términos globales, pero sí destacar algunas de sus contradicciones o exageraciones para poder conectar ese modelo con la práctica —no sólo con el planteamiento genérico y abstracto— de otros países, con la necesaria evolución del Derecho Comunitario y aun con las nuevas realidades y circunstancias de la vida política y administrativa (las tendencias liberalizadoras, el repliegue del Estado en ciertos campos, la generalización de los seguros privados, la ampliación de las técnicas de asistencia social, los supuestos de imprescindible presencia de la Administración, la utilización de formas de personificación privadas...).

Y es que nuestro sistema resulta, sobre el papel, extraordinariamente generoso, aunque también inseguro porque pivota en buena medida en valoraciones y conceptos muy abiertos e indeterminados (lesión, imputación por el funcionamiento de los servicios públicos, causalidad...) que dependen mucho de la interpretación del juez, de cada juez. Y eso conduce a un casuismo que, unido a la abundancia de supuestos y a la multiplicación del trabajo de los tribunales, genera inseguridad.

Recuérdese, en síntesis, la fórmula legal: los particulares tienen derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos que sea imputable a las Administraciones Públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Si hay una lesión —que se define negativamente como el daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley— imputable causalmente a la Administración, en principio hay indemnización.

Este es el sistema que plasman y regulan hoy los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (recientemente modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero), concretando así el postulado del artículo 106.2 de la Constitución.

¿Cómo se ha llegado hasta aquí?, ¿cómo funciona, en síntesis, el sistema?, ¿qué problemas subsisten o qué ópticas de reflexión adoptar? Son las tres cuestiones que, de forma necesariamente abreviada y parcial, me propongo abordar a continuación.

(24) En el Prólogo al libro, ya citado, de M. BELADIEZ, *Responsabilidad e imputación...*, pág. 28.

II. LA SITUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN 1950

1. Hace cincuenta años, bien se podía decir, sin exageración, que no había responsabilidad de la Administración. No había norma específica que la regulara y el Código Civil, que en tal caso sería la norma pertinente, apenas se aplicaba.

En efecto, no había norma específica. Por eso, en teoría, los artículos 1902 y 1903 de dicho Código, que era y es donde se contiene la regulación general de la responsabilidad civil, deberían haber sido aplicados. Pero en la realidad tardaron mucho tiempo en hacerlo y, cuando esto empezaba a suceder, se aprobó la nueva normativa específica de la responsabilidad de la Administración Pública.

Las razones de la inaplicación del Código Civil dan muestra de la denunciada insensibilidad hacia una cuestión central de las relaciones Administración-ciudadano en el Estado moderno. Se fundaban, no obstante, en criterios interpretativos en el fondo *contra cives*.

Así, la inaplicación del artículo 1902 CC (25) (responsabilidad por actos y hechos propios) partía de la no aceptación y consolidación de la teoría del órgano y la personalidad jurídica de la Administración. Si la Administración, o, a estos efectos, el Estado, es una persona jurídica de la que los funcionarios son órganos que imputan su actividad a aquélla, cuando el funcionario actúa y causa un daño, dicho daño sería imputable a la persona jurídica, que respondería por actos propios. Ese era sustancialmente el planteamiento propugnado por uno de nuestros administrativistas de la primera mitad de este siglo, Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, que reclamó en vano una interpretación de este tipo a partir del precepto principal, el artículo 1902 CC, que fue al final el que, tardíamente, se fue abriendo camino poco a poco.

La aplicación del artículo 1903 CC (26) (responsabilidad por ac-

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

(26) El artículo 1903 CC comienza, efectivamente, recordando que «la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder»: los padres respecto de los hijos, los dueños de los establecimientos respecto de los daños generados por sus empleados, etcétera. Y en la versión anterior a la vigente, antes de la reforma efectuada por Ley 1/1991, de 7 de enero, el párrafo quinto de dicho artículo se refería al Estado en los siguientes términos: «El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.»

La remisión al artículo anterior (responsabilidad por actos propios) debería haber bastado para imputar a la Administración los daños producidos por sus funcionarios. Sin embargo, no fue así, como ya se ha dicho. La remisión se interpretó, por lo general, en el

tos o hechos ajenos) era más difícil y, en consecuencia, tampoco ese precepto tuvo vigencia efectiva en este campo. Y es que dicho artículo señalaba que en tal hipótesis y por tal concepto —hechos ajenos— el Estado sólo respondía cuando actuara mediante un «agente especial» y no cuando lo hiciera, como es lo normal, a través de funcionarios. ¿Y cuándo actuaba el Estado a través de un agente especial?, ¿qué era un agente especial? Un extraño personaje que nadie conocía y que hizo decir, tiempo después, a SÁNCHEZ ROMÁN que el único agente especial reconocible había sido el General Primo de Rivera.

Se puede afirmar, pues, que durante buena parte de este siglo no ha habido responsabilidad de la Administración. Al margen de la posibilidad aplicativa del Código Civil, que, como acabo de señalar, planteaba serias dificultades y tardó en admitirse, la única norma que cabe mencionar es una Ley que regulaba la responsabilidad *personal* de los funcionarios, no de la Administración. Me refiero a la Ley de 5 de abril de 1904, sólo formalmente derogada en 1999 (Disposición Derogatoria única de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992), aunque inaplicable desde hacía mucho tiempo. Dicha Ley —y su Reglamento, de 23 de septiembre de 1904— permitía la demanda civil contra los funcionarios —no contra la Administración de la que dependían— pero imponía severas y, en muchas ocasiones, inaplicables exigencias: la existencia de una infracción legal por parte del funcionario y la previa intimación, por escrito, del dañado identificando el concreto precepto que aquél hubiera infringido y que estuviera en el origen del daño, además de la existencia y demostración de la culpa o negligencia graves de dicho funcionario (27).

2. Este estado de cosas apenas cambió hasta 1954 (28).

En 1931 hallamos una breve referencia al tema en el párrafo tercero del artículo 41 de la Constitución republicana:

«Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente

peor sentido posible para la garantía del dañado: el precepto no remitiría a la responsabilidad de la Administración *por actos propios*, sino a la responsabilidad personal del *propio* funcionario...

(27) De ahí que Antonio ROYO VILLANOVA pudiera decir de esta Ley unos años después: «No recuerdo que ningún ciudadano español se haya amparado en sus preceptos para defenderse contra las injusticias administrativas» (Prólogo al libro de José M.^o CABALLERO Y MONTES, *Las Leyes administrativas interpretadas por los Tribunales de todos los órdenes*, tomo II, *La Ley provincial*, Zaragoza, 1911, pág. VIII).

(28) Para la evolución histórica en términos más detallados, cfr. mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, cit., págs. 27 ss.

responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley.»

Responsabilidad «subsidiaria», pues, de la Administración por los daños producidos por los funcionarios, «conforme determine la ley».

El desarrollo legal del precepto sólo tuvo lugar en el ámbito local y con bien poca vigencia, debido a los luctuosos acontecimientos de la guerra civil. Efectivamente, sólo la Ley de Bases Municipal de 10 de julio 1935 y su Texto articulado, de 31 de octubre del mismo año, concretaron el precepto constitucional. El artículo 209 de la Ley Municipal decía así:

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

Las posibilidades de este precepto venían aminoradas por su párrafo segundo, que remitía a la Ley de 5 de abril 1904, de responsabilidad civil de los funcionarios, con lo que la responsabilidad «directa» a que se aludía corría claramente el riesgo de convertirse en responsabilidad del funcionario, siendo la de la Administración únicamente subsidiaria.

De todos modos, la Ley de 1935 no tuvo aplicación práctica. Su interés estriba en que inspiró la regulación de la Ley de Régimen Local de 1950, que constituye el primer texto en el que se plasma un importante avance.

3. Hace, pues, ahora cincuenta años de la primera andadura de la teoría de la responsabilidad patrimonial, que, tímidamente y con cautelas, se introduce por primera vez en el ámbito local.

El Texto articulado de la Ley de Régimen Local, de 16 de diciembre de 1950, que trae causa de la Ley de Bases de 1945, alude a nuestro tema en los artículos 405 y siguientes. El nuevo Texto articulado (y refundido), de 24 de junio de 1955 (resultado de la refundición del de 1950 y una Ley de reforma de 1953), no introdujo variación alguna en este punto.

El artículo 405 de la Ley establecía:

«Las entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el ar-

título siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroga la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes en la esfera de sus atribuciones respectivas. El daño habrá de ser efectivo, material e individualizado.»

Se partía, de todos modos, de una distinción previa: que las entidades locales actuaran «como personas jurídicas de Derecho privado» (art. 406.2), en cuyo caso se aplicaban los artículos 1902 y 1903 CC en los términos que precisaba el artículo 379 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico (ROF), de 17 de mayo de 1952 (29), o que actuaran como personas jurídico-públicas «en la esfera de sus atribuciones respectivas», en cuyo supuesto, como apuntaba el artículo 405, se establecía, a su vez, una diferenciación según que el daño hubiera sido causado por culpa o negligencia graves imputables personalmente a las autoridades o funcionarios en el ejercicio de sus cargos, o que no existiera tal culpa. En el primer caso, la entidad local sólo respondía subsidiariamente —art. 409 (30)—, previa declaración judicial de la infracción legal cometida y con posibilidad de acción de regreso contra el funcionario por parte de la Corporación (art. 410). Sólo en el segundo supuesto, esto es, cuando no existiera culpa o negligencia del funcionario, la entidad respondía directamente —art. 406.1 (31)— siempre que el daño

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

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

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

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

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

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

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

(31) «1. La responsabilidad será directa:

1.^a En materia contractual.

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

fuera «efectivo, material e individualizado» (art. 405). Sólo en este caso se podía hablar, pues, de responsabilidad directa de la Administración.

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

En el plano procesal, la Ley distinguía entre «lesión de derechos administrativos» y «lesión de derechos civiles» (art. 407) para determinar la competencia de la jurisdicción contenciosa o la de la jurisdicción ordinaria, según una vieja distinción que estaba implícita en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888-1894, que, aunque modificada, permanecía aún vigente (32).

4. Ello no obstante, en el ámbito estatal no había norma específica equivalente a la de Régimen Local. Las cosas seguían igual y la posibilidad de una responsabilidad de la Administración seguía dependiendo de la interpretación que se hiciera del Código Civil.

A estos efectos cabe mencionar que todavía en 1953, poco antes del gran cambio que va a dar la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, el Consejo de Estado propone denegar la indemnización solicitada por los daños producidos por un incendio provocado en un pinar por acciones de la Guardia Civil, como antes había propuesto denegar también las reclamaciones generadas a raíz de la gran catástrofe —no muy conocida, por cierto, para los españoles de mi generación y de otras posteriores— que tuvo lugar en Cádiz, en agosto de 1947, cuando se produjo la explosión del arsenal de una base militar, con el resultado de más de doscientos muertos, miles de heridos y numerosos destrozos.

En el Dictamen de 17 de marzo de 1953, el Consejo de Estado (33), en efecto, señala que más allá de la Ley de Régimen Local de 1950 no existe norma que permita generalizar la responsabilidad administrativa y que el artículo 1903 CC sólo es aplicable al cuasi-inexistente supuesto del «agente especial». Dice así el citado Dictamen en lo que ahora interesa:

(32) Sobre esta distinción y su origen, cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción para la Administración Pública*, en el núm. 49 de esta REVISTA (1966), págs. 143 ss., y, del mismo autor, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción*, en el núm. 42 de esta REVISTA (1963), pág. 174.

(33) Recopilación de Doctrina legal, 1952-53, págs. 149 ss.

«En reiterados informes viene el Consejo de Estado haciendo ver la situación negativa de nuestro Ordenamiento jurídico respecto al principio general de la responsabilidad de la Administración. En efecto, si bien nuestro Derecho positivo ofrece algunos casos aislados en los que aparece prevista la indemnización por daños, no existe una norma dotada de significación tal que permita generalizar la responsabilidad de la Administración como una consecuencia jurídica obligada de los daños irrogados a un particular en condiciones en que sea de justicia la compensación. El Derecho positivo paraliza toda posible construcción jurídica de tal responsabilidad al contraerla a los límites estrictos del artículo 1903 CC, según el cual el Estado sólo es responsable por daños “cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada”, precepto de rigor tan extremado que la jurisprudencia no ha conseguido establecer sobre el mismo un solo caso de responsabilidad de la Administración.»

En consecuencia, procede mantener una postura negativa a la solicitud indemnizatoria por cuanto, «en estrictos términos jurídicos», la conclusión es que en «el estado actual de la legislación, la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados por su actuación regular o administrativamente defectuosa constituye la excepción y como tal excepción ha de ser reconocida por una disposición especial, que falta en este caso».

III. DE LA PRIMERA NORMATIVA ESPECÍFICA (1954) A LA REGULACIÓN ACTUAL (1999)

1. Poco tiempo después, en 1954, las cosas iban a variar sustancialmente en un sentido ampliatorio calificado unánimemente como un gran avance. La Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de ese año, daba carta de naturaleza y hacía surgir un nuevo sistema que, en lo fundamental, es el que sigue vigente entre nosotros.

La Ley de Expropiación, en efecto, no sólo introduce la responsabilidad en el ámbito estatal, sino que lo hace conforme a planteamientos completamente distintos a los de la normativa local y con

pretensiones generales y unificadoras, como explicitó luego el artículo 133.2 de su Reglamento (34).

El artículo 121 de la Ley, que es el precepto central, dice así:

«Dará también lugar a indemnización (...) toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.»

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

Del citado artículo 121 se deduce ya el carácter directo que, a diferencia de la anterior normativa local, tendrá *siempre* la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de las responsabilidades que ésta pueda luego exigir a sus funcionarios mediante la acción de regreso. La idea de la que se parte es la de garantizar al perjudicado, que encontrará la cobertura de la Administración independientemente de que haya o no culpa o negligencia del funcionario, superándose así la dicotomía entre responsabilidad directa y subsidiaria. Se asume, pues, un criterio mucho más favorecedor para los afectados.

Se trataba, además —lo que es determinante—, de un principio general de responsabilidad *objetiva* (al margen, pues, de la idea de culpa o negligencia), que deroga la legislación local y supera las previsiones del Código Civil.

Cómo fue posible un sistema de responsabilidad de la Administración tan teóricamente generoso y avanzado en el contexto político de la época es algo que no resulta fácil de explicar. Coincidieron seguramente diversos factores, aunque está por hacer un estudio histórico que, con rigor y visión de conjunto, analice el período. Un período que bien puede decirse es el período fundacional del moderno Derecho Administrativo, que surge en torno a una generación de jóvenes juristas agrupados en la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, cuyo primer número aparece en 1950. Mucho tuvieron que

(34) «Las corporaciones locales y entidades institucionales quedan sometidas también a la responsabilidad que regula este capítulo», decía este precepto.

ver esos jóvenes —cuyos nombres constan en el Consejo editorial de la nueva REVISTA— en la trasposición de nuevas ideas a los textos legales gestados en el entorno del Instituto de Estudios Políticos, que editaba la publicación. El resultado fue un intento de racionalización de las estructuras jurídicas y administrativas vigentes en unos términos que no ponían gravemente en cuestión las bases políticas del momento, aunque el contexto en el que surgían, el franquismo, lastrara algunos de sus postulados o disociara a veces los planteamientos teóricos de su aplicación práctica.

2. El Reglamento de la Ley de Expropiación, por su parte, dispuso las dudas planteadas en relación con los bienes que podían ser lesionados al admitir como indemnizable «toda lesión que los particulares sufran *en sus bienes y derechos...*» (art. 133.1), suprimiendo la referencia a los bienes «a que *esta Ley* se refiere», que podía generar algún equívoco en la medida en que, tratándose de una Ley expropiatoria, los bienes a los que dicha Ley se refería eran los susceptibles de expropiación según su artículo 1, entre los que no estaría, por ejemplo, la vida. El cambio de redacción trataba así de evitar —no obstante el distinto rango de la Ley y el Reglamento— una interpretación que impidiera la indemnización por pérdida de la vida, daños a la integridad física y otros perjuicios personales y morales (35).

El cambio de redacción se consolida luego en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957.

3. Se había producido, pues, una transformación fundamental, un cambio de sistema. Una transformación y un cambio efectuados de manera brusca y, en alguna medida, polémica (36).

La brusquedad del cambio contribuyó a que la nueva normativa tardara mucho tiempo en penetrar en la jurisprudencia. Era lógico. Los jueces, formados bajo la concepción tradicional de la responsabilidad, podían admitir hasta de buen grado que hubiera responsabilidad del Estado, podían admitir que dicha responsabilidad se activara por la actividad irregular de éste, por la culpa o negligencia —in-

(35) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, cit. (1984), págs. 179 ss. También, J. LEGUINA, *La responsabilidad civil...*, 2.ª ed., cit., págs. 320 ss.

(36) Hubo, de hecho, un debate acerca de si la previsión de la responsabilidad en la Ley de Expropiación era una decisión voluntarista, aprovechando la ocasión de la citada Ley ante la necesidad apuntada, entre otros, por el Consejo de Estado de regular un sistema general de responsabilidad para la Administración, o si, por el contrario, la decisión, además, obedecía a un planteamiento dogmático coherente con el fundamento de la expropiación y la responsabilidad. Según este segundo punto de vista, expropiación y responsabilidad estarían sistemáticamente emparentadas: la primera supone un daño querido que hay que indemnizar y la segunda una consecuencia no querida del actuar administrativo igualmente indemnizable.

cluso anónima— del actuar administrativo. Pero en aquel momento les costaba seguramente mucho trabajo admitir la responsabilidad objetiva y sin culpa que la norma implantaba. El símil de nuestra cultura religiosa está cercano: la idea de reparación presupone la del pecado, de modo que el individuo responde de sus acciones y debería expiar la infracción de lo prohibido. Por eso era difícil de aceptar la idea de tener que reparar y expiar pecados no cometidos. De ahí también la polémica acerca del «pecado original», porque en cierta concepción racional no habría pecado sin culpa. No habría responsabilidad sin culpa.

Disgresiones aparte, lo cierto es, como digo, que la nueva normativa tardó tiempo en ser moneda corriente en la práctica jurisprudencial. Los propios abogados no usaban tampoco en demasía las posibilidades del sistema. Y todavía en los años setenta no era infrecuente hallar textos de sentencias en los que se hablara —para admitir o rechazar la indemnización— de la existencia o no de «culpas».

Hay un episodio, hoy simplemente curioso, que ejemplifica una vez más la tardanza de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero que simboliza también, en cierto modo, la propia época y esa otra tardanza de los tribunales en asumir la novedad que había supuesto la Ley de Expropiación Forzosa. En efecto, en un trabajo más amplio sobre la expropiación forzosa, Alejandro NIETO (37) comentaba críticamente en una nota que una determinada sentencia «desconoce absolutamente» el artículo 121 de dicha Ley y aplica el Código Civil en un caso de daños producidos por la explosión de un polvorín «siete años después de la publicación de la Ley», aunque «este asombroso olvido» —matizaba— debe imputarse también a los propios recurrentes de los varios pleitos acumulados. Lo curioso del caso —añadía— es «que esta sentencia es, a su modo, progresiva», pues aunque aplica el Código Civil lo hace conforme a un «criterio extensivo de la negligencia de la Administración como causa de responsabilidad». Hasta aquí una simple muestra de la tardanza de los tribunales en asumir la nueva realidad legislativa, que se transforma pronto en otro ejemplo de la lentitud de los tribunales y en una curiosa pieza de la pequeña historia de la literatura jurídica que hay que ubicar en el contexto de la época y que me parece que no es muy conocida. Porque, en efecto, en el número siguiente de la misma REVISTA aparece, medio escondida en la sección de «Notas», una breve aclaración en la que el autor, tras «un conocimiento posterior más detenido de las circunstancias del caso», declara «que los Conside-

(37) Cfr. *Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa*, en el núm. 38 de esta REVISTA (1962), pág. 104.

randos de esta Sentencia son jurídicamente impecables», ya que se refieren a hechos acaecidos con anterioridad a la publicación de la Ley de Expropiación y de las otras normas «cuyo olvido se le imputa». Dicho esto, en la media página de la nota aclaratoria insiste en que el Código Civil, única norma aplicable en el momento de los hechos, se maneja «con insuperable maestría y con un criterio de generosidad sorprendentemente nuevo y atrevido». La Sentencia es, pues, como también se indicaba ya en el texto original, «justa y muy aguda».

Ese era también el contexto de la época, sobre el que no es necesario ser más explícito. En todo caso, la citada nota aclaratoria y su misma existencia no invalidan el aserto inicial acerca de la tardanza de la jurisdicción contenciosa en referenciar y luego asumir la nueva realidad legislativa.

4. El siguiente paso de esta nueva realidad se produce en 1956, con la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre (LJ). Esta Ley introdujo la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad, de manera que, en adelante, sería la jurisdicción contenciosa la que debería conocer siempre.

La Ley de Expropiación había mantenido la dualidad jurisdiccional, presente, como se indicó más atrás, en la legislación de régimen local (38). La Ley Jurisdiccional de 1956 rompe con ese sistema de dualidad jurisdiccional. Su artículo 3.b) extiende, sin excepciones, la competencia de dicha jurisdicción a «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública».

5. El año siguiente, 1957, conoce la definitiva consolidación del sistema de responsabilidad objetiva, aunque, en contrapartida, se rompe la unidad jurisdiccional lograda un año antes.

Mil novecientos cincuenta y siete es el año de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que en materia de responsabilidad ha estado en vigor hasta 1992 y en lo demás prácticamente hasta 1997 (39).

La Ley de Régimen Jurídico (LRJAE, o simplemente LRJ) regula-

(38) Sobre el tema, particularmente, L. MARTIN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción*, cit., pág. 177.

(39) Partes de esa Ley —entre otras, las cuestiones de responsabilidad— fueron derogadas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Lo que subsistió fue derogado luego por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), y los últimos restos del texto de 1957 se derogan por fin en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

ba la responsabilidad de la Administración en su artículo 40, en términos casi idénticos a los del 121 de la Ley de Expropiación:

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

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

Pero en el artículo siguiente, el 41, se quiebra para el Estado la unidad jurisdiccional consagrada en el artículo 3.b) LJ, trastocando el sistema unitario en términos tan ambiguos como insuficientemente valorados (40). Y es que el citado precepto, efectivamente, preveía que cuando el Estado actuara en relaciones de Derecho privado respondería, sí, por los daños causados por sus autoridades y funcionarios, «considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración», pero esa responsabilidad sería exigida ante los tribunales ordinarios. Y había que entender también que conforme a las reglas sustantivas civiles.

Prescindiendo del aspecto procesal, desde el punto de vista sustantivo la fórmula de la LRJAE mejoraba, consolidándolo, el texto de la LEF, incluía la referencia a la fuerza mayor como causa de exoneración y eliminaba también la alusión a los actos discrecionales que, a partir de la LJ, eran ya recurribles (41).

Uno de los aspectos más destacados de la nueva Ley fue, como acabo de adelantar, su artículo 41, que terminó convirtiéndose en la espita a través de la cual se generalizaría luego, hasta tiempos muy recientes, la dualidad jurisdiccional como una fórmula prácticamente de libre opción. En principio, el precepto parecía que era sólo apli-

(40) Cfr., por todos, M. CLAVERO ARÉVALO, *La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración*, en el núm. 66 de esta REVISTA (1971), págs. 89 ss. (hoy en el volumen recopilativo *Estudios de Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo-Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 229 ss.).

(41) De ahí que el artículo 40 dijera sólo que también procede la responsabilidad por lesiones derivadas «de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa», pero ya no mencione, como hacía la LEF, los daños derivados «de la adopción de medidas [de carácter discrecional] no fiscalizables en vía contenciosa», porque, como digo, los actos discrecionales ya eran entonces recurribles.

cable a la responsabilidad por la actividad privada de la Administración cuando actuaba a través de entes instrumentales sometidos al Derecho privado, pero, como digo, fue el mecanismo a través del cual la jurisdicción civil instauró, *de facto*, una dualidad jurisdiccional «a la carta», basada, entre otras razones, en la diferente interpretación de la expresión «servicios públicos» a que aludía el artículo 40. La argumentación, simplificada, venía a ser ésta: si la jurisdicción contenciosa conoce de las lesiones que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, allí donde no se trate de servicios públicos hay que entender que es actividad privada y, por tanto, de aplicación el artículo 41. Todo dependía, pues, del concepto de «servicios públicos» que se adoptara. Si esa expresión se hacía equivaler a actividad administrativa en sentido amplio, como sostenía la doctrina, el Consejo de Estado y la jurisdicción contenciosa, los supuestos de competencia de la jurisdicción civil quedaban prácticamente limitados a la actividad privada de los entes instrumentales. Si, por el contrario, como hacía la jurisprudencia civil, el concepto de servicio público se limitaba para identificarlo con una forma concreta de actuación *formal* de la Administración, todos los daños derivados de la actividad fáctica, de los puros hechos, no serían «servicios públicos» y justificarían la competencia de los tribunales civiles.

Y eso fue lo que sucedió. El resultado: una práctica de casi libre opción. Una práctica incorrecta —hay que decir— no sólo por la existencia de la consolidada interpretación de la jurisprudencia contenciosa y la doctrina del Consejo de Estado acerca de los estrechos límites del artículo 41 LRJ, sino, además, porque, en el peor de los casos, para la Administración Local seguía viva la unidad implantada en la Ley Jurisdiccional de 1956. La razón era clara: la Ley de Régimen Jurídico de la Administración *del Estado* —y por tanto su art. 41— no eran aplicables a las Entidades locales, que en materia de responsabilidad seguían regidas por la Ley de Expropiación en lo sustantivo y por la Ley Jurisdiccional en lo procesal. Eso fue así al menos hasta 1985, año en que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 54, remite en materia de responsabilidad a la legislación del Estado, que era entonces la LRJ, y, con ello, consolida la dualidad existente en una práctica hasta entonces —por lo menos en el ámbito local— *contra legem*.

Así, pues, la LRJ de 1957 consolida el sistema, pero la interpretación que los tribunales civiles hicieron de su artículo 41 —no así los de la jurisdicción contenciosa— posibilitó la instauración de una

práctica de libre opción en favor del perjudicado, que no era lo previsto inicialmente por el legislador (42).

6. Esta era la normativa y la situación vigente en 1978, cuando, veinte años después, la Constitución aborda el tema de la responsabilidad en sus artículos 106.2 y 149.1.18.^a. La situación en ese momento era pacífica y estaba consolidada, el número de sentencias del TS estaba en torno a las 30-35 por año y el debate doctrinal, cuando existía, se centraba en cuestiones técnicas concretas (cómputo del plazo, actualización o no de las cuantías indemnizatorias en el seno del proceso contencioso en unos momentos en los que la inflación superaba el 20 por 100, la cuestión de los daños morales, el problema de la causalidad exclusiva o concurrente, etc.).

El texto constitucional afecta al tema de la responsabilidad de dos maneras. Por un lado, eleva el principio indemnizatorio al máximo nivel normativo al mencionarlo en el artículo 106.2, dentro del Título dedicado al Gobierno y la Administración. Y, por otro, garantiza un tratamiento común, al atribuir al Estado la competencia exclusiva para regular «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas» (art. 149.1.18.^a).

Desde el punto de vista sustantivo, el artículo 106.2 no supone ninguna novedad más allá de la plasmación del principio general. En realidad, la mención tampoco impone un contenido exacto al dejar abierta la puerta a la regulación por ley: «Los particulares, *en los términos establecidos por la Ley*, tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.»

Se ha dicho que el precepto constitucionaliza «el concreto sistema de responsabilidad objetiva» tal y como venía siendo regulada con anterioridad. A mi juicio, no cabe extraer, sin más, tal consecuencia automática del texto transcrito. La Constitución consagra, ciertamente, el principio general de responsabilidad y aporta coherencia y valor interpretativo al principio. Incluso le atribuye un significado político al configurarlo en el Título dedicado al Gobierno y la Administración como un elemento central de la concepción constitucional de las Administraciones Públicas. Pero la expresa remisión a la Ley («en los términos establecidos por la Ley», dice), que además ha de ser estatal (art. 149.1.18.^a), y el hecho de que la mención esté en el Título en el que está, deja suficiente margen al legislador

(42) Así lo ha demostrado F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., pág. 52.

para regular su contenido concreto. Desde la óptica del dañado se trata, pues, de un derecho de configuración legal, aunque eso no signifique que la Ley que lo regule pueda prescindir y desconocer por completo no ya un principio, sino una concreta tradición, el acervo de un cuarto de siglo y una situación que a nivel doctrinal y jurisprudencial ha sido justamente calificada como una pieza fundamental y una conquista del Estado de Derecho.

7. Se llega, así, por fin, a la normativa vigente. La Ley de Régimen Jurídico de 1957 fue derogada en este punto —no así, sin embargo, formalmente, la Ley de Expropiación— por la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada parcialmente luego por la Ley 4/1999, de 13 enero). Esta es la norma donde se contiene ahora una regulación que, en lo sustancial, no ha variado.

Los artículos 139 a 146 de la citada Ley 30/1992, en su versión de 1999, aunque incorporan algunas novedades, reproducen el sistema anterior con escasas variaciones.

El artículo 139 reitera el ya citado artículo 40 LRJAE sin más diferencias que aludir a «las Administraciones Públicas» allí donde la Ley anterior se refería sólo al Estado, remitir la regulación de la responsabilidad del Estado-Juez a la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 292 ss.), y mencionar la posibilidad de responsabilidad por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, aunque sólo cuando así se establezca en dichos actos, lo que es tanto como decir que no existe si no está legalmente prevista. Y es que, en efecto, a mi juicio, no existe responsabilidad por los eventuales «daños» producidos por una Ley que sea constitucional. No cabe hablar de lesión como daño que no se tenga la obligación de soportar porque ello supone una petición de principio: si la Ley que causa daños es constitucional, difícilmente se podrá hablar de daño antijurídico (que no se tenga el deber de soportar), siendo así que la juridicidad la define la propia Ley. Dicho de otra manera, fuera del artículo 33.3 CE no hay indemnizaciones por actos legislativos que éstos no prevean expresamente. Si estamos en presencia de expropiaciones legislativas que no cubran o prevean el derecho del artículo 33.3 (la «correspondiente indemnización»), lo que sucederá es que la Ley será inconstitucional.

El artículo 141.1 de la Ley 30/1992 se ha creído en la dudosa obligación de definir el concepto de lesión en los términos que venían siendo doctrinalmente auspiciados como el daño que el particular «no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». Este precepto ha sido modificado en 1999 para excepcionar de la indemnización «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 —añade— «sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos». El inciso inicial obedece, seguramente, a una reacción frente a ciertas condenas de responsabilidad administrativa por la transmisión del VIH en transfusiones de sangre realizadas en hospitales públicos *antes* de la implantación de controles de plasma, y antes incluso de que se conociera científicamente su propia existencia. El nuevo inciso ha sido vivamente criticado (43), pero, en mi opinión, no hay motivo bastante para ello. En lo que yo entiendo, el inciso perfila el concepto mismo de lesión, definiendo en la Ley un supuesto en el que sí hay un deber jurídico de soportar el daño, aunque plantea el problema —apasionante— de la prueba y del ámbito de lo que haya de entenderse por «el estado de los conocimientos de la ciencia» (44). La responsabilidad no es, no puede ser, un seguro universal. Y su faceta asistencial —obligada en un Estado social de Derecho— debe entenderse cubierta por el segundo inciso transcrito, que remite a cuestiones de política legislativa y presupuestaria.

El mismo artículo 141 establece algunas pautas o criterios genéricos de valoración del daño, remitiendo a la normativa de expropiación forzosa, a la legislación fiscal o a la que resulte aplicable, y aludiendo a la ponderación, en su caso, con las valoraciones predominantes en el mercado (apartado 2). El apartado 3 prevé que la indemnización se calcule «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» y del pago de los intereses de demora que procedan. Finalmente, el apartado 4 del mismo precepto posibilita sustituir la indemnización por compensaciones en especie o abonar aquélla mediante pagos periódicos «cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y

(43) Cfr. el ya citado trabajo de J. JORDANO, *La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de «responsabilidad objetiva» de las Administraciones Públicas*, en el núm. 149 de esta REVISTA (1999).

(44) Se trata de los llamados riesgos del desarrollo, que desde el punto de vista de la prueba plantean hondos problemas: ¿cuál es el nivel de conocimientos objetivos que exoneran?, ¿apela ello al conocimiento de los mejores especialistas?, ¿depende del acceso que se tenga a dichos conocimientos?, ¿se presume que dicho acceso es libre cuando las nuevas tecnologías permiten una amplísima información, aunque quizá no contrastada?, ¿apunta el precepto a la comunidad científica media de un país del primer mundo o depende del estándar de lo que objetivamente hay en el hospital de que se trate? Cuestiones todas ellas apasionantes, pero de muy difícil respuesta. Sobre el tema, recientemente, en general y con particular referencia al medio ambiente, José ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho (Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental)*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, en especial págs. 209 ss.

convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado».

El artículo 142 prevé el procedimiento de exigencia de la responsabilidad, desarrollado luego reglamentariamente por el RD 429/1993, de 26 de marzo, contemplándose también, en ciertos supuestos, un procedimiento abreviado (art. 143). La Ley aclara, en todo caso, que el plazo del año para reclamar es un plazo de prescripción, que comienza desde el hecho o acto que motive la reclamación o desde que se manifieste su efecto lesivo, salvo cuando se trate de daños personales, en los que el plazo empieza a contar desde la curación o la determinación de las secuelas. Si el daño procede de actos que sean anulados por los tribunales, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse dictado la sentencia definitiva que anule dicho acto, lo que ha planteado algunos problemas a la hora de decidir si el plazo comienza en la fecha de la sentencia (que es el de su teórica publicación y lectura) o, como parecería más lógico, en el de su notificación. Varias sentencias del TS, ratificadas por el TC desde la óptica de los derechos fundamentales, se decantan, sin embargo, por la primera opción (45).

Pero la novedad más destacada de la Ley 30/1992, reforzada y ratificada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, es la vuelta a la perdida unidad jurisdiccional, puesto que ahora, incluso cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, su responsabilidad deberá exigirse siempre en sede administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa —arts. 142.6 y 144 de la Ley 30/1992, y art. 2.e) de la Ley Jurisdiccional, de 1998—. Sobre ello vuelvo brevemente después.

IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y ELEMENTOS CENTRALES DEL SISTEMA

1. Después de este repaso a la evolución normativa de la responsabilidad es ya el momento de sintetizar, brevemente y casi en esquema, los caracteres generales del sistema.

(45) Así, cabe citar las SSTs de 26 de enero de 1994 y 12 de enero de 1995, respecto de las cuales las SSTC 42/1997, de 10 de marzo, y 160/1997, de 2 de octubre, deniegan el amparo solicitado por entender el TC que no le corresponde a él hacer la interpretación de la legalidad ordinaria. Aunque el TC reconoce que posiblemente el Supremo «no está optando por la interpretación más beneficiosa para la viabilidad de la acción ejercitada (...) ello no es suficiente para que se aprecie una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» (STC 160/1997). En el caso contemplado «ha existido un auténtico acceso a la Justicia» y la interpretación del TS no es arbitraria, no contraviene el tenor literal de la Ley sustantiva ni se aparta de una dilatada jurisprudencia anterior.

Se trata, en primer lugar, de un sistema *unitario* puesto que, basado como está en el artículo 149.1.18.^a CE, rige para todas las Administraciones Públicas y tanto si actúan en relaciones de Derecho público como privado.

Es un sistema *general*, esto es, se refiere a toda la actividad o inactividad de la Administración.

Obedece a un criterio de responsabilidad *directa* y no sólo subsidiaria de simple cobertura del funcionario responsable.

Es, sobre todo, un sistema de responsabilidad *objetiva*, esto es, la idea culpa no es determinante.

Tiene pretensiones de lograr una reparación *integral* de todo tipo de daños (materiales o morales) sufridos por las víctimas.

Pivota hoy sobre la base de un principio de *unidad jurisdiccional* (con la sola excepción de la jurisdicción penal cuando la responsabilidad civil deriva de un delito cometido por funcionarios; supuesto en el que la responsabilidad de la Administración es sólo subsidiaria).

En definitiva, es un sistema sencillo, avanzado y generoso. Pero es también un sistema *casuístico* —lo cual es inevitable— y un sistema *inseguro*, lo cual cabe preguntarse si es igualmente inevitable.

2. El sistema pivota sobre la idea de lesión (art. 139 de la Ley 30/1992), que define el artículo 141.1 en los términos conocidos: el daño que el particular «no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». Ese daño ha de ser *efectivo* (esto es, no hipotético, potencial o de futuro, sino real), *evaluable* (carácter que cabe predicar de todo tipo de daños: materiales, personales y también morales) e *individualizado* (no son indemnizables los daños que quepa calificar de generales).

El daño ha de ser *imputable* a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, excluida la fuerza mayor. A partir del común entendimiento de que la expresión servicios públicos se está empleando aquí en sentido equivalente a actividad administrativa, ello supone que quedan incluidos en el ámbito del sistema los daños imputables a todo tipo de actuación (tanto formal como simplemente material) de la Administración, y tanto si dicho daño deriva de la acción personal, identificable y conocida de un empleado público como si trae causa de una acción u omisión anónima o intrínseca al servicio.

Como E. GARCÍA DE ENTERRÍA sistematizó hace muchos años, cabe hablar, pues, de daño derivado de una acción formal o material directa e ilícita de la Administración (funcionamiento anormal: por mala prestación del servicio, tardanza u omisión del mismo), pero

también de daño por la realización directa y a la vez legítima del mismo (funcionamiento normal, donde es posible incluir el riesgo y los supuestos cuasiexpropiatorios).

Entre el daño y su productor debe mediar una relación de *causalidad* que los tribunales no siempre aciertan a definir, aunque suelen apuntar a la idea de causalidad «adecuada» (46). La relación no tiene que ser necesariamente directa, ni exclusiva.

La *cuantía* indemnizatoria depende de la prueba practicada y, a pesar de las pautas que proporciona el artículo 141 de la Ley 30/1992, existe al respecto un amplio ámbito de libertad del juez.

V. UNA CUESTIÓN RECURRENTE: LA DISPUTA JURISDICCIONAL (47)

1. Las vías de exigencia de la responsabilidad han sufrido recientemente una destacada transformación, habiéndose logrado una de las viejas aspiraciones de la mayor parte de la doctrina administrativista: la recuperación para la responsabilidad administrativa de la unidad jurisdiccional fugazmente vigente en 1956 y perdida de hecho en 1957. Esa unidad se ha conseguido —al menos en el plano normativo— en 1992 y ha sido ratificada y reiterada en términos aún más contundentes tras la reforma de la Ley 30/1992 llevada a cabo en 1999 y con la nueva Ley Jurisdiccional de julio de 1998.

Hasta ahora, tal unificación no existía y el hecho cierto era que podían llegar a intervenir hasta cuatro órdenes jurisdiccionales distintos: la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisdicción civil, la jurisdicción penal e incluso la jurisdicción laboral. Asuntos similares podían llegar a ser conocidos por órdenes jurisdiccionales diferentes y —lo que es más grave— con resultados prácticos distintos.

2. El procedimiento normal para exigir la responsabilidad se contiene en el artículo 142 de la Ley 30/1992.

Hay que partir, no obstante, de una distinción previa: que el daño proceda de un acto o de un puro hecho material.

(46) La cuestión es especialmente importante porque buena parte de los problemas se hallan en el tipo de causalidad exigible. La tesis de causalidad objetiva de riesgos relevantes a la que se refiere el libro, ya citado, de M. BELADIEZ (*Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*) es particularmente sugestiva. Sobre el tema, en conexión con el concepto de lesión y los riesgos del desarrollo, el también citado libro de J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*.

(47) Cfr., con más detalle, mi trabajo «Medios procesales de efectividad de la responsabilidad civil de la Administración (los problemas derivados de las diferentes vías jurisdiccionales de exigencia de la responsabilidad)», en el vol. col. *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, cit., págs. 233 ss.

En el primer caso, el dañado podía y puede optar por recurrir el acto lesivo pretendiendo su anulación y, *al mismo tiempo*, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de él. Se admitían incluso varias posibilidades en cuanto al momento procesal de pedir la indemnización, que en lo sustancial han sido respetadas por la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 31.2 y 65.3).

En el segundo supuesto, que será el habitual —esto es, los daños derivados de puros hechos—, el procedimiento comienza con una petición al órgano administrativo que corresponda (el Ministro, en el caso del Estado) especificando la lesión y demás circunstancias producidas, tras lo cual deberá recaer una resolución expresa, que será recurrible en sede jurisdiccional. Si no recae resolución expresa en el plazo normal de seis meses desde que se inició el procedimiento (art. 13.3 RD 429/1993) se podrá, asimismo, entender desestimada la solicitud a efectos de interponer también el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

Este mismo procedimiento es el aplicable cuando el daño proceda de actos y el dañado no hubiera optado por acumular a su recurso inicial la solicitud indemnizatoria. En tal supuesto, el plazo para reclamar empieza «al año de haberse dictado la Sentencia definitiva» (art. 142.4, que comienza repitiendo algo obvio: que la anulación de un acto administrativo no presupone *necesariamente* derecho a la indemnización).

El *plazo* para reclamar, pues, prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que, no obstante, cede en tres supuestos: *a)* en caso de daños personales de carácter físico o psíquico, en que empieza a computarse «desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas»; *b)* en el ya citado caso de daños producidos por actos cuando el dañado hubiera optado por esperar a una sentencia anulatoria de aquél; y *c)* cuando hubiera intervenido previamente la jurisdicción penal por revestir los hechos indicios de delitos, en los que, si no hay condena, el plazo para reclamar a la Administración comienza tras el sobreseimiento o la sentencia absolutoria del funcionario inculgado.

Esta vía, que conduce finalmente a la jurisdicción contenciosa, es también la apropiada para cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado (arts. 142.6 y 144), lo cual es una gran novedad. Novedad que, no obstante, para significar algo, debería incluir la actividad privada de los entes públicos instrumentales ahora denominados «Entidades públicas empresariales», que son *también* Administración (inciso primero del artículo 2.2 de la

Ley 30/1992) y que constituyen el instrumento a través del cual la Administración General del Estado o la de las Comunidades Autónomas propiamente dicha usan el Derecho privado. Si no, ¿qué supuestos relevantes existen de «relaciones de Derecho privado»? La Administración usa el Derecho privado básicamente a través de esos entes instrumentales. Y es a esos entes *públicos* instrumentales —no a las empresas y sociedades de titularidad pública— a los que se les debe aplicar la previsión unificadora. Un planteamiento que se funda también en la idea de concebir la responsabilidad como formando parte del núcleo básico del *status* garantizador común del ciudadano; un núcleo básico que hay que asegurar sea cual sea el régimen jurídico aplicable a la actividad de la Administración y que, en concordancia con la unidad de fuero, debe implicar también «la unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad», según reza la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992 (48).

3. Como se ha dicho en otro momento, antes de 1992 —y aun después— existía de hecho dualidad jurisdiccional. La jurisdicción civil intervenía. La responsabilidad no se articulaba sólo conforme al procedimiento descrito en el punto anterior, sino también mediante una demanda civil directa.

¿Cuándo estaba prevista la intervención de los tribunales civiles? Fundamentalmente, en dos supuestos: *a)* en el contemplado en el artículo 41 LRJAE (cuando la Administración actuara en relaciones de Derecho privado, que, en puridad, sólo debería haber sido aplicable a la actividad llevada a cabo a través de entes instrumentales, como propugnó mayoritariamente la doctrina en las primeras interpretaciones de dicho precepto, puesto que era allí, justamente, donde podían identificarse las «relaciones de Derecho privado» a que aludía el precepto); y *b)* en el caso del artículo 43 LRJAE (cuando el daño procediera de la concreta actividad de un funcionario, mediando culpa o negligencia graves, y el dañado optara por dirigirse civilmente contra él y no contra la Administración).

Sin embargo, funcionó de hecho, en muchos otros casos, un sistema general de libre opción que no tenía encaje directo en los datos normativos. ¿Cómo fue ello posible? Varias fueron las razones. La más importante, seguramente, como ya se ha dicho más atrás, por la diferente concepción de la expresión «funcionamiento de los servi-

(48) En tal sentido, tras la Ley de 1992, J. LEGUINA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en el vol. col. *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 403 ss., y yo mismo, *La responsabilidad...*, en «Documentación Administrativa», 237-238, cit., pág. 52.

cios públicos». Los tribunales civiles solieron entender que todo lo que no fuera «actividad regular y continua formalizada» de la Administración era actividad privada, cubierta por el artículo 41 LRJ, que los hacía competentes para conocer de las demandas que se les presentaban. El resultado fue que muchos asuntos que podían —y debían— ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa lo eran también por la jurisdicción civil. Y que supuestos similares se encuentren en los repertorios de ambos órdenes jurisdiccionales, el civil y el contencioso-administrativo.

Los demás argumentos —la «vis atractiva» de la jurisdicción civil, el deseo de evitar al dañado un «peregrinaje» de jurisdicciones, la pura equidad— tenían menos importancia. Sí destacaba, no obstante, otra razón de los tribunales civiles para mantener su competencia: la pretensión de no dividir la continencia de la causa cuando se demandaba a la Administración conjuntamente con un tercero al que se le imputaba ser cocausante del daño. En tales circunstancias, la conclusión era sencilla: como el particular no podía ser demandado ante la jurisdicción contenciosa, bastaba demandar junto con la Administración a un particular más o menos relacionado con el daño para posibilitar la intervención de la jurisdicción civil.

No es el momento de detenerse en las sólidas razones que avalaban la crítica a esta práctica jurisprudencial. En un artículo como éste, que pretende dar cuenta de una evolución, baste con decir que, a mi juicio y al de un amplio sector doctrinal, estos argumentos carecían de base suficiente y que, desde luego, hoy han perdido definitivamente fuerza.

En efecto, la aprobación de la Ley 30/1992 permite decir que los artículos 142.6 y 144 de la citada Ley han vuelto a instaurar la unidad jurisdiccional en la materia. La solución de la Ley procedimental se refuerza con una previsión explícita de la nueva Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998, que en su artículo 2, de forma taxativa, dispone:

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

(...)

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.»

El primer y más importante argumento de la jurisdicción civil para sostener su propia competencia —un distinto entendimiento de la expresión «funcionamiento de los servicios públicos»— ha desaparecido, porque sea cual sea el concepto que al respecto se tenga, esto es, sea cual sea el tipo de actividad, pública o privada, de que derive la responsabilidad, es competente siempre la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley 30/1992 y luego la nueva Ley de la Jurisdicción no pueden ser al respecto más claras.

El último inciso del artículo 2.e) LJ transcrito tiene gran importancia y hay que completarlo con la reforma llevada a cabo también por la Ley Orgánica 6/1998 en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 9.4 dice ahora que los tribunales del orden contencioso-administrativo

«conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. *Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional*».

La intención es clara: cegar las posibilidades de actuación de la jurisdicción civil y, en consecuencia, invalidar legalmente el otro argumento que le quedaba a la jurisdicción civil para declararse competente: no dividir la continencia de la causa.

Cabe añadir que lo que no puede evitarse es que el dañado, si quiere, demande civilmente al particular, pero no a la Administración. No habría litisconsorcio pasivo necesario porque la acumulación de acciones queda excluida y está claro ahora que el juez civil es *siempre* incompetente para conocer de una acción de este tipo frente a la Administración.

4. Así, pues, en la actualidad la vía civil ha dejado prácticamente de tener importancia. Lo mismo cabe decir, tras la Ley Jurisdiccional de 1998, de la vía social.

La jurisdicción social se había declarado competente en ocasiones para conocer de reclamaciones de responsabilidad derivadas de daños producidos a pacientes ingresados en instituciones sanitarias de la Seguridad Social por entender que, en tales casos, se estaba en presencia de pleitos «en materia de seguridad social» y, como tales, de competencia de la jurisdicción laboral, conforme a lo dispuesto

en el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RD legislativo 2/1995, de 7 de abril. Se trataría —según algún sector doctrinal— de conflictos derivados de una actividad de prestación dentro de la cual habría que incluir las consecuencias lesivas de la no prestación o de la defectuosa prestación. Véase, en este sentido, la STS de 5 de junio de 1991, con cita de otras anteriores (49).

Incluso tras la Ley 30/1992, que, como ha dicho, unifica el fuero jurisdiccional, cuando la cuestión parecía zanjada por el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 (Arz. 7998), una nueva Sentencia de la Sala 4.^a del TS, de 10 de julio de 1995 (Arz. 5488), cuya doctrina fue más tarde reiterada por otras (SSTS de 24 de junio y 19 de diciembre 1996), volvió al planteamiento tradicional: la jurisdicción social mantenía su competencia, aunque en esta ocasión con cinco votos particulares discrepantes a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Aunque, a mi juicio, no había ya fundamento en esas fechas para mantener la competencia de la jurisdicción social (50), la Ley Jurisdiccional de 1998 zanja definitivamente el problema, ya veremos si con éxito. Su artículo 2.e), en efecto, precisa, como ya he señalado en el punto anterior, que la Administración no puede ser demandada «por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social».

5. Volvamos a la vía civil. Decía que esta vía civil ha dejado prácticamente de tener importancia. No caben demandas contra la Administración, ni sola ni en demandas conjuntas con un particular. Tampoco caben —lo que seguramente es más importante— demandas conjuntas contra la Administración y un funcionario, como no caben ya demandas civiles contra el funcionario solo. Esto último no

(49) Cfr., en detalle, sobre los razonamientos acerca de la competencia, Jesús MERCADER UGUINA, *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 104 ss.

(50) No se trata propiamente de asuntos de seguridad social porque no son ni pueden ser lo mismo los conflictos sobre prestaciones del sistema y las consecuencias lesivas derivadas de la integración de la víctima (sea asegurado o no) en un servicio público gestionado y prestado por un ente público. Cuando la acción sanitaria pública se ha generalizado sería un contrasentido que se predicara de dos jurisdicciones diferentes el conflicto suscitado por dos personas lesionadas en el seno del mismo sistema dependiendo de que una sea usuario asegurado y cubierto por el régimen de la Seguridad Social y la otra no.

Por otra parte, el criterio del ámbito de la jurisdicción contenciosa se basa en una perspectiva subjetiva: los daños producidos por las Administraciones Públicas. Los asuntos de que en general conoce dicha jurisdicción son las cuestiones que se deducen de los actos de la Administración, perspectiva subjetiva que se exceptiona por razón del objeto respecto de aquellos asuntos que «aunque relacionados con actos de la Administración Pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social» [art. 2.a) LJ-56 y, en términos similares, art. 3.a) LJ de 1998]. Por tanto, el criterio interpretativo de las cuestiones «en materia de Seguridad Social» a que hace referencia la Ley de Procedimiento Laboral debía ser —al menos en este ámbito— restrictivo.

era frecuente, porque el funcionario causante del daño normalmente era insolvente, pero lo primero —demandar al funcionario y a la Administración— sí era habitual para justificar así la intervención de una jurisdicción más rápida.

Pues bien, si la LOPJ deja claro que si hay sujetos privados implicados en el daño el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante el orden contencioso-administrativo, a la misma conclusión hay que llegar cuando se pretende demandar a la Administración junto a un funcionario.

Así se deduce con claridad de la nueva regulación de la Ley 30/1992 tras la reforma de 1999.

Para empezar, ya no es posible la opción del dañado de dirigirse civilmente contra el funcionario personalmente causante del daño. Así se deduce de la propia Ley 30/1992, en cuyo artículo 145, bajo la rúbrica «exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas», sólo se contempla la exigencia de dicha responsabilidad a la Administración. La Ley 4/1999, de reforma de esta Ley, es explícita en su Exposición de Motivos al recordar que desaparece toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario «clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992 de exigencia directa de responsabilidad de la Administración». En concordancia con ello y para evitar cualquier equívoco, se deroga la vieja Ley de 5 de abril de 1904, relativa a la responsabilidad civil de los funcionarios, que, no obstante su teórica vigencia, había caído completamente en desuso.

La situación parece, pues, clarificada y tiene gran lógica. Piénsese que, de admitirse que el dañado pudiera dirigirse directamente contra el funcionario, la responsabilidad civil de éste ya no estaría limitada, como antes, a los supuestos de culpa o negligencia *graves*, habida cuenta que el artículo 43 de la LRJAE, que era donde se establecía esa limitación, ha sido derogado por esta misma Ley 30/1992 y no existe otro de similar contenido. De admitirse la opción de la demanda civil contra el funcionario, éste respondería no sólo por culpa o negligencia graves, sino también por culpa o negligencia leves, en los términos previstos con carácter general en el artículo 1902 CC. Resultaría entonces que respondería más intensamente frente al dañado que frente a la Administración en vía de regreso, porque en esta vía (art. 145.2) es condición de ejercicio de la misma la existencia, justamente, de dolo, culpa o negligencia *grave* del funcionario. Se trata, pues, de garantizar la indemnización del dañado (pues la Administración responde en todo caso, cubriendo la actividad del funcionario) y de proteger al funcionario para que sólo responda perso-

nalmente en casos de culpa grave y en vía de regreso, que tras la reforma de 1999 resulta obligada (art. 145.2: «exigirá»).

Va de suyo que no cabe tampoco entonces demandar en vía civil al funcionario *junto* con la Administración, hipótesis frecuente, por ejemplo, en el caso de daños sanitarios, donde se demandaba civilmente al cirujano, al jefe de servicio, al director del hospital y al Insalud. Y que es la que expresa y definitivamente niega también la nueva Ley Jurisdiccional de 1998.

Así, pues, la jurisdicción civil debe declararse incompetente también tanto si se demanda aisladamente al funcionario como si se le demanda conjuntamente con la Administración. No cabe siquiera en el caso de daños producidos en centros sanitarios concertados con ocasión de la asistencia sanitaria (51) (Disp. Adic. 12 de Ley 30/1992, añadida por Ley 4/1999), cuestión ésta más discutible porque conecta con el tema de los concesionarios...

6. ¿Subsiste en algún caso la vía civil? A mi juicio, hay cuatro posibles supuestos, dos de ellos marginales y otros dos importantes:

a) En primer lugar, en el caso de daños producidos por empresas públicas, por las llamadas sociedades de ente público. Se trata de entes con personificación privada, que no son Administración. La vía de la jurisdicción civil es aquí la apropiada. Pero si antes hemos defendido que los entes con personalidad *pública* sí estarían sometidos al régimen de responsabilidad pública, el problema queda desplazado hacia otro planteamiento, por lo demás interesante: el de saber si la Administración es libre de configurar entes con personalidad pública o privada cuando no pretende asignarles potestades públicas, cuando se trata de entes competitivos. Dicho de otra manera, si la personalidad puede ser doblemente instrumental y traer como consecuencia adicional el cambio del régimen resarcitorio.

b) Es competente la jurisdicción civil cuando el daño derive de la actividad estrictamente privada y ajena al servicio del funcionario. El único problema que se plantea aquí es el de algunos casos límite

(51) La citada Disposición dice así: «La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de 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 relación con los centros privados concertados, creo que, en coherencia con lo que se dice luego a propósito de los concesionarios y contratistas, el precepto debe entenderse para cuando el dañado demanda a la Administración titular del servicio.

(singularmente la actividad de los miembros de las Fuerzas de Seguridad). Es decir, lo que a veces se discute con resultados dispares es la relación de causalidad y el tipo de imputación (riesgo), sobre lo que existen resoluciones judiciales contradictorias, algunas de las cuales acogen en estos casos también la responsabilidad de la Administración y la competencia de la jurisdicción contenciosa (52).

c) A mi juicio, la competencia de la jurisdicción civil no debe plantear dificultades —aunque sí problemas, que deberían encauzarse en sede legislativa— cuando la Administración tiene asegurada su actividad y el dañado se dirige contra la entidad aseguradora. El tema es actual e importante porque plantea la delicada cuestión de quién verifica *ab initio* la realidad del daño y su extensión. El problema podrá encauzarse parcialmente a través del contenido de las cláusulas del contrato, pero la acción directa que prevé el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro creo que no puede impedirse. Al refugiarse en la técnica aseguradora privada, la Administración no puede pretender evitar una consecuencia derivada de ella en garantía de las víctimas. La objeción de que ahora, tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el contrato de aseguramiento es un contrato administrativo de cuya conflictividad conocería la jurisdicción contenciosa no cambia esta conclusión. La calificación como administrativo de este tipo de contratos lo es sólo por razones instrumentales de publicidad y transparencia. Pero la relación entre el dañado y el asegurador sigue siendo privada. Cuestión distinta es que fuera deseable una regulación legal que evitara los problemas y derivaciones que estos asuntos están ya planteando (53). Una fórmula similar a la del artículo 123 de la Ley de Expropiación (actividad arbitral de la Administración) podría quizá ser apropiada.

d) Está, finalmente, el discutido tema de los daños producidos por los concesionarios y contratistas de la Administración. La doctrina general era y es la de que, como regla, la indemnización de dichos daños debe estar a cargo de los propios concesionarios y contratistas. Con alguna excepción: si el daño tiene su origen en cláusulas impuestas por la Administración que sean de ineludible cumplimiento, si es ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, si trae causa de vicios del eventual proyec-

(52) Cfr., por ejemplo, las SSTs. de lo contencioso-administrativo, de 25 de abril de 1986 (Arz. 2964), 27 de mayo de 1987 (Arz. 3488) y 15 de mayo de 1990 (Arz. 3817); todas ellas recogidas en el trabajo, ya citado, de J. BARCELONA, *Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales*, cit., págs. 367 ss.

(53) Cfr. en general, destacando esos problemas y con algunas propuestas, el ya citado trabajo de E. GAMERO, *Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*, con citas y referencias de otros trabajos sobre el mismo tema; en especial, págs. 368 ss.

to de obras elaborado por la Administración, y, todo lo más, en su puesto límite de responsabilidad por omisión. Salvo este último caso, así lo disponía la normativa expropiatoria (art. 121.2 LEF) y la legislación de contratos. Y así lo ratifica ahora el artículo 1.3 del RD 329/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad.

La Ley 30/1992 no se refiere a la responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración, por lo que, tras ella, seguía vigente la Ley de Expropiación, en cuyo artículo 123 se contemplaba un procedimiento absolutamente coherente porque en él se aunaban las dos alternativas posibles: que la responsabilidad fuera, por excepción, de la Administración o, como resulta de la regla general, del concesionario o contratista. Dicho procedimiento suponía una actividad arbitral de la Administración a quien se dirigiría el daño. Ella decide si hay responsabilidad y, en su caso, a quién corresponde pagarla. Y contra esa decisión el dañado o, según proceda, el concesionario o contratista podrían interponer recurso contencioso-administrativo.

La imposibilidad de residenciar la responsabilidad de la Administración en la jurisdicción civil a partir de 1992, y luego definitivamente después de la Ley Jurisdiccional de 1998, debería significar la recuperación de esta fórmula, muy poco usada, por lo demás, habida cuenta de que durante muchos años, como ya se ha indicado, ha sido del todo normal la demanda civil conjunta contra la Administración y el concesionario o contratista.

Sucede, sin embargo, que el artículo 98 de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene una fórmula que, manteniendo en lo esencial la responsabilidad del contratista y las excepciones ya indicadas, plantea el problema de la derogación implícita del artículo 123 de la Ley de Expropiación. El artículo 98.3 de la Ley de Contratos, en efecto, dice que los daños *podrán* dirigirse (ya no, como en la LEF, «*se dirigirán*») a la Administración para que ésta se pronuncie «sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad». Pero añade esta frase: «El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil». Las dudas se plantean, sobre todo, en torno a la derogación del citado artículo 123 LEF y en relación con la expresión «acción civil» del inciso final. La cuestión ha dado lugar a planteamientos controvertidos (54), pero, a

(54) Cfr. las diversas posiciones de F. PANTALEÓN (la referencia a la acción civil supone la competencia de la jurisdicción civil), P. L. SERRERA CONTRERAS (la referencia equivale a «acción indemnizatoria» compatible con la jurisdicción contenciosa), M. BELADIEZ (hay dualidad jurisdiccional), LEGUINA y EMBID (se mantiene inalterado el sistema

mi juicio, aun reconociendo lo confuso de la redacción y haya sido cual haya sido la pretensión del legislador de contratos, lo que sí creo que queda ahora claro es que la Administración no puede ser demandada civilmente, ni sola ni con el concesionario. Más dudoso es que se impida al dañado la demanda civil contra el concesionario/contratista. Nada parece impedirlo, aunque el demandante puede encontrarse con que se trate de uno de los supuestos excepcionales en que aquél no responde. Si esto fuese así, de ello se deduciría un sistema de doble opción para el dañado: la vía civil contra el contratista solo o la contencioso-administrativa contra la Administración y, en su caso, el contratista, en los términos de los artículos 2.e) LJ y 9.4 LOPJ (55).

7. Hay también la posibilidad de que la Administración sea condenada a pagar una indemnización en la vía penal. Así sucede cuando el daño se produzca mediando una actividad delictiva de una autoridad o funcionario que es procesado y condenado por ello. Si no hubiera con-

de reclamaciones proveniente de la LEF y de la Ley 30/1992). Véase también la nota siguiente.

(55) Coincido, pues, con M. BELADIEZ en la doble opción acción administrativa o civil. Cfr. *Responsabilidad e imputación...*, cit., págs. 227 ss. Discrepo en un punto con la autora (que escribe en 1997, antes de la LJ): cuando afirma que el particular, si opta por la acción civil, debe demandar también a la Administración. Tras la LJ de 1998 eso ya no es posible.

Cfr., también, Antonio EMBID IRUJO, *Los servicios públicos del agua: problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales*, en «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 9 (1997), págs. 38-39. Para EMBID —que coincide con M. BELADIEZ en que la Ley de Contratos no deroga el art. 123 de la Ley de Expropiación—, la referencia a la acción civil del artículo 98.3 LCAP significa «la plasmación dentro de la LCAP del origen del plazo del año», a que se refiere también el Código Civil, respecto de la acción de indemnización por daños. No cabe duda —añade— «de que contra la respuesta de la Administración sobre la petición de indemnización cabrá recurso contencioso-administrativo pudiendo legítimamente la jurisdicción contencioso-administrativa resolver cuantas pretensiones se formulen» (pág. 39). Para J. LEGUINA —con cita expresa de EMBID—, también se «mantiene inalterado el sistema de reclamaciones patrimoniales recibido de la LEF y de la Ley 30/1992» (Prólogo al citado libro de M. BELADIEZ, pág. 27).

Por mi parte, como se deduce del texto, estoy de acuerdo con la conclusión final reproducida del trabajo de A. EMBID (cabe recurso contencioso contra la respuesta de la Administración a la petición indemnizatoria). También con el hecho de que la jurisdicción civil no es la única competente. Es más, creo que no es ya *nunca* competente cuando se reclama a la Administración. Pero mantengo cierta discrepancia en relación al hecho de que sea obligado para el dañado —como parecía serlo antes, desde la lectura literal del art. 123 LEF— el requerimiento previo, que abriría posteriormente la puerta a la jurisdicción contenciosa. No hay una prohibición —como para los funcionarios—. Hay posibilidad, esto es, dualidad. Será su riesgo.

Las referencias a PANTALEÓN en trabajos ya citados aquí y en los de BELADIEZ y EMBID.

La intercambiabilidad e identificación entre «acción civil» de la Ley de Contratos y «acción indemnizatoria» para defender la compatibilidad de la referencia con la jurisdicción contencioso-administrativa, en el muy temprano trabajo del Abogado del Estado Pedro L. SERRERA CONTRERAS, *La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado*, en «Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 23 (1995), págs. 11-21, en especial pág. 17.

dena penal no puede haber en dicha vía condena a la Administración. Se abriría, pues, el plazo para reclamar en la vía administrativa desde el sobreseimiento o la absolución del funcionario encausado.

Si hay condena penal de la autoridad o empleado público por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos puede haber responsabilidad de las Administraciones Públicas (art. 121 del Código Penal). Pero dicha responsabilidad será subsidiaria y no directa, como proponía, con mejor razón, el Proyecto de Código Penal de 1992. Con mejor razón, digo, porque la solución del artículo 121 CP, que en este punto es la misma del Código Penal anterior, no evita al dañado todo género de inconvenientes y resulta criticable por cuanto la naturaleza de esa responsabilidad es la misma que cuando la Administración cubre directamente en vía administrativa, y sin perjuicio de la acción de regreso, una actividad dañosa (aunque no delictiva) del funcionario.

El Código Penal no menciona las faltas. Es decir, afirma que la responsabilidad subsidiaria de la Administración lo es sólo por «los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos» de las autoridades y funcionarios. Este «olvido» de las faltas parece que pretendía que los tribunales penales no pudieran pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración en casos de condena penal por faltas, para evitar que, ante la destacada lentitud de la justicia administrativa, se utilizara torticeramente la vía penal para lograr, en breve plazo, no tanto una condena penal cuanto una indemnización patrimonial. Los propios tribunales apuraban a veces la calificación de una conducta como constitutiva de delito o, sobre todo, de falta (de imprudencia, normalmente), para hacer derivar la responsabilidad civil y evitarle al dañado otro pleito, lo que se ha denominado el peregrinaje jurisdiccional. El «olvido» de las faltas trataría en cierto modo de proteger más a los funcionarios, en el sentido de desincentivar el uso de la vía penal con el exclusivo fin de obtener una condena indemnizatoria.

Sin embargo, aunque ese laudable propósito pueda ser compartido, el fundamento y la naturaleza de la responsabilidad de la Administración es la misma cuando cubre la actividad delictiva del funcionario que cuando lo hace sin mediar delito alguno. Por eso y para evitar el segundo pleito (en la vía administrativa y contencioso-administrativa) que sería necesario entablar a partir de la condena penal por falta, hay ya alguna sentencia que ha hecho una interpretación expansiva de la expresión delito (incluyendo en él a las faltas), para permitir la condena civil subsidiaria subsiguiente a una condena penal por falta (56).

(56) Cfr. en tal sentido la STS, Sala 2.ª, de 11 de enero de 1997 (Arz. 1127), cuya doctrina merece la pena retener. Después de pasar revista a los antecedentes del artículo 121,

Hay un dato más que conviene retener. El nuevo Código Penal, en el mismo artículo 121, dispone que «si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario». La utilización del condicional está presuponiendo que el dañado no ejercite la acción civil contra la Administración en el proceso penal y se dirija directamente contra ella en sede administrativa, donde aquélla responde siempre de forma directa. A esos efectos, la actual redacción del artículo 146.2 de la Ley 30/1992 resulta coherente, como inmediatamente señalo.

Antes me parece conveniente recordar que en uno de los Proyectos de Código Penal —el de 1992— se impedía que el juez penal se pronunciara en cualquier modo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, que debía ser pedida, necesariamente y en todo caso, en la vía del procedimiento y la justicia administrativa. Eso podría explicar un, en otro caso inexplicable, inciso del artículo 146.2 de la Ley 30/1992 según el cual la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no «interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos». Si, pues, el juez penal no iba a ser competente para pronunciarse en ningún sentido sobre la responsabilidad de la Administración, el plazo para pedirla debía contar desde los hechos y no desde el auto o sentencia penal que pusiera fin a la intervención del orden penal. Finalmente, no prosperó el texto del Proyecto de Código Penal de 1992, pero sí su absurdo correlato de la Ley 30/1992, que se tramitó en paralelo y que, en ausencia ya de la prohibición a que hacía referencia el texto penal, creo que carecía por completo de sentido. La reforma de la Ley 30/1992, llevada a cabo por la Ley 4/1999, ha suprimido esa limitación.

Así, pues, el plazo para reclamar en vía administrativa cuando media la intervención de la justicia penal comienza a partir del auto

que «corona los zigzagueantes trabajos prelegislativos desde el Proyecto de 1980», el FJ 7 dice: «el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código Penal, al igual que los anteriores ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo “delito” como sinónimo de infracción criminal. (...) En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también —desde la perspectiva de la responsabilidad subsidiaria— las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios». Concluye afirmando que la exégesis deberá practicarse precepto por precepto y teniendo en cuenta que «no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen en el Código Penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva, conforme a la línea seguida por el Tribunal Supremo para objetivar al máximo esa responsabilidad civil (...). No sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo “delito” en el artículo 121 del Código de 1995».

de sobreseimiento o la sentencia absolutoria. Lo que ahora queda en la Ley 30/1992 sí es coherente. El mencionado artículo 146.2 de la Ley 30/1992, tras la reforma, dice que «la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Pública no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan...»; lo cual, como digo, es coherente con el hecho de que el artículo 121 CP permita al dañado no exigir dicha responsabilidad en el proceso penal.

8. La Ley de reforma de la Ley 30/1992 incorpora una novedad sustancial: cuando la Administración haya indemnizado por hechos derivados de culpa o negligencia grave de sus autoridades y demás personal «exigirá de oficio» (y ya no «podrá exigir», como decía antes) la responsabilidad en expediente administrativo, que regula el RD 429/1993, de 26 de marzo (sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal). Esto es, el ejercicio de la acción de regreso se convierte teóricamente en obligatorio. Tan bienintencionado propósito choca, sin embargo, con algunas graves dificultades y con una tradición que hace que la citada acción —cuando no era obligada— apenas haya sido utilizada.

VI. TRES REFLEXIONES CONCLUSIVAS (SOBRE LA FUNCIÓN, LA LESIÓN Y LA IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA)

1. Como ya dije al principio, desde 1954 ha transcurrido casi medio siglo y han cambiado, afortunadamente, muchas cosas. En lo que hace a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aunque se ha modificado la normativa que inaugura el sistema, apenas ha cambiado su regulación y, menos, sus presupuestos. Lo que ha cambiado ha sido la actitud de los recurrentes y, con ello, el número de casos.

Ese crecimiento, unido a la propia amplitud objetiva del sistema y a su ambivalencia, ha propiciado una cierta sensación de inseguridad. Sensación quizá injustificada y, desde luego, no basada en datos reales, que por otra parte se desconocen. Pero sensación al fin, cierta y constatable. Y así, como digo, el aumento creciente de los asuntos; el incremento de las cuantías indemnizatorias; la reflexión de algún autor acerca de que el juez es la única autoridad que no tiene como límite el presupuesto y puede hacer de hecho mandamientos de pago superiores a él; algunas aisladas voces acerca de los límites del gasto público; los cada vez más frecuentes casos límite (daños sanitarios, supuestos de inactividad, algunos casos penales de condena subsi-

diaria a la Administración...) han propiciado cierta reacción y una reflexión doctrinal acerca del momento —el presente y el futuro— de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por mi parte, después de pasar revista al ayer y al hoy de la responsabilidad, terminaré este trabajo con algunas reflexiones un tanto asistemáticas y, desde luego, sin mayores pretensiones. Unas reflexiones en torno a tres cuestiones centrales del sistema: el papel de la responsabilidad y su función; el concepto mismo de lesión; y algunas derivaciones de los criterios de imputación y, en especial, sobre la necesidad de explicitar los parámetros de referencia en el caso del funcionamiento anormal.

2. La primera reflexión tiene que ver con la función de la responsabilidad en nuestro sistema. En realidad, en cualquier sistema jurídico. Esa función no es unívoca. Y es que la responsabilidad *pública* es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva.

La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. EISENMANN: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido —concluye— la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa» (57).

Pues bien, desde mi punto de vista, la responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper WEIL, André DEMICHEL...), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder. Al igual que sucede con la jurisdicción contencioso-administrativa —el otro pilar, según M. HAURIOU, del Derecho Administrativo—, la responsabilidad juega *también* un papel pedagógico adicional para la Admi-

(57) Ch. EISENMANN, *Le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes de droit public*, «JCP», 1949, I, págs. 742 ss., citado por S. MUÑOZ MACHADO al hilo de otra referencia de D. LOCHAK, «Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative (A la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation)», en el libro *Le Droit Administratif en mutation*, PUF, París, 1993, págs. 278 ss. En ambos casos, en el trabajo *Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria*, «Documentación Administrativa», 237-238, cit., pág. 273 (y en su libro *La responsabilidad civil concurrente...*, 2.ª ed., cit., pág. 307).

nistración. Esa función propedéutica, no obstante, sólo tiene aplicación en uno de los supuestos de imputación de la responsabilidad —el del funcionamiento anormal—, que, aunque no es el único, sí resulta ser el más destacado y frecuente. Esa función pedagógica supone, en bastantes casos, que la Administración *aprenda* cómo debe actuar en el futuro para evitar que sea condenada. En definitiva, la Administración debe poder lograr que no se la condene en el futuro si deja de actuar como ha actuado para generar el daño. Hay, pues, una dialéctica entre la decisión administrativa y la resolución judicial que no es exclusiva de este caso, sino, en general, de todo el contencioso-administrativo.

Y bien, desde los puntos de vista que acaban de apuntarse, la responsabilidad se sitúa en el centro de la posición constitucional de la Administración. No en vano el artículo 106.2 CE no está en el capítulo de los derechos, sino en el que regula el Gobierno y la Administración. La óptica de la gestión adquiriría así relevancia interpretativa. Relevancia que, sin necesidad de modificar o suprimir el carácter objetivo de nuestro sistema, podría plasmarse en la forma de acercarse *metodológicamente* —sobre todo desde el plano judicial— a la cuestión de la imputación imponiendo la exigencia de apurar primero y expresar en todo caso el supuesto del funcionamiento anormal.

En efecto, el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho.

A partir de este planteamiento, que no es incompatible sino complementario del criterio garantizador tradicional, se pueden abordar algunos de los problemas que tanto desde el plano ideológico como técnico y metodológico plantea hoy el instituto de la responsabilidad pública. Un instituto que no debe ser efectivamente considerado como un freno a la actividad pública, sino como un elemento de orden del sistema, un instrumento para configurar y modular la actuación administrativa y una pieza esencial de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos. Un principio constitucional que tiene, no obstante, una variada operatividad.

La responsabilidad es, pues, garantía (repara primariamente un

perjuicio), pero también elemento de control (ayuda a evitar daños futuros). Puede ser un seguro (de cobertura de ciertos riesgos relevantes) y, a veces también, el precio de unas políticas y de unas actuaciones administrativas (en términos expropiatorios o cuasiexpropiatorios) (58).

3. Entre nosotros, el sistema pivota sobre el concepto de lesión resarcible. En un sistema de responsabilidad objetivo, en efecto, el concepto de lesión y el criterio de la causalidad son las claves de bóveda y, por tanto, los elementos determinantes.

Pero ¿qué es lesión? Conforme al planteamiento doctrinal clásico, la lesión es un daño antijurídico, lo que hace surgir inmediatamente la pregunta de cuándo es antijurídico un daño. A ello se solía responder diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas de justificación en el productor del mismo, esto es, en la Administración. Las causas de justificación que impongan la obligación de tolerar el daño deben ser expresas y estar legalmente previstas, en cuyo caso el perjuicio no podrá ser tachado ya de antijurídico; no cabrá hablar, pues, de lesión.

La reforma de la Ley 30/1992 se ha creído obligada a reproducir este concepto y este planteamiento doctrinal: la lesión es un daño antijurídico, es el daño que el particular no está obligado a soportar de acuerdo con la Ley: «Sólo serán indemnizables —dice ahora el art. 141.1— las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.» Y surgen nuevas preguntas que no siempre conducen a una salida clara. Porque la imprecisa ambigüedad de la expresión plantea nuevas cuestiones: ¿cuáles son las causas justificativas que imponen el deber de soportar el daño y, en consecuencia, exoneran a su productor? Yo creo que la Ley, justamente, puede precisar cuándo no hay lesión, daño antijurídico, deber de soportar, se afirme como se afirme. Por ejemplo, el propio artículo 141.1 se refiere a ello cuando alude a los riesgos del progreso. Podrían también darse oros supuestos.

En todo caso, hay todavía una labor de profundización por hacer, porque la propia idea de «lesión», como digo, sugiere la previa existencia de un derecho o interés patrimonializado por el dañado. Un derecho o interés tutelado por el Derecho e integrado en el patrimonio económico y jurídico del sujeto lesionado que, si resulta afectado

(58) Cfr. también, sobre la responsabilidad-sanción, la responsabilidad-seguro y la responsabilidad-precio, S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente...*, cit., págs. 306 ss.

por la acción administrativa, genera el derecho a obtener una indemnización.

A partir de este enfoque, quizá habría que retomar la polémica de 1954. Cuando se aprobó la LEF se discutió, como ya he dicho, si era una Ley de coyuntura o si, por el contrario, la responsabilidad se regulaba en la Ley expropiatoria porque se trataba de una institución que estaba emparentada con la expropiación: en ambos casos se trataba de un daño, de una privación. Una privación querida en el caso de la expropiación y no querida —consecuencia marginal de la acción administrativa— en el supuesto de la responsabilidad.

Pues bien, si esto es así, cabría, en efecto, encuadrar la lesión desde la perspectiva expropiatoria de un derecho previamente integrado en el patrimonio del dañado; derecho que resulta afectado por una eventual acción o inacción de la Administración. En suma, para hablar de lesión en el sentido de la LEF habría que hablar antes de derechos e intereses. Lesión es daño; daño antijurídico, pero daño a un derecho o interés previamente existente, identificado e integrado en el patrimonio jurídico de la víctima. ¿Qué derecho y qué interés? Cualquiera, dice la Ley. Pero quizá, en primer lugar, un derecho implícito en la Constitución: el derecho al buen funcionamiento de una Administración cuya función es *servir* (art. 103 CE).

4. Este planteamiento nos conduce a la cuestión de la imputación. Si la función de la responsabilidad obedece al múltiple carácter de ser garantía, seguro, control y precio, más allá de los implícitos aspectos garantizadores, me interesa ahora la óptica del control y la del precio por una forma de actuar. La responsabilidad, desde estos puntos de vista, coadyuva al buen funcionamiento de la Administración y, aún más, conecta así el Derecho y la política. Pero si se trata de verificar el buen funcionamiento, la cuestión es quién y cómo definir las pautas del mismo.

El juez es quien condena. Y el juez, al condenar a la Administración, tiene necesaria e inconscientemente a la vista el *desideratum* de cómo debería ser la Administración. ¿Y cómo debe ser? No parece irrazonable pensar que es preferible que esas pautas estén ya prefijadas, preestablecidas de antemano. Que esas pautas vengan establecidas desde fuera. Desde la propia Administración o, en su caso, desde el legislador. Pautas que, al ser fijadas, han pasado por el tamiz de lo que se quiere y lo que se puede. Esto es, por los condicionantes políticos e ideológicos (lo que se quiere) y los condicionantes económicos (lo que se puede).

A eso debe apuntar la técnica de las llamadas Cartas de Servi-

cio (59) a que alude ahora el reciente RD 1259/1999, de 16 de julio, que incipientemente las regula, junto con los llamados premios a la calidad.

En ausencia de tales parámetros deberán ser deducidos de un procedimiento menos seguro, donde la prueba adquiriría un notable papel: el del estándar medio de los servicios públicos, e incluso privados, del país. Pautas que necesariamente deduciría el juez (60).

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

Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad

(59) S. MUÑOZ MACHADO, en un artículo periodístico de hace unos años (*Hacedores de reformas*, en «Diario 16» del 29 de enero de 1995), dio cuenta de varias iniciativas más o menos en este mismo sentido: el documento presentado en julio de 1991 por el primer ministro británico titulado «The citizen's charter (rising the standard)»; el presentado en marzo de 1992 por el ministro francés J. Soisson: «La charte des services publics»; el de la Presidencia del gobierno italiano, de 1994: «Carta di servizi pubblici»; o, en fin, el proyecto de Carta europea de los servicios públicos elaborado por el grupo socialista del Parlamento Europeo en abril de 1994.

(60) A. JIMÉNEZ BLANCO señala que «la jurisprudencia es la que debe fijar en cada momento el "standard" de funcionamiento anormal de los servicios públicos» (vid. «Responsabilidad administrativa por culpa "in vigilando" o "in ommittendo"», cit., pág. 906). Seguramente es inevitable que sea así, pero ello no obsta para propiciar que, en lo posible, ese estándar venga dado desde fuera, porque si no las pautas para fijar los criterios de la normalidad dependerán de las personales convicciones de cada juez. Ahí está el riesgo al que se refería A. NIETO hace ya casi veinte años: que los tribunales coloquen ficticiamente «los estándares de normalidad de los servicios a unos niveles desproporcionados con la calidad de los servicios del país» (Prólogo al libro de A. BLASCO, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 18).

de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración.

En algunos casos podría pretenderse que fuera el legislador quien, en la medida de lo posible, fijara pautas, criterios, reglas, principios orientadores, parámetros de calidad o de frecuencia que, en caso de incumplimiento, omisión o tardanza, y supuesta la existencia de lesión, pudieran constituir un punto de referencia más o menos seguro para los tribunales a la hora de determinar, allí donde sea posible, si hubo o no retraso, omisión o mala actuación administrativa. En otros casos la fijación del deseable criterio sería facultad de cada Administración —reglamentos internos, cartas de servicio, otras referencias semejantes (61)—, considerando sus opciones políticas y las técnicas de gestión y medición derivadas de la Ciencia de la Administración para determinar, por ejemplo, cuál es o debe ser el tiempo medio que, en función de la ciudad, el presupuesto y el despliegue de los servicios, tarda, tras un aviso, en llegar la policía, los bomberos u otros servicios de urgencia. El reglamento fijará, por ejemplo, cuántas veces hay que limpiar la alcantarilla, qué altura debe tener la verja, cuándo hay que revisar una instalación o inspeccionar una obra, cómo o dónde se debe señalizar una carretera, cuántos socorristas debe haber en la piscina, cuántas veces se debe vigilar a un enfermo... para exonerar o, al menos, reducir la responsabilidad. Va de suyo, sin embargo, que no se trata con esto de petrificar el Derecho y de que la óptica del caso concreto matizará o precisará exigencias e impondrá criterios interpretativos más afinados. Pero eso no excluye —desde este y otros muchos puntos de vista— la conveniencia de los estándares y criterios de referencia en el contexto de lo que el país es en todos los órdenes.

5. ¿Qué supone esto desde la óptica de la imputación? Pues que el punto de partida (como de hecho sucede en la realidad) debe ser el funcionamiento anormal, debiendo quedar explicitado dicho funcionamiento (esto es, su ausencia, su incorrección o su tardanza) en la sentencia, no sólo por razones de congruencia, sino a efectos de futuro (tanto para la Administración como para la vinculación posterior del juez).

(61) Un ejemplo podría ser la STS de 2 de marzo de 1987 (Arz. 3454), que hace deducir la responsabilidad por el retraso de unas obras públicas por referencia al plazo inicial de ejecución del contrato. Los recurrentes eran los comerciantes de la zona, a los que se les dice que no hay responsabilidad por los perjuicios que la obra indudablemente les irroga (luego les generará beneficios, dice el Tribunal), pero el retraso en su ejecución supone una anomalía que altera «el lógico equilibrio existente entre el período de tiempo razonable necesario para instalar un servicio y las ventajas que se esperan obtener de él; implica, por simple evidencia, una pérdida de legitimación en el actuar de la Administración...».

Desde esta perspectiva adquiere relevancia la faceta del control de la actividad administrativa mediante la técnica de los «estándares» (62), y el instituto resarcitorio, que es también principio de orden de la propia Administración, contribuye de ese modo a modelarla pues obliga a tener en cuenta las consecuencias patrimoniales de la mala o incorrecta actuación. En ese sentido, sirve al principio constitucional de la eficacia y se coloca, como he dicho, en el quicio de la propia concepción constitucional de las Administraciones Públicas.

Es obvio —repito— que la primera función de la responsabilidad consiste en reparar un perjuicio. Aunque pueda haber responsabilidad sin culpa, no hay, de hecho, responsabilidad sin perjuicio. Pero también he dicho que la responsabilidad es un elemento de orden de la propia Administración a la que contribuye a modelar. Al abordar una solicitud indemnizatoria, en el más frecuente supuesto del funcionamiento anormal, hay que aplicar un referente implícito acerca de cómo *debería ser* la Administración y la propia condena influye o *debería influir* en el modo ulterior de gestionar. La responsabilidad, pues, refleja y condiciona —o, mejor, debe condicionar— el modo concreto de organización y de actuación de la Administración.

De ahí la importancia de varias precisiones, algunas de las cuales nos apartan un poco del concreto tema de la imputación: *a)* Una, la necesidad ya explicada de que se le proporcionen al juez pautas sobre cómo debe ser la Administración. *b)* Dos, que para que la responsabilidad cumpla ese papel profiláctico su régimen y regulación no deben depender de las formas organizativas o de personificación que adopten las Administraciones Públicas. *c)* Tres, que, si procede la indemnización, no debe significar condenas meramente simbólicas porque, siendo el sustituto de la buena gestión, si la condena no es significativa, esto es, si el coste no es excesivo, puede suceder que se acepte pagar... a cambio de no tener que cambiar las pautas de conducta, el modo de actuar, la manera de gestionar o de organizar el servicio productor de los daños (63). *d)* Cuatro, que ello conduce a poner prioritariamente el acento en el llamado funcionamiento anormal de la Administración, esto es, en la incorrecta o tardía actividad administrativa, tanto si ese funcionamiento anormal es debido a una culpa personal como si resulta atribuible a una anónima y genérica «culpa» de la organización o del servicio. *e)* Y cinco, que desde estos puntos de vista la responsabilidad está en directa relación con los mecanismos de asistencia y seguri-

(62) Sobre esta técnica, en general, la responsabilidad por omisión, véase, por todos, M. GÓMEZ PUENTE, *Responsabilidad por inactividad de la Administración*, en «Documentación Administrativa», núm. 237-238, cit., págs. 144 ss.

(63) Cfr. en este sentido, también, A. DEMICHEL, *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, LGDJ, París, 1978, págs. 156 ss.

dad social, de modo que cuanto más amplios sean estos últimos, menos juego se le exige a la responsabilidad, pudiendo, como aquella, tener en los límites del Estado social su propia limitación económica y legal. Habría y hay, pues, en la práctica jurisprudencial supuestos que, sólo por un ambiguo y quizá no suficientemente debatido convencionalismo, cabría ubicar en el concreto tema de la responsabilidad.

Colocada en el centro de la concepción constitucional de la Administración, la responsabilidad aparece así como un correlato de la eficacia y apunta también a las dimensiones del Estado, las pautas de calidad en la prestación de los servicios, las exigencias del buen funcionamiento...

6. ¿Excluye este planteamiento el criterio del funcionamiento normal como forma de imputación? No necesariamente. Y, además, es un punto con el que legalmente hay que contar.

Pero un planteamiento de este tipo puede implicar, quizá, un cambio de perspectiva *metodológica*, como más atrás apuntaba. Ese cambio significaría la conveniencia de abordar los distintos criterios de imputación a semejanza de como se abordan los distintos vicios alegados de un acto administrativo. De mayor a menor. Así, alegada la existencia del vicio de desviación de poder de un acto, el juez no entra, por lo común, directamente en el análisis de su existencia. Normalmente, verifica primero si el acto es nulo por vicios sustantivos, formales, de incompetencia... Si llega a la conclusión de que lo es, lo anula y no suele entrar en el tema, más sutil, de la desviación de poder. Sólo cuando constata que el acto es formalmente correcto entra en el análisis de la eventual existencia del vicio de desviación de poder. Aquí podría adoptarse igual criterio cronológico de análisis. Un pequeño cambio metodológico según el cual procedería abordar siempre primero la verificación de si ha habido o no un funcionamiento anormal de la Administración. Sólo si no hay un funcionamiento anormal (personal o del servicio como tal) se entraría a verificar si hay funcionamiento normal indemnizable.

En tales casos, disponer de criterios de referencia previos es más complejo, pero no del todo imposible. Importa también aquí tener en cuenta cuáles son las funciones de la responsabilidad. Y si antes decía que es, sobre todo, garantía y control, ahora añadido que, como también se apuntó, la responsabilidad puede ser también seguro y precio. Seguro por el riesgo derivado de ciertas actuaciones inevitables e imprevisibles. Precio por el ejercicio legítimo de ciertas políticas. El riesgo relevante que hay que aceptar puede ser a veces explícito. El precio de la actividad remite a los daños expropiatorios o cuasiexpropiatorios.

Desde el punto de vista técnico, el centro de atención vuelve a ser el concepto de lesión y la relación de causalidad. No hay otros asideros.

Efectivamente, como aquí no se tiene el referente del derecho al buen funcionamiento, hay que identificar otros derechos o intereses «patrimonializados» que configuren la idea recurrente de lesión. Un derecho o interés *lesionado*, es decir, afectado, limitado por una eventual acción o inacción imputable a la Administración. Se vuelve, pues, a la idea del derecho preexistente lesionado: un derecho que debería ser más nítido y que, como tal, ha sufrido un detrimento. En esto coincido, creo, con la tesis expuesta hace algún tiempo por F. PANTALEÓN (si entendí bien: la indemnización por funcionamiento normal apela a los daños expropiatorios). Y es también la óptica de la excelente tesis doctoral de Javier GARCÍA DE PAADÍN (64), en cuyo Tribunal tuve el honor de estar el pasado verano. En la práctica, no es algo muy distinto de la teoría del sacrificio especial. Y no distorsiona la idea clásica de lesión. La afirma de otra manera. La precisa, quizá.

Estamos aquí muy cerca de la expropiación. Si hay indemnización es porque hay afección a un derecho, porque hay privación. La cuestión, más allá de algunos supuestos claros, consiste en identificar esos derechos o intereses previos afectados, lesionados, cuya limitación, supresión o expropiación no hay por qué soportar, si se quiere afirmar así. Identificar esos derechos es una tarea donde apenas se pueden dar ahora nuevos pasos. Identificar el riesgo relevante asumible podría ser uno de esos pasos. Pero, en todo caso, el cambio metodológico que supone abordar siempre, *explícitamente*, como cuestión previa, la existencia o no del funcionamiento anormal podría acaso suponer que se ha dado un pequeño avance hacia la deseable seguridad, hacia un criterio determinante —aunque no único— y más consolidado del sistema.

El otro aspecto a considerar en los casos de funcionamiento normal es el de la relación de causalidad adecuada; tema que se desvía ahora de estas apresuradas reflexiones, pero que es ya el último refugio de la exoneración o, si se quiere, el último valladar que hay que superar para que prospere la indemnización.

7. Hay que terminar ya. Expuesta la evolución del sistema, su regulación actual y sus características y elementos centrales, me he

(64) La tesis doctoral de J. GARCÍA DE PAADÍN se titula *Elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (lesión de derechos, nexo de causalidad y criterios de imputación)*, y se defendió en junio de 1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, ante un Tribunal presidido por el profesor F. GARRIDO FALLA e integrado por los profesores A. BLASCO ESTEVE, M. REBOLLO PUIG, J. DE LA CRUZ FERRER y yo mismo. El director de la memoria fue el profesor SANTAMARÍA PASTOR. Se trata de un trabajo académico que obtuvo la máxima calificación y que, a mi juicio, es excelente, ambicioso, denso y muy bien informado y construido.

permitido unas reflexiones adicionales sin más pretensiones que un esbozo de problemas aún abiertos.

Quedan muchas otras cuestiones técnicas concretas, algunas de las cuales se han apuntado ya. Las exclusiones del nuevo artículo 141.1 de la Ley 30/1992 y el concepto de Administración de que se parte; la aplicabilidad del sistema a la actividad privada de los entes públicos instrumentales; la muy importante cuestión de la imposibilidad de demandas civiles contra funcionarios; la dudosa operatividad de la acción de regreso obligatoria; el problema de los supuestos de ejercicio privado de funciones públicas; la responsabilidad de los órganos constitucionales del Estado; la cuestión de los concesionarios y contratistas de la Administración; el importante tema del aseguramiento privado de la actividad administrativa... Y otros aspectos que se alejan algo más, como la responsabilidad del juez y del Poder Judicial o las derivaciones del Derecho Comunitario; cuestiones sobre las que también existe una relativamente abundante bibliografía, que obvio en este momento.

Pero, más allá de esas cuestiones concretas, al final sobre lo que se discute es sobre el papel del Estado y la coherencia del sistema jurídico con ese papel y con el propio sistema económico. Más concretamente, un equilibrio entre el sistema de responsabilidad, las posibilidades de gestión, las dimensiones de lo público, las pautas de calidad y el propio sistema financiero y tributario. Aspectos todos ellos que invitan a recapacitar —y no sólo a los juristas— sobre las implicaciones de algunas previsiones normativas.

Todo ello apunta a un mundo apasionante que supera lo técnico, pero que hace del Derecho algo más que el simple juego de la interpretación formal. Porque, por ejemplo, si la responsabilidad incide en la gestión futura de los servicios, si supone incorporar ese dato a sus costes, si debe estar en relación con las dimensiones del sistema financiero, si tiene una proyección política, a lo mejor es necesario optar. Y esas opciones son políticas. Opciones sobre la intervención pública (65), la política funcionarial, los modos de gestión o, en tér-

(65) Un ejemplo: en la Ley 22/1984, de 2 de agosto, de ordenación del seguro privado, se preveía la inspección de las empresas aseguradoras, y en el artículo 22.2, reiterado luego por el artículo 42.2 del RD 1348/1985, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley, se establecía: «El ejercicio de las facultades de control no constituirá a la Administración del Estado en responsable por las actividades y operaciones de las entidades sujetas a control, salvo que el daño producido sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de conformidad con lo dispuesto en la legislación general.» El precepto es, ciertamente, equívoco, como lo calificó S. MARTÍN-RETORTILLO (*La empresa aseguradora: marco institucional de su ordenación administrativa*, en «REDA», núm. 50, 1986, págs. 165 ss.), y aclara más bien poco, pero apunta —sin resolverla— a una cuestión importante: la de saber cuándo el daño es imputable a la Administración y cuáles son los estándares de funcionamiento que excluyen la indemnización.

minos más concretos, la hoy obligada activación de la acción de regreso, prácticamente inédita al primar un sistema de responsabilidad que garantiza al dañado pero hace impune a la autoridad o funcionario —incluso cuando éstos son los causantes identificados del daño—, contribuyendo así a la perpetuación de las mismas prácticas que originaron la lesión...

Seguramente hay que introducir también un elemento de índole patrimonial a tener en cuenta a la hora de implantar un servicio y considerar la eventual responsabilidad como un coste financiero previsto y calculable. Quizá hay que postular un cambio en la manera de legislar, pasando de un Parlamento que «habilita» a un Legislativo que obliga y fija pautas o criterios mínimos de actuación.

Hay, pues, en todo sistema de responsabilidad elementos políticos que, aunque no sean explícitos, conviene no perder de vista para adecuar el mecanismo previsto a los fines que efectivamente se pretenden. Algunos de esos fines deben ser aflorados para introducir coherencia en la actuación administrativa, pero también en las demandas ciudadanas, de modo que no se les pidan a los Poderes públicos acciones contradictorias. Por ejemplo, abstenerse de vigilar y controlar la actividad civil y, al mismo tiempo, solicitar la ayuda o la responsabilidad por omisión cuando se producen daños derivados de esa misma actividad privada.

De ahí el significado central de la responsabilidad en la concepción constitucional de las Administraciones Públicas. De ahí también que, a mi juicio, el régimen de dicha responsabilidad no deba equipararse o confundirse con un sistema de asistencia social universal. Si se confunde, el resultado será más inseguridad y el correlato de que o no se aplica el régimen resarcitorio con todas sus consecuencias o, de aplicarse en su integridad, puede cuestionar sus propios condicionantes económicos. El sistema asistencial es diferente del régimen de responsabilidad, aunque mantenga con él una relación de vasos comunicantes: a más seguridad social, menos espacio social, cubre la responsabilidad.

Un ancho campo para la reflexión y el pensamiento. Y entre ese vasto mundo de dudas y certezas introduzco también, para acabar, un problema social, lo que el ensayista y filósofo Pascal BRUCKNER ha denominado «la tentación de la inocencia» (66). Pretender endosar la reparación de todos los males a un «tótem» estatal poderoso y

(66) Ese es el título de un, a mi juicio, muy interesante libro de BRUCKNER, *La tentación de la inocencia*, Anagrama, Barcelona, 1996. La edición francesa (*La tentation de l'inocence*) es de 1995. Véase, en especial, la segunda parte de este libro, bajo el rótulo genérico «Una sed de persecución», y, en particular, el capítulo titulado «La elección a través del sufrimiento», págs. 117-148.

malvado, al mismo tiempo que se reclama el repliegue total de dicho Estado (67). La inocencia y victimización del yo, frente a la responsabilidad universal del otro (68). Un tema que nos saca del Derecho. O que, quizá, nos mete más de lleno en él...

(67) Recuerdo ahora como referente una frase de DUEZ que citó J. LEGUINA hace muchos años: «La responsabilidad del poder público es hija del tiempo de las ideas intervencionistas» (cfr. *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1938, pág. 9, citado por J. LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, cit., 1970, pág. 30).

(68) El libro citado en la nota anterior comienza, así, con una cita-queja de CÉLINE, que el autor luego critica vivamente: «Todos los demás son culpables, salvo yo». Y, más allá, aparece esta reflexión del propio autor del libro referenciado, P. BRUCKNER: «Si basta con que a uno le traten de víctima para tener razón, todo el mundo se esforzará por ocupar esa posición gratificante» (pág. 134). Más adelante, después de apuntar la idea de que en muchas ocasiones más que de encontrar un daño se trata de hallar un patrimonio solvente al que imputarle aquél por remota que sea la relación, ejemplifica alguno de los temas tratados en uno de los ámbitos sensibles, el sanitario. Y dice: «En el ámbito de la salud, por ejemplo, ¿qué queda de la noción de riesgo —“el azar de contraer un mal con la esperanza, si salimos de él, de obtener un bien” (Condillac)— si toda eventualidad terapéutica ha de dar paso al derecho a una indemnización sistemática? ¿Cómo iniciar un tratamiento de alto riesgo si el enfermo instruye una demanda judicial en cuanto aparece la más mínima secuela o efecto negativo? ¿Cómo conciliar la obligación de los medios, la preocupación del paciente y la posibilidad de la innovación? ¿Cómo evitar la aparición de una medicina defensiva en la que el temor al litigio llevaría a renunciar a las técnicas punteras que implicaran algún peligro al particular o provocaría una disminución de determinadas vocaciones (como anestestas, reanimadores, cirujanos)? ¿Cómo, resumiendo, evitar una situación a la americana en la que el elevadísimo costo de las pólizas de seguros para los obstetras, expuestos a demandas judiciales de todo tipo, dispara el precio de los partos, que se vuelven prohibitivos...?» (págs. 135-36). «Tal es la paradoja de nuestra situación —dice el autor citado—: por un lado, el derecho a la reparación es aquí todavía embrionario, el margen de maniobra de la defensa muy restringido y el acceso a la justicia difícil para los desfavorecidos (...). Por otro lado, el derecho a la responsabilidad jurisprudencial podría arrastrarnos a determinados excesos de la sociedad americana precisamente cuando no gozamos de ninguna de sus ventajas. Ahí reside sin duda uno de los desafíos del futuro: *lograr en Francia* [que es de donde habla el autor] *la síntesis del espíritu republicano y de la democracia anglosajona*, cuando el derecho intervenga cada vez más como complemento de la acción política para compensar las injusticias donde ésta no llega» (págs. 137-138, lo destacado en el original).

Ejemplo entre nosotros de uno de los aspectos a que se refiere el autor podría ser la conocida —y muy comentada— STS de 14 de julio de 1991 (Arz. 5115). El caso del aneurisma correctamente operado que deja, no obstante, secuelas indemnizables a pesar de que la operación estaba dentro del ámbito de la *lex artis*, fue gratis y, además, le salvó la vida a la paciente. ¿Cuál era allí la «lesión», el daño antijurídico integrado en el patrimonio del sujeto que éste no tiene el deber de soportar? ¿Cómo es posible —dice F. PANTALEÓN al aludir a esta Sentencia— que se acabe respondiendo más intensamente por actividades no lucrativas que por las lucrativas, dado que si la paciente hubiera sido operada en un hospital privado éste no hubiera sido con seguridad condenado y, además, le habría cobrado el precio de la intervención?

En el aspecto técnico, la cuestión debatida aquí debería haber sido el concepto de lesión y la relación de causalidad. La Sentencia afirmó, no obstante, que «desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos» lo único relevante era la incidencia «de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social». Al comentar y criticar el fallo, yo mismo señalé que esa crítica «nada tiene que ver con la deseable amplitud de los regímenes de asistencia social, que pivotan también sobre las disponibilidades económicas porque, desde una óptica de política legislativa, probablemente es preferible adoptar un criterio asistencial que ampliar en vía de responsabilidad la cobertura de todas las secuelas, porque a la larga ello conduciría a limitar la prioritaria asistencia sanitaria» (cfr. *La responsabilidad...*, en «Documentación Administrativa», 237-38, cit., pág. 43; la cita de PANTALEÓN lo es de su trabajo *Los anteojos del civilista...*, en la misma Revista, pág. 244).

