

ENRIQUE RIVERO YSERN: *El daño en el Derecho Administrativo*, Porto, Juruá Editorial, 2018, 119 págs.

Tengo mucho gusto en escribir esta reseña del magnífico y provocador libro de Enrique Rivero Ysern, *El daño en el Derecho Administrativo*. Un libro escrito por un maestro del Derecho en el que se pone de relieve su profundo conocimiento del Derecho Romano, Civil, (constitucional), administrativo y, de una forma singular, su aguda capacidad de comparar ordenamientos jurídicos, con especial referencia al trascendental art. 41.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 8 de diciembre del año 2000.

Los que sabíamos que Enrique estaba trabajando desde hace tiempo en este tema central de nuestra disciplina esperábamos la monografía como agua de mayo. Primero, porque todo lo que escribe Enrique Rivero siempre ayuda a pensar. Y segundo, porque es un autor que se enfrenta a los problemas jurídicos desde el realismo y la verdad, algo que es muy de agradecer en unos tiempos en los que el pensamiento crítico y abierto brilla por su ausencia.

La responsabilidad es una categoría central del Derecho, como puede ser, por ejemplo, el acto jurídico o el contrato. Una categoría jurídica que, como sabemos, parte de un axioma incontrovertido: quien ocasiona un daño está obligado a repararlo, algo que se proyecta, como es lógico, en el Derecho Público y en el Derecho Privado. Por eso la Constitución española de 1978, que no se pronuncia sobre ningún modelo de responsabilidad, se limita, y no es poco, a señalar que «los particulares, en los términos, establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

La Constitución, pues, no se pronuncia sobre sistema alguno de responsabilidad, asunto que se deja a juicio del legislador, que desde 1956 ha seguido invariablemente el esquema del sistema objetivo, universal y directo, con las consecuencias que todos conocemos. Un sistema desconectado del derecho a la buena administración del que debemos disfrutar los ciudadanos, que tantas veces asistimos escandalizados a la farsa a que conduce tantas veces el esquema actual: nadie responde porque nadie puede responder. Ni quien ocasiona la lesión, cubierto por ese anónimo manto del dogma de la responsabilidad objetiva y por esa quimera del derecho de regreso, ni tampoco la autoridad, blindada a más no poder en la actual legislación administrativa desde hace décadas. Rectifico, claro que alguien responde, todos nosotros, los españoles de a pie, que año a año comprobamos cómo la Hacienda pública ha de hacer frente a copiosísimas indemnizaciones para hacer frente a las lesiones que causa el funcionamiento de los servicios públicos por diversas causas.

Enrique Rivero estudia a fondo estas cuestiones desde el Derecho Romano a nuestros días, analizando con especial lucidez las consecuencias del sistema de responsabilidad vigente en nuestro país, inclinándose, como es lógico, por una lectura sistemática del art. 41.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y contemplando esta institución desde la perspectiva de la propia Carta, entendiendo el derecho a la indemnización por daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos como un derecho derivado del fundamental a la buena Administración pública. En efecto, tal precepto dispone que forma parte del derecho a la buena administración el derecho, dice el citado precepto de la Carta Europea de «toda persona a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros».

Entender la responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado desde el derecho a la buena administración trae consigo consecuencias bien distintas que si contemplamos esta institución desde la necesidad de reparar un daño ocasionado a un patrimonio que no tiene la obligación de soportar. De ello se ocupa magistralmente Enrique Rivero en el libro que el lector tiene en sus manos, pone el acento en esta perspectiva y se plantea con toda razón la cuestión medular de la responsabilidad de las autoridades que no deben tener la posibilidad de dictar instrucciones a los funcionarios, sino la obligación de hacerlo, pues tal deber está en la entraña del principio constitucional de jerarquía que se ha desnaturalizado para liberar de responsabilidad a quienes más la tienen.

La realidad es la que es y por eso el sistema de responsabilidad universal, objetiva y directa no es real. Más bien, el sistema español, aunque objetivo en su formulación, no lo es tanto en su aplicación, pues como advierte Rivero Ysern y enfatiza Moreno Molina, la jurisprudencia nos ofrece ribetes culpabilísticos que no son más que la constatación de la proyección del modelo a la realidad y de la necesidad de proceder a un cambio sustancial atendiendo a la regulación europea y sobre todo teniendo en cuenta las sentencias de los tribunales, que cada vez ponen en tela de juicio el esquema objetivo.

Nos encontramos, pues, ante una cuestión de gran trascendencia, donde se ventilan intereses económicos cuantiosos que los juristas tenemos que analizar y estudiar con detenimiento porque mantener, contra viento y marea, como dogma el principio objetivo, directo y universal de la responsabilidad de la Administración pública, tal y como está planteado en nuestro derecho a partir de la Ley de expropiación forzosa de la década de los sesenta del siglo pasado, entraña problemas de entendimiento con los postulados del nuevo Derecho Administrativo que ha alumbrado la Constitución de 1978 entre nosotros. En este sentido, pienso que el Estado social y democrático de de-

recho no se compadece con este superblindaje que tienen los funcionarios, y sobre todo las autoridades, frente a los ciudadanos, como consecuencia del régimen actual. Es verdad, solo faltaría, que los ciudadanos tienen derecho a ser resarcidos de los daños que les produzcan, en sus bienes o derechos, las Administraciones públicas con su actuación, omisión, inactividad o a través de las vías de hecho u operaciones materiales, pero también ha de tenerse en cuenta que un régimen general como el actual fomenta una irresponsabilidad real condenada por el modelo del Estado constitucional.

Efectivamente, el sistema actual reclama reformas de calado, también si contemplamos este problema desde el derecho de la Unión Europea. En efecto, el art. 41.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales parece solicitar un Derecho Común europeo sobre responsabilidad pública que, a día de hoy, si estudiamos el Derecho español, italiano, francés o alemán, está *in fieri*, aunque si hubiera voluntad política no sería ni difícil ni complejo. Como es sabido, el sistema objetivo, directo y universal que tenemos en España desde hace varias décadas no coincide, en modo alguno, con los sistemas imperantes en numerosos países europeos, instalados sobre otros postulados más en consonancia con la idea aquiliana de la responsabilidad.

Si la perspectiva de análisis se torna más amplia y se contempla, junto a la lesión, su causa real, que es ordinariamente la conducta de las autoridades que dirigen o de los funcionarios que prestan sus servicios, entonces se podrían formular soluciones más acordes con un Derecho que ordena racionalmente los intereses generales, tal y como hace el profesor Rivero en su magnífica monografía.

El sistema actual, en crisis, demanda, como acertadamente reclama el profesor Rivero Ysern, la construcción de un nuevo modelo de responsabilidad administrativa, máxime cuando el mercado común, la libre competencia y la profundización de la integración supranacional exigen la aproximación de los sistemas de responsabilidad administrativa de los distintos países miembros de la Unión Europea.

Por otra parte, como también postula Enrique Rivero, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 41.3, no hace más que confirmar lo apuntado. En este sentido, se hace preciso corregir el excesivo alcance, generalidad y uniformidad de nuestro sistema, adaptándolo a las nuevas exigencias, de todo tipo, del siglo XXI.

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos, en relación con la Administración pública, aprobada por el Centro Latinoamericano de la Administración para el Desarrollo (CLAD) el 10 de octubre de 2010, reconoce el derecho fundamental de la persona a la buena Administración pública y sus derechos componentes. En este sentido, el preámbulo de la Carta dispone que «el Estado Social y Democrático de De-

recho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. En efecto, la Administración Pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez». Es decir, este derecho humano reclama una concreta forma de actuación administrativa caracterizada precisamente por la promoción de la dignidad humana, marco en el que el respeto a los bienes y derechos de las personas sea la principal expresión de ese servicio objetivo al interés general.

Tal y como sigue diciendo el preámbulo de la Carta, «en el marco del complejo Gobierno-Administración Pública, núcleo en el que se realiza la definición e implementación de las políticas públicas propias del Poder Ejecutivo, ha ido cobrando especial relieve en los últimos tiempos la obligación de las instancias públicas de proceder a una buena Administración Pública, aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable».

Merece la pena subrayar, para que se comprenda el alcance de esta nueva forma de entender el Derecho Administrativo, que, como señala el preámbulo de la Carta, «es de la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones Públicas hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, es inherente al ser humano, que el Gobierno y la Administración del interés general se realice en forma que sobresalga la dignidad y todos los derechos fundamentales del ciudadano».

La Carta consta de principios en los que descansa el derecho fundamental de la persona a la buena Administración. Entre ellos se encuentra el «principio de servicio objetivo a los ciudadanos, que se proyecta a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública, sean expresas, tácitas, presuntas, materiales —incluyendo la inactividad u omisión— y se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que habrá de promover y

facilitar permanentemente. La Administración Pública y sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable». Es decir, la Administración pública debe actuar con exquisito respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Y, no solo eso, de acuerdo con el «principio promocional de los poderes públicos se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana».

Además, «en virtud del principio de responsabilidad, la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente».

Desde el punto de vista del derecho fundamental a la buena Administración pública, encontramos en la Carta Iberoamericana «el derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo. Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización en plazo razonable por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, en los casos en que así se determine de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente, podrán demandar, ante la Administración y/o ante los Jueces o Tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones».

En esta Carta, pues, se reconoce un sistema en el que es esencial la exigencia de responsabilidad de las personas al servicio de las Administraciones públicas, autoridades o funcionarios, cada uno en función de la posición jurídica que les atribuya el ordenamiento. Pienso que al profesor Enrique Rivero le agradecería que entre nosotros tuviéramos un sistema parecido en el que la buena administración fuera el elemento fundamental del esquema de responsabilidad patrimonial.

Para terminar, una reflexión al hilo de las últimas consideraciones del profesor Enrique Rivero Ysern. Hoy, mal que nos pese, los expedientes de responsabilidad patrimonial crecen exponencialmente. No hay más que leer la memoria del Consejo de Estado o de los consejos equivalentes de las comunidades autónomas. Por eso, si aumentan las lesiones o los daños provocados

por el funcionamiento de los servicios públicos y si estamos convencidos de que existe un genuino derecho fundamental a una buena administración, entonces debemos buscar soluciones en las que la Administración pública actúe con mayor diligencia y, para ello, como reclama el profesor Rivero, articular un sistema de prevención administrativa de daños. Si se quiere hacer se puede, es cuestión de voluntad política y, por encima de todo, de tener bien claro que el centro del derecho es la dignidad humana, no los privilegios y prerrogativas de unas autoridades que se han beneficiado durante bastante tiempo de un régimen que hemos tenido que pagar el conjunto de los ciudadanos. El interés general y la dignidad humana, como señala Rivero Ysern, exigen nuevas soluciones.

Jaime Rodríguez-Arana
Universidad de A Coruña