LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

HACIA UN NUEVO SISTEMA

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA
LUIS DÍEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

ORIOL MIR PUIGPELAT

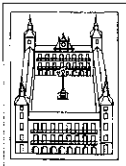
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

HACIA UN NUEVO SISTEMA

Prólogo de
Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

CIVITAS

Primera edición, 2002



CIVITAS

PATROCINA LA REVISIÓN DEL LÉXICO JURÍDICO DEL **DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2002, by Oriol Mir Puigpelat
Civitas Ediciones, S. L.
Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)
ISBN: 84-470-1715-X
Depósito legal: M. 52.859-2001
Compuesto en A. G. Cuesta, S. A.
Printed in Spain - Impreso en España
por Gráficas Rogar, S. A. Navalcarnero (Madrid)

Para ti, Susana, cómo no

ÍNDICE

Nota previa 13

Abreviaturas 15

Prólogo 19

Capítulo primero. El problema 29

1. La polémica. Críticas y defensas del sistema vigente de responsabilidad patrimonial de la Administración española 29
2. La evolución normativa: de la irresponsabilidad a la responsabilidad objetiva de la Administración española. La evolución doctrinal: de la interpretación tradicional a la efectuada por Pantaleón. El cambio de contexto sociopolítico 37
3. Objeto de estudio. Hacia una aproximación de los sistemas de responsabilidad administrativa de los Estados miembros de la Unión Europea 65
4. Plan 69

Capítulo segundo. Delimitación de derechos, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración . 71

1. La estrecha vinculación existente entre la delimitación de derechos, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración. El ejemplo alemán 72
2. Delimitación de derechos y expropiación forzosa 84
   - 2.1. *En Alemania, con anterioridad a 1981* 86
   - 2.2. *En Italia* 89
   - 2.3. *En España* 94
   - 2.4. *La conveniencia de una nueva distinción. La jurisprudencia del BVerfG* 108
3. Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración 119
4. Recapitulación. Algunos ejemplos 127

Capítulo tercero. Las funciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración 131

1. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, EN GENERAL 131
2. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, EN PARTICULAR 143

Capítulo cuarto. La excesiva amplitud del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia una responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos 153

1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SU FUNDAMENTACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DE DAÑOS 154
   - 1.1. *Breve panorámica sobre la evolución de la responsabilidad objetiva en el Derecho civil* 154
   - 1.2. *Los argumentos suministrados por la doctrina civilista en favor de la responsabilidad objetiva* 165
2. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SU FUNDAMENTACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO DE DAÑOS 177
   - 2.1. *La responsabilidad objetiva de la Administración en Derecho comparado* 177
     - 2.1.1. Italia 177
     - 2.1.2. Alemania 178
     - 2.1.3. Francia 181
   - 2.2. *Los argumentos suministrados por la doctrina administrativista a favor de la responsabilidad objetiva* .. 186
3. POR QUÉ NO PUEDE SEGUIR SOSTENIÉNDOSE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN 196
   - 3.1. *La responsabilidad objetiva no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa en Derecho civil* 197
   - 3.2. *La responsabilidad objetiva global de la Administración no existe en los países de nuestro entorno. La necesidad de acercar el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración a los sistemas de responsabilidad administrativa del resto de Estados miembros de la Unión Europea* 199
   - 3.3. *El criterio del riesgo especial no justifica una responsabilidad objetiva global de la Administración* 204

3.4. *No procede equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares (el criterio del beneficio no justifica la responsabilidad objetiva global de la Administración)* 204
3.5. *El principio de igualdad ante las cargas públicas no justifica la responsabilidad objetiva global de la Administración* 209
3.6. *El principio de garantía patrimonial de los administrados no puede justificar la responsabilidad objetiva global de la Administración* 211
3.7. *El artículo 106.2 CE no impone la responsabilidad objetiva global de la Administración española* 215
3.8. *La responsabilidad objetiva global de la Administración constituye un subsidio a las compañías aseguradoras privadas* 223
3.9. *La responsabilidad objetiva global de la Administración es insostenible económicamente. La responsabilidad patrimonial no puede erigirse en el criterio determinante del volumen de actuación de las Administraciones públicas* 228
3.10. *La responsabilidad objetiva global no satisface adecuadamente la función de control que corresponde a la responsabilidad civil de las Administraciones públicas* . 238
3.11. *La responsabilidad civil no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad social: la función redistributiva no corresponde a la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino a instituciones distintas, como la seguridad social* 242

4. EN QUÉ MEDIDA CONVIENE LIMITAR EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA .. 252
4.1. *El funcionamiento anormal de los servicios públicos como regla general. Su positivación en una cláusula general de responsabilidad* 254
4.2. *La anormalidad como culpa objetiva. Cómo definir el modelo de conducta de la Administración: estándares normativos de actuación administrativa y cláusula general de diligencia. Utilidad —relativa— de las cartas de servicios* 256
4.3. *Anormalidad y teoría de la imputación objetiva* 280

5. RECAPITULACIÓN 284

Capítulo quinto. La excesiva generalidad y uniformidad del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un sistema más preciso y articulado de responsabilidad administrativa 287

1. LA EXCESIVA GENERALIDAD DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 288
   1.1. *Peligros de un sistema de responsabilidad administrativa excesivamente genérico y que conceda demasiado protagonismo al juez* 288
   1.2. *Posibles soluciones. Hacia un sistema de responsabilidad más preciso* 302

2. LA EXCESIVA UNIFORMIDAD DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 308
   2.1. *La necesidad de un sistema articulado de responsabilidad administrativa* 308
   2.2. *Algunos ejemplos sectoriales* 311
      2.2.1. Responsabilidad por actos administrativos .. 311
      2.2.2. Asistencia sanitaria 330
      2.2.3. Fuerzas y cuerpos de seguridad 340
   2.3. *Sistema de responsabilidad y Comunidades autónomas. ¿Hacia un sistema* fragmentado *de responsabilidad patrimonial de la Administración?* 344

Ocho conclusiones y una reflexión final 351

Jurisprudencia citada 357

Bibliografía citada 361

NOTA PREVIA

El presente libro tiene su origen en la tesis doctoral que defendí el 30 de marzo de 2001, en la Universidad de Bolonia, ante un tribunal compuesto por los Profesores Dres. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, Alberto ROMANO, Giancandido DE MARTIN y Luciano VANDELLI. A todos ellos agradezco sus valiosas observaciones. Al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA le agradezco además enormemente su disposición a prologar este libro; es para mí un motivo de verdadera satisfacción que uno de los mayores juristas españoles del siglo XX, punto de referencia ineludible, además, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, se haya interesado hasta ese punto por mi trabajo.

Las menos de cuatrocientas páginas que el lector tiene en sus manos no habrían sido posibles sin el apoyo y el estímulo de muchas personas: los compañeros y amigos de la *Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica* de Bolonia (SPISA), del Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona y del Real Colegio de España en Bolonia. Agradezco especialmente el ejemplo humano, académico e inelectual que han representado para mí el Rector del Real Colegio de España en Bolonia, Excm. Sr. José Guillermo GARCÍA-VALDECASAS, y los Profesores Dres. Marco CAMMELI, Luciano VANDELLI (Catedráticos de Derecho Administrativo de la Universidad de Bolonia y miembros de la SPISA), Pablo SALVADOR CODERCH (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona) y Tomàs FONT I LLOVET (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona), mi maestro, con quien cada día que pasa aumenta mi deuda de gratitud.

Mi gratitud más profunda la destino a mis padres, Santiago MIR PUIG y Francesca PUIGPELAT. Este libro trata de corresponder su ejemplo como padres y como universitarios. Las palabras no bastan para agradecer a Susana su apoyo

constante, su paciencia infinita, su ternura en los momentos difíciles.

* * *

El presente trabajo, elaborado en el marco del Proyecto DGESIC PB97-0910, con el apoyo del Departament d'Universitats, Recerca i Societat de la Informació de la Generalitat de Cataluña, ha sido finalizado en el mes de julio de 2001.

ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores varios.
ADC	*Anuario de Derecho Civil.*
AJA	*Actualidad Jurídica Aranzadi.*
Annales Budap.	*Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis. Sectio iuridica.*
AöR	*Archiv des öffentlichen Rechts.*
Ar.	Marginal de los distintos repertorios de jurisprudencia de la editorial Aranzadi.
Arch. philos. droit	*Archives de philosophie du droit.*
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Código civil alemán de 1900).
BGH	*Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán).
BVerfG	*Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemán).
BVerfGE	*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.*
CC	Código civil español de 1889.
CC (it.)	Código civil italiano de 1942.
CE	Constitución española de 1978.
CI	Constitución italiana de 1948.
DA	Disposición adicional.
DA	*Documentación Administrativa.*
DD. TT.	Disposiciones transitorias.
DF	Disposición final.
D-Ley	Real Decreto-Ley.
Dir. amm.	*Diritto amministrativo.*
Dir. pubbl.	*Diritto Pubblico.*
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DÖV	*Die Öffentliche Verwaltung.*
DPCM	Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (italiano).
Droits	*Droits. Revue française de théorie juridique.*
DT	Disposición transitoria.
Europa e dir. priv.	*Europa e diritto privato.*
FJ	Fundamento jurídico.

Foro it.	*Il Foro italiano.*
GenTG	*Gesetz zur Regelung von Fragen der Gentechnik (Gentechnikgesetz)* (Ley alemana de técnica genética de 20 de junio de 1990).
GG	*Grundgesetz* (Ley Fundamental de Bonn de 1949).
Giur cost.	*Giurisprudenza costituzionale.*
Harv. L. Rev.	*Harvard Law Review.*
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud.
JA	*Justicia Administrativa.*
J. Leg. Studies	*The Journal of Legal Studies.*
Jus	*Jus. Rivista di scienze giuridiche.*
JZ	*Juristenzeitung.*
LA (1985)	Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas.
LC	Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.
LCAP	Ley de contratos de las Administraciones públicas; texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.
LEF	Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954.
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa.
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOPJ	Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LRJAE	Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado; texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.
LRPD	Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.
LRSCVM	Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo.

Mondo Giudiz.	*Il Mondo Giudiziario.*
Pol. dir.	*Politica del diritto.*
RAnAP	*Revista Andaluza de Administración Pública.*
RArAP	*Revista Aragonesa de Administración Pública.*
RAP	*Revista de Administración Pública.*
RCEC	*Revista del Centro de Estudios Constitucionales.*
RCS	Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado.
RDM	*Revista de Derecho Mercantil.*
REDA	*Revista Española de Derecho Administrativo.*
REF	Reglamento de la Ley de expropiación forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957.
Reg. e gov. loc.	*Regione e governo locale.*
Rev. trim. dr. civ.	*Revue trimestrielle de droit civil.*
Riv. crit. dir. priv.	*Rivista critica del diritto privato.*
Riv. trim. dir. pubbl.	*Rivista trimestrale di diritto pubblico.*
RJC	*Revista Jurídica de Catalunya.*
RRP	Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.
RVAP	*Revista Vasca de Administración Pública.*
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
StHG	*Staatshaftungsgesetz* (Ley alemana de responsabilidad de la Administración de 26 de junio de 1981).
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957.
Va. L. Rev.	*Virginia Law Review.*

PRÓLOGO

Tuve la fortuna de formar parte del Tribunal que enjuició esta obra como tesis doctoral de ricerca *o investigación en la Universidad de Bolonia, a principios de este mismo año, juicio que, por consenso entre los profesores italianos y españoles que nos reunimos para valorarla, llevó a la calificación máxima que las normas aplicables prevén.*

Ahora releo la obra en pruebas, tras las correcciones finales del autor, y debo confirmar sin vacilación la justicia de dicho juicio. Estamos ante una obra de primer orden, llamada a ejercer una influencia importante en nuestro Derecho, tanto, probablemente, en el plano legislativo como, desde luego, en el jurisprudencial. Acredita y justifica que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como está siendo aplicado, no es objetivamente sostenible y precisa de una urgente rectificación.

La crítica pormenorizada y bien fundamentada, con la pausa y la atención cuidadosa de un trabajo científico perfectamente construido, me parece brillante y convincente.

Como quiera que yo mismo he jugado algún papel en la instauración, primero, en trabajos prelegislativos, y en el desarrollo ulterior (aquí ya como mero expositor e intérprete del sistema legal) del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestra patria, me creo obligado a dar una justificación de ese juicio positivo en favor de una rectificación del sistema, que este libro pretende. Fui miembro, en efecto, de la Comisión que redactó el Anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa, que pasó a ser la Ley de 16 de diciembre de 1954, que es el lugar donde esa responsabilidad patrimonial de la Administración tuvo entrada por vez primera en nuestro Derecho (en el número 156 de Revista de Administración Pública, *diciembre de 2001, publico con el título «La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después», una referencia al trabajo de esa Comisión).*

Debo decir, por de pronto, que en el ánimo de quienes redactamos el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa,

como en el de quienes, en general, después hemos expuesto el régimen vigente, hoy regulado en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público, incluso, como está ocurriendo en la jurisprudencia desde hace no mucho, sin ninguna intervención de la Administración o de sus agentes, sino del legislador mismo, representante de la voluntad general. Es un hecho, en definitiva, que la jurisprudencia ha ido extendiendo el ámbito de la responsabilidad de la Administración en términos que, por de pronto, resultan singulares respecto de todos los países occidentales, y que encuentran, además, dificultad de explicación dogmática en bastantes casos y, finalmente, que comienzan a pesar ya de manera seria sobre las finanzas públicas.

Si consultamos la exposición inicial que yo mismo hice al año siguiente de la Ley de Expropiación (en el libro Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, *1956, reimpresión en 1984 y posteriormente; pero esta obra recoge casi íntegra la versión que ya había hecho un año antes en* Anuario de Derecho Civil, *VIII, 1955, pp. 1023 y ss., con el título de «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa»), será fácil ver que, al menos según mi versión, no se pretendió tal cosa, en modo alguno. Se habla allí expresamente de que la causa de la responsabilidad ha de ser siempre un «perjuicio antijurídico», sólo que intentando desplazar la nota de la antijuridicidad desde la conducta del agente (que es la construcción característica de la tradicional doctrina de la culpa) a la perspectiva del patrimonio del dañado. De esta tesis, que se repite en el* Curso de Derecho Administrativo *del que somos autores Tomás Ramón Fernández y yo mismo (tomo II, 7.ª ed., pp. 373 y ss., cuando se habían producido las críticas que el sistema había merecido ya del civilista Fernando Pantaleón y aun de administrativistas como Luis Martín Rebollo, que se mencionan expresamente), se dice que, bien interpretada, puede contribuir a despejar «equívocos, excesos y malen-*

tendidos que han venido a proyectar una cierta sombra sobre el sistema legal en estos últimos años»; reconocemos sin escrúpulos, sin embargo, en el mismo lugar, que acaso «a esos equívocos y malentendidos hayan contribuido algunas afirmaciones nuestras, que formulamos en términos demasiado rotundos en ediciones anteriores de esta obra» [1].

Esa nota de la antijuridicidad del daño ha intentado explicarse con el concepto (propuesto ya en Los principios, *cit., pp. 176 y ss.) de perjuicio que el dañado «no tiene el deber jurídico de soportar», concepto que terminó pasando, ya tardíamente, a la Ley 30/1992, artículo 141.1. En este concepto (que, por lo demás, es bastante común en la doctrina civil italiana, donde parece estar viviendo, sobre la base del art. 2.043 del* Codice Civile —danno ingiusto—, *sin dificultades apreciables), es, quizás, en el que ha tropezado más a menudo la jurisprudencia, que, a veces (por ejemplo, en más de una de las sentencias que han dado lugar a la insólita extensión de la responsabilidad*

---

[1] Quizás convenga aclarar que con el epígrafe «La configuración directa y objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración» (pp. 373-375) no se está aludiendo en el citado *Curso* al carácter «objetivo» de esta responsabilidad, en el sentido general con el que suele distinguirse de la responsabilidad por culpa, sino a esa nota de la antijuridicidad del daño que se entiende fundamentada en el principio «de protección y garantía del patrimonio de la víctima... frente a todo daño no buscado, no querido ni merecido por la persona lesionada que, sin embargo, resulte de la acción administrativa». Se está aludiendo a la regla, en efecto «objetiva», de que la lesión no se entiende producida sino cuando el dañado «no tenga el deber jurídico de soportarlo» y resulte posible imputarlo a la acción de la Administración en los términos a que luego nos referiremos. El carácter objetivo se predica de la antijuridicidad del daño, pues, en un sentido análogo al que los penalistas califican de objetiva (y no coincidente necesariamente con la conducta del agente) la antijuridicidad penal. *Vid.*, por ejemplo, R. DELL'ANDRO, voz *Antigiuridicità* en *Enciclopedia del Diritto* de Giuffrè, tomo II, 1958, pp. 543 y ss. Y en nuestra bibliografía, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, I, 1977, p. 327. Sobre este tema ha insistido especialmente J. LEGUINA, en su libro *La responsabilidad civil de la Administración pública*, 1970, en su artículo en *REDA*, 23 (1979) y aun en su más reciente comentario a los artículos 139 y ss. de *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, en el libro de este nombre dirigido por él y por M. SÁNCHEZ MORÓN, 1993.

por hecho del legislador) [2] *interpreta libremente desde criterios de equidad, o que (en el caso de los daños de los servicios sanitarios, por ejemplo) se ha referido a veces a una situación socialmente deseable desde criterios morales o desiderativos de protección social. La idea de cargas generales, o la determinación de sobre quién debe (jurídicamente, en sus eventuales consecuencias dañosas) recaer el riesgo de la insuficiencia o de la novedad de ciertas técnicas, cuya rápida inclusión en los servicios sanitarios no se hace en beneficio de la Administración (por lo cual no podría invocarse la causa de imputación del riesgo creado en beneficio propio), sino de los enfermos mismos* [3]*, habrían debido bastar para depurar la mayoría de las disfuncionalidades apreciadas en la aplicación legal.*

Pero hay una segunda precisión que estamos manteniendo desde la explicación inicial de 1955-56 hasta las versiones últimas del citado Curso II, *y que tampoco fue recogida, ni aun tardíamente, por las formulaciones legales: es inexcusable la concurrencia de alguna «causa de imputación», que «no pueden reducirse a un canon unitario, y es aquí donde se inserta la rica casuística que alimenta todo régimen de responsabilidad» (*Los principios, *p. 204; destacamos esa alusión a la necesaria casuística, que excluye cualquier aplicación lineal y absoluta). En concreto, en esos dos lugares tipificamos tres causas específicas de*

---

[2] Ya en el citado viejo libro *Los principios de la nueva LEF*, p. 191, se decía: «Definiendo la Ley el ámbito de lo jurídico positivo, mal puede imputarse a sus efectos un perjuicio antijurídico. Los perjuicios derivados de las Leyes son cargas legales y no daños». Sobre los problemas de la responsabilidad del Estado legislador, alentada por un sector doctrinal que considera esta línea jurisprudencial un elogiable progreso, espero publicar en breve un trabajo crítico.

[3] Como es sabido, el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 se ha visto obligado a precisar ahora, para evitar nuevos equívocos, que «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos». Es, por cierto, a la vez, un *standard* de diligencia obligada para los servicios públicos, que esta obra pretende que se especifiquen para todos y cada uno de los sectores administrativos, y especialmente exigente: todos los servicios habrán de seguir el variable estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica; no hacerlo así les será reprochable.

*imputación: primera, la realización directa y legítima del daño por la Administración cuando incide sobre un patrimonio que no estaba previamente obligado a soportarlo en sus consecuencias económicas (y aquí se citan: daños derivados de la construcción de obras públicas y los causados por la represión de desórdenes o calamidades públicas, en los dos supuestos sin que se haya producido ninguna falta de la Administración, así como por actos no fiscalizables en vía contencioso-administrativa, como recogió más tarde la Ley Jurisdiccional de 1956, art. 2.*b). *Segunda causa de imputación: la actuación ilícita de la Administración, aunque fuese imputable subjetivamente al agente (cuya culpa asume la Administración como organización responsable* ad extra*): es el supuesto típico del «funcionamiento anormal de los servicios». Y, finalmente, en tercer lugar, los casos de «riesgo creado por la Administración», que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de ese riesgo a que la Administración ha sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos. Sólo en este último supuesto podría hablarse de la imputación de una responsabilidad objetiva, pero estrictamente limitada a ese supuesto específico de «riesgo creado por la Administración», no, pues, a cualquier riesgo imaginable, criticándose expresamente la supuesta «responsabilidad por riesgo generalizado» o de «socialización del riesgo» propuesta por Duguit, que sería la fórmula máxima; se citan como ejemplos los daños por ejercicios militares; accidentes de trabajo de los servidores públicos (como desde hace más de un siglo tienen los trabajadores privados), explosión de polvorines o de barcos y accidentes de vehículos públicos. Se añadía aún una cuarta causa, la del enriquecimiento sin causa, pero se han objetado a ella razones dogmáticas para no incluir el supuesto en la técnica de la responsabilidad, razones que es posible que deban ser atendidas; en cualquier caso, el supuesto sigue siendo específico y no indeterminado y en modo alguno legitima responsabilidades «objetivas». Podrán formularse, sin duda, objeciones a esos cuatro supuestos de imputación, pero no creo que de ellos pueda inferirse una generalización de la técnica de la responsabilidad hacia resultados de una objetivización general de ésta.*

Ahora bien, es un hecho que, aunque en la gran mayoría de los casos, como el autor de este libro bien subraya, el manejo del

sistema se ha hecho sobre el supuesto característico del funcionamiento anormal *del servicio, la formulación legal, seguramente demasiado abstrusa, puede dar lugar, como la experiencia ha demostrado, a resultados excesivos, desde los cuales resulta razonable, incluso necesaria, la propuesta de este libro, que postula abiertamente un cambio de la misma. Las precisiones con que intentamos dar una significación técnica a la inespecífica fórmula legal son, en definitiva, precisiones doctrinales, que ni la Ley ni los Reglamentos y ni siquiera la jurisprudencia en su amplitud hizo suyos. La verdad es que lo abstracto y poco preciso de la fórmula legal se hizo por la Comisión redactora de la Ley de 1954 para hacer pasar más fácilmente la verdaderamente original novedad de incluir en una Ley de Expropiación Forzosa una ruptura abierta a la regla de la irresponsabilidad por daños de que venía injustamente beneficiándose la Administración en nuestro Derecho. Hubo que adoptar para ello una fórmula compendiosa y concentrada, en lugar de una seguramente más saludable enumeración de supuestos, y ello para no llamar demasiado la atención y dar la impresión de que se trataba de algo casi obvio, como así se aceptó, por lo demás (pues nadie la criticó entonces y más bien fue unánimemente celebrada). El mantenimiento de esa fórmula abstracta tuvo, quizás, ya menos razones de repetirse en su recepción ulterior en otras Leyes más específicas (Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 1957, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992). Lo que ha seguido no es sino la actuación de los riesgos bien conocidos de toda «huida a la cláusula general», para decirlo en los términos establecidos por el famoso y agudo librito de Hedemann* [4]*, que calificaba esta forma de legislar como «un peligro para el Derecho y el Estado», peligro que es un hecho que aquí se ha actualizado. Debe recordarse, no obstante, que en otros Derechos, comenzando por el francés, que es el que primero introduce una regla general en la materia, el funcionamiento de la institución sobre simples principios generales ha funcionado con toda corrección* [5].

---

[4] J. W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1933.

[5] Bien sabido es que una importante corriente de opinión en la ciencia jurídica postula abiertamente una regulación por principios más que casuística,

Podría proponerse para mejorar el sistema mantener esa fórmula general, pero adicionándola con algunas puntualizaciones. Habrá que reflexionar sobre si es más práctica esta fórmula o la más categórica que propone esta obra, de reducir, por de pronto, el principio de responsabilidad como regla sólo a los daños causados por el «funcionamiento anormal de los servicios públicos» y remitir otros posibles supuestos a determinaciones legales expresas. El autor menciona concretamente entre éstas los daños causados por actividad legítima (por obras públicas, por defensa del orden público, etc.; todos los que en Alemania entran en la categoría de Enteignungsgleicher Eingriffe, *ataques similares a la expropiación o «sacrificios»). Pero tampoco creo que fuese razonable excluir sistemáticamente el deber de reparación de la Administración en todos los casos de daños que se presenten como la actualización de riesgos creados por ella misma, de los que de algunos hemos hecho ya mención, y que suelen admitirse ya en el Derecho civil sin grandes problemas de conciencia.*

En definitiva, este libro llama resueltamente, y entiendo que no debe pasar desatendido, a una reconsideración profunda del sistema legal español de la responsabilidad administrativa, que ha comenzado a funcionar hace ya algún tiempo de forma poco satisfactoria [6] *y disfuncional, creando problemas que son ya*

---

corriente de la que es quizá prototípico el importante libro de Joseph ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2.ª ed., 1964 (hay traducción española), llamando a la necesaria participación creadora de la jurisprudencia para una depurada *richterliche Rechtsbildung*. Por citar algún ejemplo singular, los comentarios de los civilistas alemanes a las cláusulas generales de la buena fe (*vid.* Frank WIEAKER, *Principio general de la buena fe*, traducción J. L. CARRO, Prólogo de L. DÍEZ-PICAZO, 2.ª ed., 1982), o de las buenas costumbres (G. TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, 1971). Sin embargo, es un hecho que en la administración de la cláusula general de responsabilidad la *Rechtsbildung* de nuestra jurisprudencia no ha sido siempre positiva. *Vid.* también sobre el problema general T. M. BENDITZ, *Law as Rule and Principle. Problems of legal Philosophy*, 1978, y T. A. O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, 2000.

[6] Un ejemplo, mínimo quizás por la cuantía final de las indemnizaciones resultantes, pero expresivo por su desmesura, es el de los daños producidos en escuelas y centros públicos de enseñanza. El artículo 1.903 del Código Civil en su redacción originaria derivaba la responsabilidad por daños causados por los

visibles en el funcionamiento de algunos servicios. Yo me uno sin reservas a ese propósito y hago votos para que el autor sea llamado para que aporte sus notables saberes a la preparación de esa oportuna reforma legal.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

---

alumnos de centros de enseñanza hacia los maestros, en virtud de la antigua noción de *culpa in vigilando*; pero los maestros y profesores de centros públicos hicieron de la corrección de esa responsabilidad personal —que contrastaba con el régimen común de los demás funcionarios públicos— una reclamación corporativa, que finalmente fue acogida por la Ley de 7 de enero de 1991, que corrigió la redacción del artículo imputando la responsabilidad hacia «las personas o entidades que sean titulares de un centro docente». El anterior precepto, que rara vez había encontrado aplicación, por cierto, se ha transformado, en el supuesto normal y más extenso de centros oficiales de enseñanza, en la regla general de la responsabilidad de la Administración, que ha aplicado aquí, además, sistemáticamente, dos instituciones previstas en la Ley 30/1992 que resultan un tanto sorprendentes en su generalidad: la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad (art. 142.1 y art. 5 del Reglamento de Procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial: RD de 26 de marzo de 1993) y el «procedimiento abreviado»: incluso parece que se han cursado instrucciones generales y hasta impresos normalizados a los profesores de los centros. El resultado es que cualquier pequeña herida o rasponazo en las rodillas o los brazos o la cara de un alumno, la ruptura de las gafas o el rasgado de una prenda de vestir, accidentes tan habituales entre los niños, determina una reclamación automática de responsabilidad a la Administración. Recientemente el Presidente del Consejo de Estado aseguraba que este órgano recibe «una auténtica avalancha» de estos expedientes de responsabilidad patrimonial que el Consejo de Estado ha de informar, según el artículo 22, número 13, de su Ley Orgánica, en total *varios miles* al año (I. CAVERO LATAILLADE, *La función consultiva del Consejo de Estado y su aportación al ordenamiento jurídico*, Universidad San Pablo-CEU, 2001, p. 11). Convendría comparar tal generosidad con la práctica judicial en los centros privados de enseñanza, sujetos a la misma responsabilidad por el mismo precepto del Código. Parece claro que se está utilizando la institución de la responsabilidad patrimonial como una técnica de protección social, tan justamente criticada en este libro.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

HACIA UN NUEVO SISTEMA

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA

1. La polémica. Críticas y defensas del sistema vigente de responsabilidad patrimonial de la Administración española

El sistema de responsabilidad objetiva global instaurado por la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF) ha comenzado a tambalearse tras más de cuarenta años de pacífica aceptación doctrinal [1, 2].

---

[1] Dicho sistema ha sido fundamentado teóricamente, sobre todo, por GARCÍA DE ENTERRÍA. Inicialmente, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», en *ADC*, tomo VIII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1955. Artículo publicado, con ligeros retoques, poco después, como libro: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956 (reeditado por Civitas —Madrid— en 1984). Más recientemente, junto a T.-R. FERNÁNDEZ, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, II*, 7.ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

La ya tradicional fundamentación teórica del sistema vigente provienc también, en gran parte, de LEGUINA. Sobre todo, en LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, Tecnos, 1970 (la 2.ª ed., de 1983, se limita a recoger, en sendos apéndices, dos trabajos posteriores de dicho autor), y en su artículo «El fundamento de la responsabilidad de la Administración», en *REDA*, núm. 23, octubre-diciembre de 1979 (recogido como apéndice en la 2.ª ed. de la obra antes citada).

[2] Hasta 1994 sólo GARRIDO FALLA se había apartado abiertamente de la interpretación doctrinal dominante, negando que la normativa española recogiera una responsabilidad objetiva global, que cubriera toda la actividad administrativa. Así lo hizo ya en GARRIDO FALLA, Fernando, «El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada», en *RAP*, núm. 81, septiembre-diciembre de 1976, pp. 13-15; después, en GARRIDO FALLA, Fernando, «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», en *RAP*, núm. 119, mayo-agosto de 1989, pp. 12 y 32-34, y en GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, pp. 261-273.

Ha sido un civilista, PANTALEÓN, quien, con su contundente crítica de la interpretación dominante, ha abierto una brecha en la que parecía una construcción inexpugnable, provocando una escisión entre los administrativistas de nuestro país [3].

Su crítica ha sido suscrita, entre otros, por PARADA [4], PAREJO,

---

Otros autores, como SÁNCHEZ MORÓN, NIETO, L. MARTÍN-RETORTILLO o MARTÍN REBOLLO, se habían limitado a advertir sobre ciertos peligros y a poner de manifiesto algunas dudas y preocupaciones (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración», en *REDA*, núm. 7, octubre-diciembre de 1975, p. 647; NIETO GARCÍA, Alejandro, «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», en *REDA*, núm. 4, enero-marzo de 1975, p. 95; NIETO GARCÍA, Alejandro, «Prólogo», en BLASCO ESTEVE, Avelino, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1985, pp. 17-19; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», en *RVAP*, núm. 19, septiembre-diciembre de 1987, pp. 98-110; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián [Coord.], *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, Civitas, 1991, pp. 2793 y ss.).

[3] Por primera vez, y de forma más extensa, en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en *DA*, núms. 237-238, enero-junio de 1994. Este mismo artículo ha sido recogido, con algunos recortes, en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria», en JORGE BARREIRO, Alberto; GRACIA GUILLÉN, Diego (Dir.), *Responsabilidad del personal sanitario. Actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo/Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 174-188. Y en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 65-91.

Más recientemente en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 453 y 455-465, saliendo al paso de las réplicas efectuadas por la doctrina administrativista partidaria del sistema vigente.

[4] En PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I, Parte General*, 12.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 652-654 y 659-660 (y con mayor claridad, si cabe —rectificando expresamente la postura mantenida en ediciones anteriores—, en la 9.ª ed. de esta obra, 1997, p. 685).

JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA [5], MARTÍN REBOLLO [6], GARRIDO FALLA [7], CASINO [8], MAGIDE [9] y DESDENTADO DAROCA [10, 11], por civilistas como SALVADOR CODERCH y penalistas como CASTIÑEIRA [12].

---

[5] En PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona, Ariel, 1998, pp. 683, 685 y 694.

[6] En MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», en *RAP*, núm. 150, septiembre-diciembre de 1999, p. 368. Con anterioridad, este autor se había distanciado de la doctrina dominante en MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», en *DA*, núms. 237-238, enero-junio de 1994, pp. 29-33 y 42-43 (párrafos críticos transcritos luego en MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: nota introductoria», en MARTÍN REBOLLO, Luis [Dir.], *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 19-23), artículo publicado en el número de *DA* en que apareció la crítica de PANTALEÓN.

[7] GARRIDO FALLA, Fernando, «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», en *REDA*, núm. 94, abril-junio de 1997, pp. 185-187.

[8] CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», en *DA*, núms. 254-255, mayo-diciembre de 1999, pp. 348-349 y 355.

[9] MAGIDE HERRERO, Mariano, «El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos», en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo (Valladolid, 16-18 de octubre de 1997)*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 384-387 (en el ámbito, sobre todo, de la responsabilidad de la Administración por omisión).

[10] DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho», en *REDA*, núm. 108, octubre-diciembre de 2000, pp. 546, 552-556 y 561.

[11] También HUERGO parece compartir la crítica de PANTALEÓN cuando, al admitir que la responsabilidad (precontractual) de la Administración por la celebración de contratos nulos (que es una responsabilidad de carácter extracontractual, como recuerda el propio HUERGO) es de tipo objetivo, señala que «tal vez no sea irrazonable suponer que esa es una de las "posibilidades explosivas" de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, a que se refiere el propio PANTALEÓN PRIETO en "Los anteojos del civilista [...]"» (HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 1998, p. 227, nota núm. 25).

[12] SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 149.

Autores como DÍEZ-PICAZO [13], GÓMEZ PUENTE [14], ENTRENA [15], FONT [16], LÓPEZ MENUDO [17], GAMERO CASADO [18] o SANTAMARÍA [19], pese a no adherirse de forma expresa al planteamiento de PANTALEÓN, se han mostrado también partidarios, en fechas recientes, de limitar el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración pública española [20, 21].

---

[13] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 59.

[14] GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Elcano, Aranzadi, 2000, pp. 820-823.

[15] ENTRENA CUESTA, Rafael, «Responsabilidad e inactividad de la Administración», en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...*, *op. cit.*, pp. 360 y 363-364.

[16] FONT I LLOVET, Tomàs, «Prólogo», en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 18-20 y 25 (dicho Prólogo se encuentra publicado también en la *REDA*: FONT I LLOVET, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales», en *REDA*, núm. 106, abril-junio de 2000, pp. 238-239 y 243).

[17] LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema», en *RAnAP*, núm. 36, octubre-diciembre de 1999, pp. 14-15 (y, en general, en todo el trabajo).

[18] GAMERO CASADO, Eduardo, «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual», en *AJA*, núm. 426, 17 de febrero de 2000, pp. 4-5.

[19] Contundentemente, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Prólogo», en DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Elcano, Aranzadi, 2000, pp. 18-24.

[20] GÓMEZ PUENTE y ENTRENA se han opuesto a la responsabilidad objetiva en el ámbito de la *omisión* administrativa. También RODRÍGUEZ PONTÓN considera que la responsabilidad de la Administración por omisión no debe ser objetiva, sino basarse en la culpa (RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, «La responsabilitat de les administracions sanitàries: algunes reflexions sobre la jurisdicció competent i la construcció dogmàtica de la responsabilitat administrativa», en *RJC*, núm. 2, 1999, pp. 398-400); para este último autor, sin embargo, fuera de los casos de omisión, la responsabilidad administrativa debe seguir siendo objetiva, y, a tal fin, en el resto del trabajo, realiza una defensa de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal de los servicios públicos (sanitarios).

[21] También CASTAÑO cree que debe limitarse el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, considerando deseable que la jurisprudencia civil

Las reacciones de la doctrina favorable a la responsabilidad objetiva global de la Administración no se han hecho esperar. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ [22], LEGUI-

---

que se muestra reacia a condenar a la Administración por el normal funcionamiento de los servicios públicos «contamine» la jurisprudencia contencioso-administrativa (CASTAÑO SANCHO, Almudena, «La contaminación de la jurisprudencia civil en materia de responsabilidad aquiliana por los criterios de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *REDA*, núm. 101, enero-marzo de 1999, pp. 128-129 y 138).

Aunque más tímidamente, también GONZÁLEZ PÉREZ constata la «desmedida extensión» de la responsabilidad objetiva global recogida por el ordenamiento jurídico-administrativo español (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 50 y 326-327).

[22] Así, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, *II*, *op. cit.*, p. 371, ambos autores sostienen, tras aludir a la crítica de PANTALEÓN, que «Por nuestra parte creemos, sin desconocer el serio fundamento de aquella crítica, que una correcta inteligencia de los presupuestos técnico-jurídicos del sistema implantado hace casi medio siglo por la LEF era y es suficiente para asegurar su debido funcionamiento y para evitar los excesos en los que, de una forma bienintencionada pero demasiado simplista, ha incurrido últimamente la jurisprudencia, excesos que en ningún caso pueden nublar las virtualidades intrínsecas de aquél, ni llevar a desconocer el progreso que supone el principio básico en el que se apoya».

Y, a continuación, tras reconocer que a los equívocos y malentendidos que sobre el alcance del sistema vigente hayan podido producirse, han podido contribuir algunas afirmaciones demasiado rotundas efectuadas por ambos autores en ediciones anteriores de su *Curso* (*op. cit.*, p. 376); y tras introducir una importante limitación de la responsabilidad administrativa a través, no ya de la matización de su carácter objetivo, sino de la depuración del concepto de lesión indemnizable y la subordinación de su existencia a la ausencia de causas de justificación (*op. cit.*, pp. 376-378), mantienen su interpretación tradicional de la responsabilidad de la Administración, defendiendo el carácter objetivo de la misma (*op. cit.*, pp. 373-375 y 390-398).

Contrasta, por lo demás, el tono matizado de la última edición del *Curso* (que reconoce, como acabamos de ver, «el serio fundamento de aquella crítica»), con lo que hace diecisiete años escribió GARCÍA DE ENTERRÍA en el Prólogo de 1984 a la reedición de su libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, en alusión a las tímidas críticas que hasta ese momento se habían dirigido a la interpretación tradicional: «Tampoco es cierto que la "cláusula general" de responsabilidad [objetiva] formulada por la Ley [de expropiación forzosa] de 1954 [en su artículo 121.1], [...] sea inespecífica o amenace ser utilizada para imponer a la Administración cargas insoportables, como alguna vez se ha pretendido con ligereza, y eso según la experiencia, ya importante, de su funcionamiento práctico durante treinta años ha demostrado

NA [23], MUÑOZ MACHADO [24], BELADIEZ [25], CUETO [26], VILLAR ROJAS [27] y JORDANO FRAGA [28], entre otros, han defendido, de distin-

---

de forma concluyente» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 4-5).

[23] LEGUINA, poco antes de la crítica expuesta, defendió una vez más la interpretación tradicional (que él mismo, como sabemos, había contribuido, en gran medida, a consolidar, años antes) en LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 396-397.

Tras dicha crítica, la ha vuelto a defender al prologar el libro de BELADIEZ, en los siguientes términos: «Hoy nadie cuestiona con un mínimo de rigor la naturaleza directa y objetiva de la responsabilidad administrativa ni se discuten los saludables efectos que esta garantía patrimonial ha producido en el sistema de relaciones entre ciudadanos y Administración, por más que sea lícito censurar las soluciones alcanzadas —por defecto o por exceso— en determinados casos concretos. Con el espaldarazo que la Constitución le ha proporcionado, difícilmente podrían negarse las bondades de nuestro avanzado sistema de responsabilidad administrativa, que resiste con ventaja cualquier comparación con otros ordenamientos cercanos al nuestro [...] Nada de lo anterior significa, claro está, que el sistema español haya alcanzado la perfección. Sería ridículo pensarlo. Ni tampoco que no se hayan cometido excesos en su aplicación. Ni lo uno ni lo otro. El sistema español es sustancialmente correcto, en su momento significó un avance importantísimo en la reducción de innecesarios privilegios administrativos y su sentido reparador de daños injustos es seguramente el más adecuado en un Estado social de Derecho. Sus frutos han sido, pues, ampliamente positivos para el conjunto de la sociedad en sus relaciones con el poder público, sin que, por lo demás, se hayan visto confirmados los iniciales temores [se refiere, con toda probabilidad, a los expresados por NIETO y SÁNCHEZ MORÓN, en las obras antes citadas], más imaginarios que reales, de que la multiplicación de condenas al pago de indemnizaciones arrojaría una carga insoportable sobre los presupuestos de los entes públicos. No hay, por tanto, motivos serios de alarma ni razones de peso que justifiquen la rectificación del sistema» (LEGUINA VILLA, Jesús, «Prólogo», en BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 16-17). No obstante, este mismo autor, poco después, afirma (sorprendentemente, en mi opinión) que «Es cierto que la culpa ha dejado de ser en el ordenamiento jurídico español el fundamento de la responsabilidad administrativa [...], pero ello no significa que no mantenga su inesquivable presencia como criterio de imputación de daños, de manera que en un número importante de eventos dañosos no puede haber imputación si no ha habido "anorma-

(Notas 24 a 28 en pág. siguiente)

lidad" en el funcionamiento del servicio público o, lo que es igual, si no ha habido ilicitud (ilegalidad o culpabilidad) en la actividad administrativa» (*op. cit.*, p. 22). La contradicción entre esta afirmación y la precedente defensa de la responsabilidad objetiva global de la Administración ha sido puesta de manifiesto acertadamente por PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, p. 456, nota núm. 35.

LEGUINA ha defendido de nuevo la responsabilidad objetiva global de la Administración en LEGUINA VILLA, Jesús, «La reforma de la Ley de Procedimiento», en *DA*, núm. 7, abril de 2000, pp. 12-13.

[24] MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (Algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)», en JORGE BARREIRO, Alberto; GRACIA GUILLÉN, Diego (Dir.), *Responsabilidad del personal sanitario...*, *op. cit.*, pp. 197 y 209-223. En este artículo (que presenta algunas diferencias respecto a otro del mismo autor y título que apareció publicado en el número monográfico de *DA* [núms. 237-238, de enero-junio de 1994] en que PANTALEÓN formuló su crítica), MUÑOZ MACHADO ofrece una respuesta contundente al interrogante lanzado por la doctrina crítica: «¿Es preciso matizar la fórmula "funcionamiento normal de los servicios públicos" para impedir que se pueda apoyar en ella este efecto expansivo de la responsabilidad, o por el contrario conviene mantener la situación establecida y aún robustecerla? Mi opinión es que ni un solo paso atrás debe darse» (*op. cit.*, pp. 217-218).

[25] BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 30 (nota núm. 1) y 95-96 (nota núm. 5). Dicha autora considera, en efecto, que debe mantenerse la responsabilidad objetiva de la Administración. La originalidad de su pensamiento reside en que cree necesario, para poder mantener, precisamente, el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, y evitar que acabe convirtiéndose en un seguro a todo riesgo, recibir la teoría de la imputación objetiva, tan extendida entre los civilistas alemanes y los penalistas alemanes y españoles. He efectuado una recensión de este libro que ha aparecido publicada en *REDA*, núm. 101, enero-marzo de 1999.

[26] CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 230-233, en lo concerniente a la responsabilidad de la Administración pública, en general, y de la Administración sanitaria, en particular. De nuevo en CUETO PÉREZ, Miriam, «Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones públicas tras la reforma de la Ley 30/92», en *RAP*, núm. 152, mayo-agosto de 2000, pp. 274-281 y 287.

[27] VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites*, Barcelona, Praxis, 1996, pp. 29-41 y 127-128 (en especial, en las notas núm. 41 y 233).

[28] Ha sido este autor, sin lugar a dudas, el que ha efectuado la defensa más agresiva de los postulados tradicionales, calificando la crítica de PANTALEÓN de

tas formas, la interpretación tradicional, negando la necesidad de una redefinición de los rasgos básicos de la responsabilidad administrativa [29].

Ante semejante cisma doctrinal, con tantos y tan relevantes autores alineados en cada uno de los dos sectores enfrentados, no parece que pueda seguir afirmándose la existencia de una *doctrina dominante* en el crucial punto del alcance que deba tener la responsabilidad patrimonial de la Administración española. Se ha roto, pues, de forma brusca, el consenso reinante durante cuarenta años. ¿Cómo se ha llegado a esta situación?

---

carente de «fundamentos sólidos», de «regresiva y neoliberal», y consistente, a su juicio, en «consideraciones más ideológicas que jurídicas» (JORDANO FRAGA, Jesús, «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 *RAP*, núm. 149, mayo-agosto de 1999, pp. 323-327).

[29] También ARIAS MARTÍNEZ cree que la responsabilidad de la Administración española debe seguir siendo objetiva, porque así lo exigen la Ley e incluso la Constitución (ARIAS MARTÍNEZ, M.ª Antonia, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: objetividad y relación de causalidad en la jurisprudencia reciente», en *RArAP*, núm. 15, diciembre de 1999, pp. 418 y 442).

No me resulta fácil clasificar el trabajo de DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Elcano, Aranzadi, 2000. Este autor, por un lado, dedica grandes esfuerzos a defender el carácter objetivo global de la responsabilidad administrativa recogido por el ordenamiento español vigente y a tratar de refutar los argumentos suministrados por la doctrina crítica; considera, en este sentido, que una correcta interpretación del requisito de la lesión (entendida como lesión de —únicamente— derechos o bienes jurídicamente protegidos) permite mantener perfectamente el sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración. No obstante, por otro lado, entiende que la responsabilidad de la Administración sólo deberá (debería) nacer, a menudo, cuando exista culpa, anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos (así, p. ej., en las pp. 95-99, 161-171, 182, 331). Las razones que para este autor permiten conciliar una y otra postura no son, en mi opinión, suficientes.

2. La evolución normativa: de la irresponsabilidad a la responsabilidad objetiva de la Administración española. La evolución doctrinal: de la interpretación tradicional a la efectuada por PANTALEÓN. El cambio de contexto sociopolítico

La responsabilidad extracontractual de la Administración española es relativamente reciente. Hasta 1950, salvo lo establecido durante la II República [30] y en algunas normas sectoriales, sólo los funcionarios [31], y no la Administración, respondían extracontractualmente de los daños que el desarrollo de la actividad administrativa pudiera causar.

El Código civil (CC), en efecto, al enumerar, en el artículo 1.903, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, sólo preveía, en su apartado quinto, la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por un «agente especial», figura esta que, según MARTÍN REBOLLO, era «un extraño personaje que nadie conocía» [32]; este mismo artículo 1.903.5, sin embargo, remitía al

---

[30] El artículo 41 de la Constitución republicana de 1931 constitucionalizó por vez primera la responsabilidad de la Administración española, en unos términos semejantes a los del artículo 131 de la Constitución de Weimar (precepto a su vez recogido luego, en lo sustancial, por la Ley Fundamental de Bonn [*GG*] de 1949 —artículo 34—), aunque configurándola como subsidiaria y remitiendo, para su concreción, a la Ley. El desarrollo legislativo sólo se produjo en el ámbito municipal, mediante la Ley municipal de 31 de octubre de 1935 (artículo 209), que no llegó a tener aplicación práctica (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, pp. 367-368; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 330-331).

[31] Y sólo en términos muy restrictivos, puesto que la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, exigían numerosos requisitos para poder demandarlos: culpa grave del funcionario, declaración judicial previa de la existencia de infracción legal, intimación por escrito de la víctima, identificando el concreto precepto infringido (MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 83-84; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 330).

[32] MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 330. Este párrafo quinto del artículo 1.903 CC, derogado por la Ley 1/1991, de 7 de enero, ha tenido, en efecto, una escasísima aplicación jurisprudencial.

artículo 1.902 CC (precepto que de forma básica regulaba y regula la responsabilidad civil por hecho propio en el Derecho español) en aquellos casos —los más frecuentes— en que el daño fuera causado, no ya por un agente especial, sino por un funcionario público. El juego de ambos preceptos hubiera permitido, sin mayores dificultades, declarar la responsabilidad de la Administración *ex* artículo 1.902 CC siempre que un funcionario público ocasionara un daño, pero la jurisprudencia, salvo contadas excepciones, no lo entendió así[33]. Por ello, hasta 1950, la Administración fue, en España, irresponsable[34].

Puso fin a esta situación la Ley de régimen local de 1950[35], al establecer, en sus artículos 405 y siguientes, la responsabilidad extracontractual (directa o subsidiaria, según los casos) de las entidades locales por los daños que pudieran ocasionar sus órganos de gobierno, funcionarios o agentes. Pero dicha Ley se circunscribía al ámbito local, faltando, pues, en el plano estatal, una norma que extendiera el principio de responsabilidad patrimonial a todas las Administraciones públicas.

Esta norma fue la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954[36]. La LEF, sin embargo, no se limitó a exten-

[33] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, pp. 366-367. Con mayor detenimiento, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, op. cit.*, pp. 146-149.

[34] MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 329.

[35] Texto articulado de 16 de diciembre.

[36] No por casualidad, ni por meras razones de oportunidad legislativa, contuvo normas de responsabilidad extracontractual de la Administración la Ley que de forma general pasó a regular el instituto de la expropiación forzosa; la inclusión de normas de responsabilidad en la Ley de expropiación obedeció a un planteamiento dogmático subyacente que veía —y ve— una importante coincidencia entre una y otra institución: tanto en la expropiación como en la responsabilidad extracontractual de la Administración existe un daño causado por la actuación administrativa a un particular, daño que una y otra intentan compensar para, de este modo, asegurar la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción pública (en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, op. cit.*, pp. 163-165 y 174-175).

Así se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LEF (en la que, además, se recalca la necesidad de acabar con la situación de irresponsabilidad

der a todas las Administraciones públicas (incluidos los entes locales y los pertenecientes a la Administración institucional [37]) las previsiones incluidas cuatro años antes en la Ley de régimen local, sino que fue mucho más allá, construyendo un sistema de responsabilidad extracontractual totalmente distinto, que ha llegado, en sus aspectos sustanciales, hasta nuestros días [38].

La nueva regulación pivotaba sobre el artículo 121.1 LEF, según el cual:

---

administrativa anterior), según la cual «se ha intentado, finalmente, llamar la atención sobre la oportunidad que esta Ley ofrece, y que no debiera malograrse, de poner fin a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico-administrativo, cual es la ausencia de una pauta legal idónea, que permita hacer efectiva la responsabilidad por daños causados por la Administración. [...] Se ha entendido así, no sin hacerse cargo de que la Ley de Expropiación no puede ser, desde luego, la base normativa en que se integren todos los preceptos jurídicos rectores a este respecto, pero sí, al menos, una norma que puede muy bien recoger una serie de supuestos realmente importantes, en los que, al margen de un estrecho dogmatismo académico, cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado, que, aun cuando resulte obligada por exigencias del interés o del orden público, no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado».

La cuestión relativa a la vinculación existente entre las instituciones de la expropiación forzosa y la responsabilidad extracontractual de la Administración pública ha vuelto a adquirir especial importancia tras la crítica efectuada por PANTALEÓN, como tendremos ocasión de comprobar *infra*, en el capítulo segundo del presente trabajo.

[37] La LEF resultaba (y resulta) de aplicación a todas las Administraciones públicas, como se desprende, p. ej., de su artículo 2. También en lo concerniente a la parte de la misma dedicada a la responsabilidad de la Administración, como se desprendía del (posteriormente derogado) artículo 133.2 del Reglamento de la Ley de expropiación forzosa (REF), aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957.

[38] El régimen de responsabilidad instaurado en los artículos 121.1 y 122.1 LEF ha llegado hasta nuestros días porque, en sus rasgos básicos, es el que recoge la normativa que en la actualidad regula la responsabilidad extracontractual de la Administración española (el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común [LRJPAC]), como tendremos ocasión de comprobar. Ocurre, además, que dichos preceptos de la LEF no han sido nunca formalmente derogados; no obstante, como señala MARTÍN REBOLLO, deben entenderse sustituidos (esto es, implícitamente derogados) por la LRJPAC (MARTÍN REBOLLO, Luis [Ed.], *Leyes Administrativas*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 1772, en notas a los artículos 121 y 122 LEF).

> «Dará también lugar a indemnización [...] toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o 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, a su vez, añadía que:

> «En todo caso, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.»

La responsabilidad administrativa prevista por la LEF presentaba dos importantes novedades respecto de la contenida, poco antes, en la legislación local [39]: se trataba, en primer lugar, de una responsabilidad *siempre directa* de la Administración, nunca ya subsidiaria (sin perjuicio de la acción de repetición de que ésta disponía contra el funcionario causante del daño); y, en segundo lugar, y sobre todo, de una responsabilidad *objetiva global*.

El transcrito artículo 121.1 estableció, en efecto, que la víctima tendría derecho a indemnización no sólo cuando el daño derivara del funcionamiento *anormal* de los servicios públicos, sino, también, cuando el servicio público hubiera funcionado de un modo perfectamente *normal*, esto es, al margen de toda ilicitud o culpa.

GARCÍA DE ENTERRÍA, que fue quien realizó la primera y más influyente interpretación del citado precepto, defendiendo y fundamentando la responsabilidad objetiva global de la Administración en él establecida, señaló que, por «funcionamiento del servicio público», había que entender toda la actividad típica de la Administración (actividad jurídica —emanación de Reglamentos y actos administrativos— y actividad material; tanto por

[39] La Ley de régimen local quedó derogada, en materia de responsabilidad extracontractual, por la LEF; los entes locales, por tanto, pasaron a sujetarse al nuevo régimen de responsabilidad de la LEF (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 194-196).

acción como por omisión), todo el giro o tráfico administrativo, y no ya sólo el concreto ámbito de actividad administrativa de tipo prestacional conocida por «servicio público» [40]; enumeró, como títulos de imputación de daños a la Administración, la realización material directa y legítima del daño (como título de imputación básico, elemental), la comisión material directa e ilícita del daño (el funcionamiento anormal del servicio: existencia de culpa), el riesgo creado por la Administración, y su enriquecimiento injusto [41]; y apuntó, como causas de exoneración de la Administración, la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de tercero [42].

Según dicho autor, al prescindir la LEF de los elementos de ilicitud y culpa para fundamentar la responsabilidad administrativa, abandonó la perspectiva de la acción dañosa y erigió el daño, el daño antijurídico, en criterio determinante; partiendo de un principio objetivo de garantía del patrimonio, la nota de la antijuricidad se predicaba, no ya de la conducta administrativa (que podía ser lícita o ilícita), sino del daño. Y daño antijurídico era, en el nuevo sistema, aquel perjuicio que —reuniendo los requisitos del artículo 122.1 LEF [43]— el titular del patrimonio

---

[40] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 199-201. Como este autor señala en estas páginas, el régimen de responsabilidad instaurado en la LEF sólo era aplicable a la actividad de la Administración en relaciones de Derecho público; la Administración, en su actividad desarrollada en relaciones de Derecho privado, quedaba sometida al régimen de responsabilidad extracontractual contenido en el Código civil (basado en la culpa). Como veremos, esta dualidad de regímenes de responsabilidad ha llegado prácticamente hasta nuestros días.

[41] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 206-217.

[42] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 216. La Administración debía, pues, responder en el supuesto de caso fortuito (*op. cit.*, pp. 212-214).

[43] Antes transcritos: que el daño fuera efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. De especial importancia era el requisito de la individualización del perjuicio. Según GARCÍA DE ENTERRÍA, este último requisito significaba que se tratara de un daño «perfectamente concreto residenciable directamente en el patrimonio del reclamante», «que exced[ier]a, además, de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social [equiparándose, en este sentido, a la nota de especialidad del daño exigida por la doctrina y jurisprudencia francesas en el ámbito,

afectado no tuviera el deber jurídico de soportar; existía el deber jurídico de soportar un daño cuando hubiera alguna causa de justificación expresa y concreta que lo legitimara (en ejemplos del propio autor, «la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal»)[44].

Esta interpretación del sistema de responsabilidad previsto por la LEF (y por la normativa que le seguirá, en términos sustancialmente idénticos, como veremos a continuación), avalada por la circunstancia de que procede de quien fue su artífice[45], ha sido la absolutamente dominante durante cuarenta años, hasta la irrupción de la crítica de PANTALEÓN y la escisión doctrinal que la misma ha producido y que ya conocemos.

La LEF, al instaurar, de este modo, un régimen de responsabilidad objetiva global de la Administración, no circunscrito a concretos sectores de su actividad, rompió doblemente, y de una forma particularmente brusca, con la situación anterior a 1950: no sólo reconoció de forma general (más allá del ámbito local) la responsa-

---

sobre todo, de la responsabilidad por riesgo]», y que no pudiera ser calificado de carga colectiva (entendiendo por carga colectiva aquel daño que, «por afectar a extensos sectores de individuos [,] su reparación se hace imposible para las finanzas públicas») (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 185-187).

[44] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 175-177. Este nuevo sistema instaurado por la LEF recibió el apoyo incondicional de GARCÍA DE ENTERRÍA: «Ésta [la LEF] queda así configurada definitivamente como formuladora de un principio general y verdaderamente absoluto de garantía del patrimonio de los súbditos frente al Estado. Esta es, claramente, su significación más destacada, y aquí acaso se encuentre también, además de su más trascendente construcción política, su más profunda aportación dogmática» (*op. cit.*, p. 179); «Creo que la formidable construcción positiva de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, y especialmente dentro de ella lo relativo a la responsabilidad civil de la Administración, ha de hacer época en nuestro Derecho administrativo» (*op. cit.*, p. 235).

[45] Fue el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, en efecto, el artífice del nuevo sistema de responsabilidad, puesto que fue él quien redactó la cláusula general contenida en el artículo 121 LEF, como admite en el Prólogo de 1984 a la reedición de *Los principios* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 5).

La interpretación descrita, debidamente actualizada, sigue siendo defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA, junto a T.-R. FERNÁNDEZ, en el capítulo de su *Curso* dedicado a la responsabilidad de la Administración.

bilidad extracontractual de la Administración española, poniendo fin, con ello, a una tradición multisecular de irresponsabilidad administrativa, sino que, además, estableció un régimen de responsabilidad objetiva global, completamente ajeno a la idea de culpa, sin parangón en el panorama europeo del momento y —como veremos con detenimiento en el presente trabajo— aun de nuestros días. La Administración española pasó, pues, de la más absoluta de las irresponsabilidades, a la responsabilidad más absoluta, sin detenerse en el estadio intermedio más generalizado: la responsabilidad por culpa. En esta brusca evolución hubo un elemento que, curiosamente, permaneció invariable: la singularidad del régimen español en el contexto europeo; singularidad, en efecto, al iniciar la década de los años cincuenta sin someter a la Administración a régimen de responsabilidad alguno, y singularidad, después, al someterla al régimen de responsabilidad más estricto. Unos cuantos preceptos de la LEF hicieron que la Administración, de ser el sujeto *menos* responsable del ordenamiento jurídico español, pasara a ser el *único* sometido a una responsabilidad objetiva global, extendida a *todos* los sectores de su actividad [46].

El sistema de responsabilidad administrativa de la LEF —y el salto fantástico que el mismo representó— fue recogido poco después por la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 (LRJAE) [47]. Esta Ley, en sus artículos 40 y siguientes, mantuvo el régimen de responsabilidad objetiva global establecido por la LEF, mejorándolo técnicamente y aclarando algunas dudas que había suscitado la regulación de 1954 [48].

---

[46] Aún hoy sigue sin haber en el ordenamiento jurídico español nadie que responda con la misma amplitud que la Administración pública. Ningún particular, en efecto, queda sometido a una responsabilidad objetiva global, que se extienda a todas y cada una de sus actividades. Los particulares sólo responden objetivamente al llevar a cabo determinadas actividades (conducción de vehículos a motor, navegación aérea, fabricación o importación de productos defectuosos, explotación de instalaciones nucleares, etc.); en el resto, la regla sigue siendo (a pesar de la progresiva objetivación de que viene siendo objeto por parte de la jurisprudencia) la responsabilidad por culpa contenida en la cláusula general del artículo 1.902 del Código civil.

[47] Texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957.

[48] La duda más importante suscitada por la LEF fue la de qué daños merecían ser indemnizados: según el transcrito artículo 121.1 LEF, daba lugar a

La cláusula general y los requisitos exigidos al daño quedaron contenidos en un mismo precepto, el artículo 40:

> «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 [...]» [49].

El legislador de 1957, al reconocer la responsabilidad —objetiva— de la Administración en la Ley básica de la organi-

---

indemnización toda lesión que los particulares sufrieran «en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere», bienes y derechos que sólo podían ser de tipo patrimonial, teniendo en cuenta que la LEF era —y es— una Ley de expropiación forzosa, esto es, una Ley de ablación de derechos e intereses patrimoniales, como se desprende, por otra parte, de su artículo 1.1. Una interpretación sistemática de dicho artículo 121.1 LEF (apoyada por los párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley antes transcritos) llevaba, pues, a la conclusión —absurda— de que los ataques a bienes jurídicos de carácter no patrimonial (como, señaladamente, la vida o la integridad física) no eran susceptibles de indemnización. La doctrina intentó evitar esta deficiencia de la LEF por vía interpretativa (así, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 179-183), aunque pronto quedó remediada por el artículo 133.1 REF (que sustituyó —de una forma de dudosa legalidad, debe decirse— el inciso «en los bienes y derechos *a que esta Ley se refiere*» por el de «en sus bienes y derechos») y, poco después (ya sin obstáculos de rango normativo), por la LRJAE.

[49] Al igual que en el caso de la LEF, el régimen de responsabilidad objetiva global previsto por el artículo 40 LRJAE quedó reservado a la actuación de la Administración en relaciones de Derecho público; cuando ésta actuara en relaciones de Derecho privado, quedaría sometida al régimen de responsabilidad extracontractual del Código civil, basado en la culpa. Así parecía desprenderse del artículo 41 LRJAE, al someter a la jurisdicción civil (y acabar, de este modo, con la unidad jurisdiccional —en favor del orden contencioso-administrativo— establecida por el artículo 3.*b)* de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956) el enjuiciamiento de la responsabilidad de la Administración por los daños causados en su actuación en relaciones de Derecho privado.

zación administrativa estatal, la LRJAE, la consolidó [50] y le dio una mayor solemnidad [51], confirmando al mayor rango normativo la radical transformación que tres años antes, de forma un tanto subrepticia, había llevado a cabo en los artículos finales de la Ley de expropiación.

La parte de la LRJAE dedicada a la responsabilidad de la Administración estuvo vigente durante 35 años, hasta ser derogada por la LRJPAC, en 1992. Muchas sentencias posteriores a dicha fecha, sin embargo, al resolver supuestos de hecho anteriores a ella, han seguido aplicando la LRJAE.

El hito más importante, sin lugar a dudas, de la posterior evolución de la institución de la responsabilidad administrativa en España ha sido su reconocimiento por parte de la Constitución de 1978 (CE). La propia *concepción constitucional* de la Administración pública española se vincula de forma esencial al sometimiento a responsabilidad extracontractual por los daños que su actuación pueda ocasionar [52]: la Administración española, en su configuración constitucional, es una Administración *responsable*. La Constitución, en efecto, da el espaldarazo definitivo al principio de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas, al preverlo en sus artículos 9.3, 149.1.18 y, sobre todo, 106.2 [53].

---

[50] MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 338 y 339.

[51] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, p. 369.

[52] MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2787 y ss.

[53] El artículo 9.3 CE adopta una perspectiva más amplia, al garantizar la «responsabilidad [...] de los poderes públicos»; pero parece claro que la genérica fórmula del precepto incluye también la responsabilidad extracontractual de la Administración pública (MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2787-2788).

A su vez, el artículo 149.1.18 CE afronta el tema de la responsabilidad extracontractual de la Administración desde la perspectiva de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, atribuyendo en exclusiva al Estado la regulación del «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas». Este precepto está garantizando, por un lado, la existencia de un régimen *unitario* de responsabilidad extracontractual para todas las Administraciones públicas; y, por otro, está imponiendo la existencia

Según este último precepto:

> «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.»

Un simple cotejo con la normativa precedente, antes transcrita y examinada, pone de relieve la existencia de una coincidencia prácticamente total entre la cláusula general de responsabilidad administrativa recogida en el texto constitucional y la prevista en los artículos 121.1 LEF y —sobre todo— 40.1 LRJAE [54]. Esta coincidencia ha llevado a la generalidad de la doctrina a considerar que el referido artículo 106.2 CE se ha limitado a constitucionalizar, elevándolo al máximo rango normativo, el principio de responsabilidad contenido en la normativa administrativa precedente, sin introducir ningún cambio relevante [55]; por ello, la expresión constitucional «funcionamiento de los servicios públicos» ha sido objeto de la interpretación orgánica anteriormente predicada de la LEF y de la LRJAE, y que ya conocemos: «funcionamiento de los servicios públicos» como sinónimo del «giro o tráfico administrativo», esto es, como sinónimo de toda la actividad de la Administración

---

de un verdadero *sistema* de responsabilidad administrativa. *Infra*, en el epígrafe 2.3 del capítulo quinto, veremos con mayor detenimiento cuál es el alcance de la reserva estatal contenida en dicho precepto.

El artículo 121 CE, a su vez, prevé la responsabilidad extracontractual del Poder Judicial por errores judiciales y por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia; aunque se encuentra íntimamente vinculada a ella, no se trata, sin embargo, de responsabilidad de la Administración pública.

[54] Coincidencia prácticamente total que no impide detectar, sin embargo, la presencia de dos diferencias esenciales (junto a otras de menor importancia) entre la norma constitucional y los preceptos de la LEF y la LRJAE. Se hará referencia a ambas diferencias más adelante, en el epígrafe 3.7 del capítulo cuarto de este trabajo.

[55] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 371; LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», *op. cit.*, pp. 394-395; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2792.

pública, con la sola excepción de la desarrollada en relaciones de Derecho privado[56].

En ejercicio de la competencia exclusiva reservada por el artículo 149.1.18 CE al Estado en lo referente a la regulación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, del procedimiento administrativo común y del sistema de responsabilidad patrimonial de las mismas, el parlamento central aprobó, en 1992, la LRJPAC. En el Título X de dicha Ley se contiene la regulación unitaria del sistema de responsabilidad extracontractual al que quedan sometidas todas las Administraciones públicas, tanto en el plano estatal como autonómico o local. La LRJPAC deroga, en materia de responsabilidad (como en otros muchos aspectos), las previsiones de la LRJAE. Es en ella, pues, donde se encuentra la regulación actualmente vigente de la materia que nos interesa.

La LRJPAC, pese a introducir numerosas novedades respecto de la regulación de la responsabilidad contenida en la LRJAE[57], mantiene los rasgos básicos del sistema, recogiendo, con ligeros retoques, la tradicional cláusula general de la LEF y la LRJAE y la responsabilidad objetiva global de la Administración en ella establecida.

Así, según su artículo 139.1:

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

---

[56] Una voz discrepante es la de BELADIEZ, para quien el concepto de servicio público contenido en el artículo 106.2 CE debe interpretarse no sólo del modo orgánico expuesto, sino también de manera objetivo-funcional (BELADIEZ ROJO. Margarita, *Responsabilidad e imputación...*, *op. cit.*, pp. 62-64).

[57] Una enumeración de las principales novedades de la LRJPAC respecto de la LRJAE, en materia de responsabilidad, puede encontrarse en MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 23-24. De entre ellas destacó, sin duda, la unificación jurisdiccional —en favor del orden contencioso-administrativo— llevada a cabo ya por el originario artículo 144 LRJPAC, tanto para la actuación de la Administración en relaciones de Derecho público como de Derecho privado.

Mantiene, asimismo, los requisitos tradicionalmente exigidos al daño, en su artículo 139.2:

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

La única novedad con incidencia en las bases del sistema es la definición genérica del concepto de lesión indemnizable efectuada en el artículo 141.1 LRJPAC: tendrá la consideración de lesión indemnizable aquel daño que —reuniendo los requisitos del transcrito artículo 139.2 LRJPAC— el particular «no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». Se trata, sin embargo, de una novedad más aparente que real, puesto que dicha conceptuación del requisito de la lesión se encontraba ya consolidada en la doctrina desde la aprobación de la LEF[58].

Nada cambió, pues, en 1992, cuando se aprobó la LRJPAC. La responsabilidad de la Administración española seguía teniendo el mismo alcance que 38 años antes, en la LEF[59].

La LRJPAC ha sido objeto de una importante reforma en 1999, llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Dicha reforma ha introducido cambios destacables en la regulación del sistema de responsabilidad administrativa de la LRJPAC[60]. Pero

---

[58] Recuérdese lo que más arriba se ha dicho sobre la interpretación que GARCÍA DE ENTERRÍA efectuó, en su momento, del sistema de responsabilidad instaurado por la LEF. Como señala LEGUINA, «la Ley [la LRJPAC, con su artículo 141.1] ha acertado a expresar el concepto de antijuridicidad comúnmente admitido en la doctrina y jurisprudencia y que es el único que se adecua al carácter objetivo del deber administrativo de indemnizar» (LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», *op. cit.*, p. 399).

[59] Así lo ha entendido la generalidad de la doctrina. Baste citar a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, pp. 368 y 373; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 22; el mismo autor, en MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 342.

[60] Me he ocupado de dicha reforma con cierto detenimiento en mi artículo «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», en *RJC*, núm. 4, 1999.

no ha alterado las bases del sistema, dejando intactos los apartados primero y segundo del artículo 139 LRJPAC y manteniendo, por ello, el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración.

No afecta, en efecto, al carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración española, el importante inciso añadido por la Ley 4/1999 al artículo 141.1 LRJPAC, única modificación de dicha reforma con una cierta incidencia en las bases del sistema. Según el nuevo inciso:

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

Y no afecta al carácter objetivo de la responsabilidad administrativa porque, como he señalado en otro lugar [61], el límite del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica (o, lo que es lo mismo, la exclusión de responsabilidad por los *riesgos del desarrollo* [62]) debe acompañar, en mi opinión, tendencial-

---

[61] En el apartado 3.2.3 del capítulo cuarto de mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000. Allí me ocupo de la naturaleza jurídica, la justificación y el alcance de esta modificación introducida en el artículo 141.1 LRJPAC, analizando su —escasa— operatividad en el ámbito que parece haber motivado su inclusión: la responsabilidad de la Administración sanitaria por el contagio transfusional y por hemoderivados del virus del SIDA —y de la hepatitis C.

Efectúo también consideraciones sobre el nuevo artículo 141.1 LRJPAC en el epígrafe III de mi trabajo «La reforma del sistema de responsabilidad...», *op. cit.*

[62] Monográficamente, sobre los riesgos del desarrollo —en el ámbito de la responsabilidad por producto—, resulta imprescindible el libro de SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid, Marcial Pons, 1999. En su capítulo segundo, sobre todo, se analizan cuestiones clave para la correcta interpretación del nuevo artículo 141.1 LRJPAC (cómo determinar el estado de los conocimientos científicos y técnicos, quién y cómo debe probarlos, riesgos del desarrollo y fuerza mayor, etc.). Sobre los riesgos del desarrollo y la responsabilidad civil véanse también las muy interesantes consideraciones efec-

mente [63], a toda responsabilidad de tipo objetivo [64], no convirtiéndola, en cualquier caso, en una responsabilidad por culpa [65].

---

tuadas por ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 209-212; y por LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*

La primera sentencia del Tribunal Supremo que ha manejado el nuevo artículo 141.1 LRJPAC, la STS (Sala 3.ª) de 31 de mayo de 1999 (Ar. 6154; sobre la que efectúo algunas observaciones en las notas núm. 408 y 460 de mi trabajo *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*), ha sido comentada por PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, «Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la "ciencia" o de la "técnica"», en *REDA*, núm. 104, octubre-diciembre de 1999.

[63] Aunque no necesariamente siempre. El tema de la exclusión de responsabilidad civil por los riesgos del desarrollo es más complejo de lo que podría parecer y ha sido —y es— objeto de un interesantísimo debate en la doctrina iusprivatista, sobre todo en el marco de la responsabilidad por productos defectuosos. Una magnífica exposición del estado de la cuestión, fundamentalmente en Alemania y los Estados Unidos, se encuentra en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices...*, *op. cit.* (sobre todo, en sus capítulos segundo y tercero). De particular interés resultan las páginas 63 a 71, donde, tras constatar el escaso alcance práctico de la exclusión de responsabilidad por los riesgos del desarrollo (que confirma lo que ya he señalado en el apartado 3.2.3 del capítulo cuarto de mi trabajo *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*: que el nuevo inciso del artículo 141.1 LRJPAC servirá para excluir la responsabilidad de la Administración en muy pocos casos, teniendo, pues, una relevancia práctica muy limitada), se describen los principales argumentos aducidos por la doctrina privatista en favor y en contra del citado límite a la responsabilidad objetiva: a favor de la exclusión de responsabilidad en los casos de riesgos del desarrollo se alega que la misma es necesaria para evitar la asfixia de la innovación (ante la amenaza de responder incluso por los daños que no es posible prever según el estado de los conocimientos técnico-científicos, nadie se atreverá, p. ej., a introducir productos nuevos e innovadores en el mercado) y permitir la calculabilidad del riesgo (y, con ello, su aseguramiento); en su contra, que desincentiva las inversiones en investigación y desarrollo para descubrir la existencia de riesgos potenciales desconocidos según el estado de los conocimientos técnico-científicos del momento (si no se responde por los riesgos del desarrollo, no habrá incentivo para averiguar qué posibles riesgos comporta, p. ej., un determinado producto que se lanza al mercado), y que la supresión de la excepción (esto es, si se respondiera también por los riesgos del desarrollo) permitiría distribuir los costes asociados a los riesgos del desarrollo entre todos los consumidores del producto (en el caso de la Administración, entre todos los ciudadanos) y ahorrar

(Notas 64 y 65 en pág. siguiente)

costes terciarios (los de gestión del largo proceso necesario para probar la concurrencia de los requisitos de la excepción, para probar que el daño era imprevisible según los conocimientos de la ciencia y de la técnica).

El tema, pues, es complejo, existiendo argumentos de peso tanto para admitir como para rechazar la responsabilidad por riesgos del desarrollo en aquellos casos en que la responsabilidad civil es de tipo objetivo. Un criterio a mi modo de ver interesante para decidir cuándo la responsabilidad objetiva debería venir acompañada de la excepción de riesgos de desarrollo, y cuándo no, es el propuesto por SCHÄFER y OTT en la segunda edición de su *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (la primera edición de esta obra se encuentra traducida al castellano: SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil* [trad. a cargo de VON CARSTENN-LICHTERFELDE, Macarena], Madrid, Tecnos, 1991): sólo tiene sentido responder por los riesgos del desarrollo cuando el fabricante (los autores están pensando en la responsabilidad por producto, pero el criterio, en mi opinión, es extensible a otros supuestos) actúe como un descubridor y se introduzca en un campo hasta entonces desconocido; en estos supuestos parece razonable estimular a quien abre nuevos caminos para que realice investigaciones suplementarias sobre eventuales riesgos no conocidos de su actuación (tesis que recibe objeciones en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices...*, *op. cit.*, pp. 68-69 —de quienes extraigo la cita—). Ello explicaría —e incluso justificaría— que la Ley alemana de técnica genética de 20 de junio de 1990 (*Gesetz zur Regelung von Fragen der Gentechnik* [*Gentechnikgesetz -GenTG-*]), en sus §§ 32 y 37.2, obligue al empresario a responder incluso por los riesgos del desarrollo.

En cualquier caso, parece que los obstáculos a la admisión de la cláusula del estado de la ciencia y de la técnica tienen que ser menores en el ámbito de la responsabilidad de la Administración que en el de los particulares, puesto que ella, con su actuación (a diferencia del empresario que lanza productos al mercado), no persigue lucro alguno. En este sentido, LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*, pp. 16 y 25. Téngase en cuenta lo que al respecto se dirá *infra*, en el epígrafe 3.4 del capítulo cuarto del presente trabajo.

[64] Como de hecho ya acompaña a la responsabilidad —sin duda objetiva— del fabricante o importador por los daños ocasionados por productos defectuosos, en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (LRPD) —artículo 6.1.*e)*—, y en la Directiva que dicha Ley traspone (Directiva del Consejo 85/374, de 25 de julio de 1985).

[65] En efecto, una responsabilidad de tipo objetivo no pasa a convertirse en subjetiva en el momento en que se permite la exoneración de los riesgos del desarrollo. De hecho, como se señala en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices...*, *op. cit.*, p. 9 (nota núm. 7), «en el caso específico de la excepción de los riesgos de desarrollo, se presupone que no hay negligencia». Y es que, en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, la introducción de la causa de exoneración de los riesgos del desarrollo ha llevado a la doctrina —fundamentalmente alemana— a discutir si

dicha responsabilidad es en realidad una responsabilidad por riesgo en sentido estricto (*Gefährdungshaftung*: responsabilidad por mero riesgo, sin culpabilidad ni antijuricidad) o, en cambio, una responsabilidad sin culpa (*verschuldensunabhängige Haftung*: responsabilidad por acto no culposo, pero sí ilícito —antijurídico—), no cuestionándose, en ningún momento, su carácter objetivo, ajeno a la idea de culpa (sobre la distinción alemana entre responsabilidad por riesgo y responsabilidad sin culpa, y la controversia doctrinal existente en ese país sobre la inclusión de la responsabilidad por productos defectuosos en uno u otro tipo de responsabilidad objetiva, SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices...*, *op. cit.*, pp. 39-41).

Así se desprende, por otro lado, de la ya citada STS (Sala 3.ª) de 31 de mayo de 1999 (Ar. 6154). En ella, el Tribunal Supremo no duda en calificar de objetiva la responsabilidad de la Administración derivada de la reforma de la LRJPAC llevada a cabo por la Ley 4/1999. De hecho, el tribunal afirma que el nuevo artículo 141.1 LRJPAC no es más que la positivación de un principio que estaba ya latente en la regulación anterior de la responsabilidad administrativa. El tribunal, por tanto, compatibiliza el límite del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica del nuevo artículo 141.1 con el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración española. En un sentido semejante se ha mostrado, después, la STS (Sala 3.ª) de 19 de octubre de 2000 (Ar. 8637).

Discrepo, por tanto, de JORDANO FRAGA, para quien el referido nuevo inciso inicia «la demolición del sistema objetivo de responsabilidad de las Administraciones Públicas constitucionalizado» y, por ello (para este autor —como se verá, *infra*, en el capítulo cuarto del presente trabajo— el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa española viene impuesto constitucionalmente por el artículo 106.2 CE), «contradice de forma frontal el artículo 106 CE», siendo, pues, inconstitucional (JORDANO FRAGA, Jesús, «La reforma del artículo 141...», *op. cit.*, p. 336).

También para CUETO supone el nuevo artículo 141.1 LRJPAC «una primera quiebra de la tan defendida responsabilidad objetiva de la Administración», quiebra que, a juicio de esta autora, no es inconstitucional, pero sí muy criticable en la medida en que representa «una vuelta atrás», «un recorte de las garantías con las que cuentan los particulares frente a la Administración» (CUETO PÉREZ, Miriam, «Avances y retrocesos...», *op. cit.*, pp. 274-275, 280-281 y 287).

También DÍEZ-PICAZO y DESDENTADO DAROCA consideran que el nuevo artículo 141.1 LRJPAC introduce el elemento de la culpa en la responsabilidad patrimonial de la Administración (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 61-62; DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, pp. 560-562 —para esta autora el nuevo artículo 141.1 es positivo en la medida en que limita la responsabilidad objetiva de la Administración, pero resulta, en su concreta configuración, insuficiente y, al mismo tiempo, excesivo—).

De la misma opinión se muestra LEGUINA, para quien el nuevo artículo 141.1 «podría reorientar el entero sistema de responsabilidad administrativa

hacia criterios de culpabilidad, en una dirección regresiva, por tanto, y de difícil conciliación con lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución y en el artículo 139 de la propia LRJ-PAC» (LEGUINA VILLA, Jesús, «La reforma de la Ley de Procedimiento», *op. cit.*, p. 13).

PANTALEÓN, a su vez, propone una lectura expansiva de dicho nuevo inciso, que va más allá de sus estrictos términos literales. Para este autor, «El tenor del tan repetido artículo 141.1 permite que la Administración se exonere de responsabilidad demostrando que el estado de la ciencia y de la técnica al tiempo de producción del daño no ponía a su disposición ninguna medida de cuidado que permitiera evitarlo a un coste razonable en atención al riesgo previsible. La "inevitabilidad" no puede entenderse en términos absolutos, puesto que, en dichos términos, todo es evitable: gastando antes ilimitadamente en I & D, u omitiendo sin más la actividad causante del daño» (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, p. 465). Esta interpretación, no hay duda, equivale a someter a la Administración al criterio de la culpa. Pero se trata de una interpretación expansiva, que va mucho más allá de lo que permite la literalidad del nuevo precepto, como además reconoce implícitamente el propio PANTALEÓN cuando advierte sobre el riesgo de una interpretación literal de la norma. El precepto remite al estándar del estado de los conocimientos científico-técnicos, no al de la culpa. Y, como ya he señalado en los lugares antes citados, uno y otro estándar no coinciden: el estándar de los conocimientos científico-técnicos es mucho más elevado que el de la culpa; el estándar de la culpa permite (deja sin indemnización) muchas más actuaciones lesivas que el estándar del estado de los conocimientos científico-técnicos, pues añade (permite tener en cuenta) consideraciones —exoneratorias— como el coste económico de las medidas que la ciencia y la técnica ponen a disposición para evitar el daño o los beneficios que se derivan de la realización de la actuación potencialmente lesiva (no habrá culpa cuando se dejen de adoptar unas medidas de seguridad excesivamente caras o cuando la realización de la actuación, aunque pueda producir daños, sea normalmente beneficiosa), consideraciones que PANTALEÓN pretende extraer de un nuevo artículo 141.1 que sin duda no las contiene. ¿Dónde se dice en el nuevo precepto, p. ej., que la Administración no responderá civilmente cuando las medidas de seguridad proporcionadas por la ciencia y la técnica y que hubieran evitado el daño fueran demasiado caras?

Y no es cierto que una interpretación literal del nuevo precepto no sirva para nada, no excluya nunca la responsabilidad administrativa; no es cierto, en definitiva, que, como dice PANTALEÓN, todo sea evitable: aunque el nuevo precepto, correctamente —esto es, literalmente— interpretado, no sirva para excluir la responsabilidad administrativa en la inmensa mayoría de supuestos, sí la evitará en aquellos casos en que el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica no permitía prever o evitar la producción del daño. Ello ocurrió precisamente en el ámbito que con toda seguridad ha propiciado la introducción del nuevo inciso en el artículo 141.1: el contagio transfusional del virus del SIDA. Como he creído poder demostrar en otro lugar, donde me he ocupado con detenimiento de dicha cuestión, la nueva cláusula del artículo

Excurso: una crítica y una defensa del nuevo artículo 141.1 LRJPAC. Una crítica destacable del nuevo inciso añadido por la Ley 4/1999 al artículo 141.1 LRJPAC ha sido efectuada por SALVADOR CODERCH. Para este autor, con este nuevo inciso, «el desarrollo de la ciencia y de la tecnología dejan de ser algo que [...] incumba al Estado español», y ello no parece congruente ni con el derecho a la protección de la salud contenido en el artículo 43.1 CE, ni con el papel de «promotor de la ciencia y la investigación científica y técnica» que corresponde al Estado según el artículo 44.2 CE; «parece olvidarse [continúa diciendo SALVADOR CODERCH] que los poderes públicos deben "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas" (artículo 43.2 CE) y que una medida preventiva de primer orden es una regulación de la responsabilidad civil que exija, caso de producirse el accidente, la reparación integral de los daños». Por otro lado, «parece olvidarse también que la regla del nuevo artículo 141.1 prescinde incluso de la responsabilidad por negligencia —culpa *in vigilando*—, pues, al fijar como momento relevante el de la producción del daño ni siquiera se incentiva a los poderes públicos a prestar atención al desarrollo de los conocimientos científicos y tecnológicos que han tenido lugar entre el momento de la comercialización del producto y el —acaso muy posterior— de la producción del daño». Además, «parece olvidarse, por último, que una cosa es el daño que no pudo preverse, pero otra muy distinta el que no pudo evitarse: excluir la responsabilidad por riesgos de desarrollo en daños previsibles, pero inevitables quiere decir, por ejemplo, que si sabemos que tal vacuna genera reacciones graves en uno por millón de la población vacunada, pero no sabemos cómo evitar el daño, la vacuna podrá

141.1 hubiera permitido excluir la responsabilidad administrativa en todos aquellos contagios que se produjeron antes de que se descubrieran las vías de transmisión de esta enfermedad (esto es, antes de 1983).

Entiendo perfectamente (comparto, incluso, como veremos) que la dicción literal del nuevo artículo 141.1 LRJPAC y la exclusión de responsabilidad administrativa que comporta puedan saber a poco, que se considere que el legislador se ha quedado corto y que debería haber puesto fin a la responsabilidad objetiva global de la Administración y pasar a someterla a una responsabilidad por culpa. Pero lo que no creo que se deba hacer es tratar de conseguir este resultado a través de una interpretación forzada de una norma a mi modo de ver tan clara como el nuevo artículo 141.1. Como el propio PANTALEÓN ha defendido siempre, no debe confundirse el plano del Derecho vigente (*lege lata*) con el del Derecho que se aspira conseguir tras la necesaria reforma legislativa (*lege ferenda*).

suministrarse —acaso obligatoriamente— pero el Estado cumplirá con auxiliar a las víctimas, pues la ley no le obliga a indemnizarlas». Finalmente, critica que la nueva cláusula exoneratoria no suministre criterios que posibiliten preconstituir una prueba, al menos *prima facie*, de que la conducta se ajustó al estado de los conocimientos, y que traslade únicamente a los jueces y tribunales (y no, además, a otras instancias: la comunidad científica, las profesiones...) la decisión sobre el estado de los conocimientos técnico-científicos; y pone como ejemplo de buena legislación la Ley de transfusiones alemana de 1 de julio de 1998 (*Transfusionsgesetz —TFG—*)[66].

Sin desconocer el serio fundamento de esta crítica, creo que puede señalarse, en defensa del nuevo artículo 141.1 LRJPAC, lo siguiente:

1. Que las Administraciones públicas dejen de responder por los riesgos del desarrollo no significa que se desentiendan del desarrollo de la ciencia y de la tecnología: a diferencia de lo que ocurre con los sujetos particulares (fabricantes de productos, p. ej.), el estímulo al desarrollo de la ciencia y la tecnología por parte de las Administraciones públicas no se canaliza únicamente (o principalmente) a través de las reglas de responsabilidad extracontractual, sino, sobre todo, directamente, a través de concretos mandatos positivos; ejemplos de normas que imponen a las Administraciones públicas la obligación de promover el desarrollo de la ciencia y la tecnología son la Ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica, y la Ley orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria (cuyo artículo 1.2, p. ej., establece que «son funciones de la Universidad al servicio de la sociedad: a) La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura»). No parece, pues, que el nuevo artículo 141.1 LRJPAC vaya a poder conducir a una desvinculación generalizada de las Administraciones públicas con el progreso de la técnica y de la ciencia. Por otro lado, que los poderes públicos vengan obligados a *promover* el desarrollo de la ciencia y de la técnica (obligación de medios) no significa que deban *conseguir* su efectivo y total desarrollo (obligación de resultados), no significa que deban conseguir que deje de haber riesgos imprevisibles

[66] SALVADOR CODERCH, Pablo, «Prólogo», en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices...*, *op. cit.*, pp. 14-17.

o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica.

2. El derecho a la protección de la salud recogido en el artículo 43.1 CE (que es un derecho de configuración legal, como se desprende de su inserción en el Capítulo III del Título I de la Constitución —artículo 53.3 CE—) no incluye el derecho a los últimos avances de la medicina [67]. No existiendo, pues, un derecho de los usuarios de la sanidad pública a la medicina más avanzada según el estado de los conocimientos del momento, existirá todavía menos un derecho a aquellos avances científico-técnicos *que aún no se han producido* (y que son los contemplados en el nuevo artículo 141.1 LRJPAC): no existiendo un derecho a la mejor medicina disponible en el año 2001, tampoco existirá —con mayor razón— un derecho a la medicina del año 2030. Por ello, creo que el nuevo artículo 141.1 LRJPAC resulta perfectamente coherente con el derecho a la protección de la salud reconocido y configurado por la normativa española actual.

3. Cuando el artículo 43.2 CE señala que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios», no creo que se esté refiriendo a mecanismos preventivos como la responsabilidad extracontractual, sino, más bien, a actuaciones positivas de la Administración destinadas a proteger la salud pública, como, p. ej., vacunaciones obligatorias, mantenimiento de adecuadas condiciones de salubridad e higiene públicas, campañas de información sobre prevención de enfermedades contagiosas, advertencia sobre riesgos para la salud de las personas (tabaco, drogas, alcohol); se trata, en efecto, de actuaciones positivas porque, en algunos casos, pueden llegar a ser impuestas coactivamente a los ciudadanos, en defensa de la salud pública, como se deduce de lo que inmediatamente después señala el artículo 43.2 CE: «La Ley establecerá los derechos *y deberes* de todos al respecto».

4. Que el nuevo artículo 141.1 LRJPAC fije como momento relevante para la valoración del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica el de la producción del daño, representa, en mi opinión, una restricción, y no ya una ampliación, de la operatividad de la cláusula exoneratoria: si se hubiera fijado como momento relevante, no ya el de producción del

[67] VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 78-79.

daño, sino uno temporalmente anterior, el de la actuación administrativa que se encuentra en el origen del daño (lo que, a mi juicio, hubiera sido perfectamente defendible), las posibilidades de exoneración de la Administración con base en el nuevo artículo 141.1 serían mayores, habida cuenta que la ciencia y la técnica podrán haber progresado (pero no ya retrocedido) entre el momento en que actuó la Administración y el momento —cronológicamente posterior— en que se ha producido el daño. Precisamente por ello, creo que la norma incentiva a la Administración a tener en cuenta el desarrollo científico-técnico que pueda producirse entre su actuación lesiva y la efectiva producción del daño (la Administración no podrá alegar el nuevo artículo 141.1 cuando el daño, siendo inevitable o imprevisible según el estado técnico-científico en el momento en que ella actuó, haya dejado de serlo posteriormente, al producirse el daño).

5. Es cierto que el daño imprevisible es distinto del previsible, pero inevitable (de hecho, sobre esta distinción se basa, en parte, la diferenciación entre caso fortuito y fuerza mayor). Seguramente, además, la circunstancia de que el nuevo artículo 141.1 no se refiera sólo a los daños imprevisibles, e incluya también los daños previsibles, pero inevitables, obliga a considerar que dicho precepto no se está limitando a excluir la responsabilidad administrativa por los llamados riesgos del desarrollo (puesto que, como señala SALVADOR CODERCH en otro lugar del Prólogo, riesgos del desarrollo son —al menos, en su acepción dominante en Europa— «aquellos riesgos que el estado de la ciencia y la técnica no permitían *prever* en el momento de llevarse a cabo la actividad causante del daño» [68]). Pero, en cualquier caso, ocurrirá muy pocas veces que un daño sea previsible, pero inevitable, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica; ello no sucede, a mi modo de ver, en el ejemplo puesto por el autor citado: si se sabe que una vacuna genera reacciones graves en uno por millón de la población vacunada, se podrá evitar el resultado lesivo no llevando a cabo la vacunación de los ciudadanos. Ésta será, seguramente, una solución inaceptable desde una perspectiva de política sanitaria global, pero es una solución que pone de manifiesto que no estamos ante un daño inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica. Por ello, si la Administración, a pesar de que

[68] SALVADOR CODERCH, Pablo, «Prólogo», en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep. *Brujos y aprendices...*, *op. cit.*, p. 7. (La cursiva es mía).

conozca la existencia del porcentaje ineliminable de daños derivados de las vacunaciones, las lleva a cabo, no podrá ampararse en la nueva cláusula del artículo 141.1 LRJPAC para excluir su responsabilidad extracontractual ante las eventuales víctimas. Y es que, en general, cuando un daño sea previsible según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, será también, normalmente, evitable.

6. Por último, no creo que la crítica de SALVADOR CODERCH al nuevo artículo 141.1 LRJPAC derive de un general rechazo a que la cláusula de exoneración de responsabilidad por riesgos del desarrollo sea extendida a las Administraciones públicas, puesto que este mismo autor, en otra parte del citado Prólogo [69], y, más explícitamente, junto a CASTIÑEIRA [70], como ya sabemos, se ha mostrado contrario a que la responsabilidad de la Administración española se configure de forma objetiva. Y, como ya se ha dicho, cuando la responsabilidad se basa en la culpa, no se responde nunca por los riesgos del desarrollo [71].

---

[69] En SALVADOR CODERCH, Pablo, «Prólogo», en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices...*, *op. cit.*, p. 8.

[70] En SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, p. 149.

[71] Coincido, por todo ello, con quienes han valorado positivamente el nuevo inciso del artículo 141.1 LRJPAC: LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.* (en todo el trabajo; dicho autor contesta la crítica de SALVADOR CODERCH al nuevo artículo 141.1 LRJPAC en las pp. 25-26); MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 342-343; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, p. 378; CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 355; DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 40-41; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 351; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, p. 462 (aunque no comparto, como he dicho antes, la lectura expansiva que de dicho precepto propone este autor); también ASÚA y PÉREZ GÁLVEZ parecen mostrarse favorables a la exoneración de la Administración por los riesgos del desarrollo (ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., «Responsabilidad sanitaria», en DÍAZ ALABART, Silvia; ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid, Xunta de Galicia/Montecorvo, 2000, pp. 258-261; PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, «Responsabilidad por acto sanitario y progreso...», *op. cit.*, p. 671).

Aunque, como se verá a lo largo del presente trabajo, no creo que el nuevo artículo 141.1 LRJPAC sea suficiente. Pero no adelantemos acontecimientos.

En lo que sí coincido plenamente con SALVADOR CODERCH es en su deseo de que el legislador regule el tema de los riesgos del desarrollo en positivo, suministrando criterios que aporten seguridad jurídica, y no dejando en las solas manos del juez la difícil cuestión de determinar cuál era el estado de los conocimientos científico-técnicos en el momento de producción del hecho lesivo. Coincido, asimismo, en considerar que la regulación de la Ley alemana de transfusiones es un magnífico ejemplo a seguir. Un magnífico ejemplo de cómo regular la responsabilidad extracontractual de la Administración, en general, y no ya sólo el concreto aspecto de los riesgos del desarrollo. Más adelante, en el capítulo quinto del presente trabajo, se volverá sobre la función del juez en la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La Ley 4/1999, en realidad, ha reforzado el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración española, al extenderlo también a la actuación de la Administración desarrollada en relaciones de *Derecho privado*. En efecto, tradicionalmente, como se ha dicho, sólo la actuación en relaciones de Derecho público de la Administración quedaba sometida al régimen de responsabilidad objetiva propio del Derecho público; en su actuación desarrollada en relaciones de Derecho privado, la Administración quedaba sujeta al régimen de responsabilidad extracontractual contenido en el Código civil (al régimen de responsabilidad propio del Derecho privado), el cual, como es sabido, pivota fundamentalmente sobre la idea de culpa. Pues bien, la Ley 4/1999, al modificar el artículo 144 LRJPAC, ha unificado el régimen material de responsabilidad al que quedan sometidas las Administraciones públicas: ahora, tanto cuando actúen en relaciones de Derecho público, como cuando lo hagan en relaciones de Derecho privado, quedarán sometidas a la cláusula general contenida en el artículo 139 LRJPAC y al régimen de responsabilidad —de Derecho público— objetiva global en ella prevista y que ya conocemos [72].

[72] Sobre esta unificación del régimen material de responsabilidad efectuada por la Ley 4/1999, y sobre la controversia doctrinal que existió en este punto durante la vigencia del originario artículo 144 LRJPAC, puede verse el epígrafe IV de mi artículo «La reforma del sistema de responsabilidad...», *op. cit.*

En el año 2001, por tanto, la responsabilidad extracontractual de la Administración española sigue siendo, en sus rasgos fundamentales, la misma que en 1954: una responsabilidad objetiva global, para todos los sectores de la actividad —o inactividad— administrativa (actividad jurídica y material; tras la reforma de 1999, además, no sólo la desarrollada en relaciones de Derecho público, sino también la de Derecho privado).

¿Significa esto que la Administración española responde en el año 2001 de la misma manera que en 1954?, ¿la continuidad normativa ha venido acompañada de una continuidad en su aplicación jurisprudencial? La respuesta es rotundamente negativa.

Durante los años cincuenta y sesenta, vigente ya el amplísimo sistema de responsabilidad contenido en la LEF y la LRJAE, la jurisprudencia española sólo en contadas ocasiones admitió la responsabilidad de la Administración. Y, cuando lo hizo, la vinculó siempre a la idea de culpa, no reconociendo su carácter objetivo [73]. Ello explica la dura crítica que, en 1970, dirigió GARCÍA DE ENTERRÍA al Derecho de daños español del momento, en general, y a la interpretación jurisprudencial de las normas sobre responsabilidad civil de la Administración, en particular. En su Prólogo a la ya clásica monografía de LEGUINA sobre la responsabilidad civil de la Administración puede leerse:

> «El tema de la responsabilidad civil es en nuestro Derecho uno de los más gravemente necesitados de una reflexión crítica. [...] No se trata propiamente de una insuficiencia normativa, [...] sino más bien de una insensibilidad general para su aplicación. [...] Uno cree soñar [...] 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 [...] Evidentemente, esta institución de la responsabilidad civil, en la realidad de otros países, no es la misma que la que se aplica

[73] Constatan las grandes dificultades de consolidación del nuevo sistema de responsabilidad instaurado por la LEF, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, p. 370, y MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 336-337.

entre nosotros con el mismo nombre. [...] Habría que acudir por ello para explicar el hecho a una interpretación del sistema de valores propia de la sociedad española [...] probablemente pueda verse aquí, por una parte, una corroboración frente a las apariencias del escaso individualismo de nuestra sociedad [...]; por otra parte, un resultado en el que puede tener alguna razón tanto la tendencia a la aceptación de los siniestros como desgracias providenciales (fruto acaso de una concepción religiosa de la vida, que deja escaso margen para un tratamiento en pura técnica de la relación entre patrimonios o quizá también de un influjo del fatalismo árabe) como de 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. [...] Todo lo anterior puede contribuir a proporcionar una explicación de lo ocurrido entre nosotros con la aplicación de la responsabilidad civil a los daños imputables a la Administración Pública. [...] no obstante el tiempo transcurrido desde esta básica innovación legislativa [los artículos 121 LEF y 40 LRJAE], es un hecho que la responsabilidad de la Administración está todavía por echar a andar en nuestro sistema como institución efectiva. Ya no hay la menor dificultad interpretativa de la Ley, la fórmula positiva es de una amplitud y de una generosidad como muy pocos derechos conocen, el cauce jurisdiccional es explícito y sumamente simple..., pero las condenas de reparación que contra la Administración del Estado (y aun contra la local) han salido de los Tribunales pueden contarse apenas con los dedos de la mano [...] Es, sin duda, esa patológica situación de separación entre ciencia jurídica y aplicación real del Derecho la que, en último extremo, puede explicar lo que ocurre con nuestro derecho de daños, situación patológica aquí quizá extremada por el hecho de que la ciencia jurídica en este tema ha ganado del todo al legislador y, sin embargo, las fórmulas positivadas por éste siguen sin aplicarse» [74].

Esta larga transcripción se justifica porque refleja perfectamente el estado de insensibilidad que reinaba, en materia de responsabilidad de la Administración (y en materia de responsabilidad extracontractual, en general), en la jurisprudencia de la década y media que siguió a la implantación del sistema de responsabilidad de la LEF.

[74] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Prólogo», en LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil..., op. cit.*, pp. 13-25.

Treinta años después la situación ha cambiado totalmente. Ya no se discute la responsabilidad de la Administración. La jurisprudencia social y contencioso-administrativa, además, no dudan en afirmar que la responsabilidad extracontractual de la Administración es objetiva (no así la jurisprudencia civil, que sigue aplicando a la Administración, en la mayoría de los casos, el Código civil, basado en la culpa), siguiendo la interpretación doctrinal tradicional antes expuesta. Aunque, como ya he señalado en otra parte, se trate de una afirmación casi siempre meramente simbólica, puesto que la jurisprudencia, como regla general, sólo condena a la Administración cuando constata la existencia de culpa (de anormalidad) en el funcionamiento del servicio público [75], lo cierto es que ha habido ya algunas sentencias que han llevado a sus consecuencias naturales el amplísimo sistema de responsabilidad —objetiva— recogido por la normativa vigente y que han declarado la responsabilidad de la Administración en supuestos en que el servicio funcionó perfectamente. Han sido éstas, precisamente, las sentencias que han encendido la luz de alarma en la doctrina y han dado pie a la escisión doctrinal antes apuntada [76].

Sin que haya cambiado la normativa, se ha pasado, por tanto, de una situación de práctica irresponsabilidad a otra de responsabilidad amplísima de la Administración [77]. En palabras de MARTÍN REBOLLO, tras recordar el Prólogo antes citado de GARCÍA DE ENTERRÍA:

---

[75] MIR PUIGPELAT, Oriol, «La reforma del sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1015; y (en el ámbito sanitario) MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 38-39.

[76] La más conocida ha sido, sin duda, la STS (Sala 3.ª) de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115). Me ocupo de esta sentencia y de la numerosa doctrina que la ha comentado en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 270-272. Otras sentencias, más recientes, que han aplicado la responsabilidad objetiva de la Administración en el controvertido terreno de la asistencia sanitaria, condenando pese a no haber habido vulneración de la *lex artis*, son la STS (Sala 3.ª) de 28 de junio de 1999 (Ar. 6330) y la STS (Sala 4.ª) de 6 de marzo de 2000 (Ar. 2600).

[77] Más adelante, en el capítulo quinto, se volverá sobre la circunstancia de que la cláusula general de responsabilidad objetiva heredada de la LEF haya permitido interpretaciones jurisprudenciales tan oscilantes.

> «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» [78].

Esta sensación de potencial desbordamiento es la que condujo, en 1994, a la crítica de PANTALEÓN. A raíz de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991 acabada de citar, que llevó a sus consecuencias naturales el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración española, condenando al INSALUD por los daños sufridos por una paciente como consecuencia de una intervención quirúrgica impecable desde el punto de vista de la *lex artis*, PANTALEÓN, con base en distintos argumentos, de los que nos ocuparemos más adelante, sostiene que no tiene sentido seguir manteniendo la interpretación tradicional (antes descrita) del sistema vigente de responsabilidad administrativa, y que la responsabilidad objetiva de la Administración no puede extenderse a todos los daños producto de accidentes. La responsabilidad de la Administración por los daños producto de accidentes sólo puede nacer, para este autor, cuando exista un funcionamiento *anormal* del servicio público (y cuando una Ley, igualmente aplicable a los particulares —como, p. ej., la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor [LRSCVM] [79]—, establezca expresamente la responsabilidad —objetiva— por el riesgo creado por la Administración), y no ya cuando —como sucedió en el supuesto de hecho de dicha sentencia— la Administración haya actuado correctamente. Fuera de los casos de responsabilidad por riesgo expresamente previstos por la legislación sectorial, y aplicables por igual a Administración y particulares, la responsabilidad de la Administración sólo puede ser objetiva (y derivar, por tanto, de su funcionamiento *normal*), según PANTA-

---

[78] MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 319.

[79] Texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Antes de ser modificada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, se denominaba Ley de uso y circulación de vehículos a motor.

LEÓN, en los que llama «daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio», aquellos que son «consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión» y que «represent[a]n para quien los padece un sacrificio individualizado que no le [es] exigible soportar»: en ejemplos del propio autor, los daños ocasionados a los propietarios colindantes como consecuencia de la ejecución de obras públicas o de la reforma de las vías públicas, o —parece que también debe incluirse aquí este ejemplo— el coche que es destruido por la policía ante la sospecha de que contiene un artefacto colocado por unos terroristas y que está a punto de explosionar[80].

Se trata, pues, para este autor, de reinterpretar la fórmula «funcionamiento *normal* de los servicios públicos» manejada por la normativa vigente desde 1954, dotándola de un alcance más limitado; limitando, en definitiva, el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración española: ésta dejaría de ser una responsabilidad objetiva global, quedando circunscrita a determinados tipos de daños. En el resto de daños —los más frecuentes: los producto de accidentes— la responsabilidad sólo nacería en caso de anormalidad en la actuación administrativa o en los excepcionales supuestos de responsabilidad por riesgo previstos expresamente por el legislador.

La crítica de la interpretación tradicional efectuada por PANTALEÓN y sus seguidores ha derivado, en gran medida, como ya se ha dicho, del cambio de actitud detectado en la jurisprudencia española, cada vez más decidida a llevar a sus consecuencias naturales el sistema de responsabilidad administrativa recogido por la normativa vigente y a condenar a la Administración aun en ausencia de anormalidad en el funcionamiento del servicio público. Pero el cambio de orientación jurisprudencial no ha sido la única causa de la evolución experimentada por la doctrina. Esta evolución se explica también, más profundamente, como una adaptación a la gran transformación sociopolítica

[80] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, pp. 244-253.

sufrida por nuestro país desde 1954, año de aprobación de la LEF: el Estado, al convertirse en social (artículo 1.1 CE), ha crecido enormemente; la acción de la Administración se ha multiplicado cuantitativa (la Administración actual interviene, de una forma u otra, en prácticamente todos los ámbitos de la realidad) y cualitativamente (el nivel de calidad exigido por los ciudadanos a los servicios públicos se ha incrementado en una gran medida), aumentando, paralelamente, los riesgos y los daños generados por el poder público; y las víctimas de la acción administrativa, en un nuevo contexto de conciencia de los derechos individuales, de pérdida del miedo ante las tradicionales manifestaciones de la autoridad, de mayores exigencias a los poderes públicos (a los que se asigna un nuevo papel), y de una distinta concepción de la vida y de los riesgos que la misma comporta, ya no se resignan a sufrir el daño, y no dudan en reclamar responsabilidad extracontractual de la Administración [81].

3. Objeto de estudio. Hacia una aproximación de los sistemas de responsabilidad administrativa de los Estados miembros de la Unión Europea

En el presente trabajo me ocuparé del alcance que deba tener la responsabilidad de la Administración española. De si debe mantenerse la interpretación tradicional, partidaria de la responsabilidad objetiva global de la Administración, o si, por el contrario, como ha puesto de relieve la doctrina crítica, conviene limitar dicho carácter objetivo.

Es éste, en mi opinión, un debate *de lege ferenda*, no *de lege lata*. No creo, por ello, a diferencia de PANTALEÓN y sus seguidores, que quepa reinterpretar la normativa vigente en un sentido que excluya la responsabilidad objetiva global de la

[81] Efectúo algunas consideraciones sobre esta transformación, con particular referencia al ámbito sanitario, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 29-31 y 41. De especial interés son las realizadas por MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 317-323.

Administración española: el legislador, conocedor de la interpretación doctrinal tradicional, totalmente dominante hasta hace poco tiempo (y que procede —esto no debe olvidarse— de quien redactó el artículo 121 LEF), ha tenido más de cuarenta años para modificar la cláusula general de responsabilidad, que alude, indistintamente, como sabemos, al funcionamiento *normal* y anormal del servicio público (sin priorizar a la segunda sobre la primera; la interpretación literal de la normativa vigente conduce, sin lugar a dudas, a admitir la responsabilidad objetiva global de la Administración), y no lo ha hecho; el legislador podía haber introducido límites al carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, y lo que ha hecho, en cambio, ha sido extenderla a la actividad en relaciones de Derecho privado de la Administración; y excluirla, únicamente, en los casos de imprevisibilidad o inevitabilidad según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, exclusión ésta que, como hemos visto, no afecta al carácter objetivo de la responsabilidad administrativa. Además, aunque la reinterpretación propuesta por la doctrina crítica (que es una interpretación restrictiva, no literal) fuera acogida por el Tribunal Supremo, ello no evitaría que los órganos jurisdiccionales inferiores (que no quedan vinculados por el precedente dictado por el tribunal superior, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de *common law*), amparándose en la literalidad de la cláusula general de responsabilidad administrativa, se apartaran de ella y se adhirieran a la interpretación tradicional de la normativa vigente.

Creo, por ello, que una limitación del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración española pasa por una necesaria modificación de la normativa vigente, por una intervención del legislador. La mía es, por tanto, en cierto modo, una posición *ecléctica* entre la de los partidarios y la de los críticos de la interpretación tradicional de la responsabilidad de la Administración de nuestro país: coincido, por un lado, con el sector tradicional, al admitir que la normativa española, desde la LEF, prevé una responsabilidad objetiva global de la Administración; y coincido, por otro lado, con el sector crítico (adelanto ya mi postura), al estimar necesaria una importante limitación del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa.

El presente trabajo es, en este sentido, una continuación de otro que he dedicado a la responsabilidad de la Administración sanitaria [82]: tras explorar, en él, los límites que la responsabilidad de la Administración (en general, y la Administración sanitaria, en particular) tiene *de lege lata*, e intentar su máxima precisión técnica a través de la importación de la teoría de la imputación objetiva (y la aplicación a la responsabilidad de la Administración de los concretos títulos de imputación que la misma comporta) y la redefinición de los conceptos de imputación y causalidad [83], ahora, en el presente trabajo, me ocuparé de los límites que dicha responsabilidad debe tener *de lege ferenda*.

No sólo me ocuparé, sin embargo, del problema del excesivo alcance de la responsabilidad administrativa prevista por la normativa vigente (del excesivo alcance de una responsabilidad objetiva global). Me detendré, también, en otros dos importantes defectos que a mi juicio arrastra dicha normativa, desde su mismo nacimiento, en 1954, y que, o no han sido detectados por nuestra doctrina, o, cuando lo han sido, no han sido suficientemente enfatizados: la excesiva *generalidad* (con unos pocos preceptos, apoyados en una única cláusula general, el legislador pretende resolver la complejísima cuestión de la responsabilidad administrativa, atribuyendo un enorme protagonismo al juez, a la interpretación jurisprudencial) y la excesiva *uniformidad* (el criterio y los requisitos para que nazca la responsabilidad administrativa son los mismos en todos y cada uno de los variadísimos ámbitos de la actuación administrativa) del sistema de responsabilidad positivado en el ordenamiento jurídico español.

La normativa española vigente será, pues, objeto de un análisis crítico. Antes, sin embargo, como paso previo, afrontaré dos cuestiones a mi modo de ver fundamentales para un correcto encuadramiento y solución de los problemas que genera la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración: la

---

[82] Se trata del libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.* Véase, al respecto, lo que señalo en su epílogo.

[83] Resumo brevemente los rasgos fundamentales de la teoría de la imputación objetiva —y la aplicación que de la misma he efectuado en el trabajo acabado de citar— *infra*, en el epígrafe 4.3 del capítulo cuarto del presente trabajo.

distinción de figuras afines (trataré de diferenciar a la responsabilidad de la Administración de las instituciones de la delimitación de derechos y la expropiación forzosa) y el análisis de las funciones de la responsabilidad de la Administración.

De especial importancia para valorar las soluciones adoptadas por nuestro ordenamiento será el análisis de otros sistemas de nuestro entorno cultural. Se acudirá, para ello, a los sistemas italiano, alemán y francés de responsabilidad de la Administración. Parece necesario, en el contexto de la Unión Europea, examinar qué divergencias y qué elementos comunes existen en las respectivas regulaciones de la responsabilidad extracontractual de la Administración de los distintos Estados miembros. Y es que un importante tema, no resuelto, y apenas puesto de relieve, es hasta qué punto la profundización de la integración política y el mercado común y la libre competencia de los distintos agentes económicos de la Unión Europea exigen la armonización de las regulaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad administrativa [84]. El sistema español de responsabilidad de la Administración tiene —como trataré de poner de relieve a lo largo del presente trabajo— mucho que importar de sus homónimos comunitarios. Pero la relación es bidireccional: la experiencia española, el auge y crisis del sistema de responsabilidad administrativa más amplio y generoso de Europa, el auge y crisis del sistema hacia el que tenderían —al decir de la doctrina administrativista española partidaria del sistema vigente— tarde o temprano el resto de sistemas occidentales, interesa al resto de Estados que integran la Unión Europea, les sirve de advertencia sobre los peligros e inconvenientes de expandir progresiva e ilimitadamente el alcance de la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos. Y permite entrever que el futuro de una hipotética armonización de la responsabilidad de la Administración de los distintos Estados miembros pasa, probablemente, por una solución intermedia, por una solución a medio camino entre el sistema español y otros menos proclives a reconocer el deber resarcitorio de los poderes públicos.

---

[84] Véase, al respecto, lo que se dirá *infra*, en el epígrafe 3.2 del capítulo cuarto del presente trabajo.

Por último, básico será también —sobre todo cuando se profundice en el tema del carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad administrativa— el contraste con los resultados alcanzados, en materia de responsabilidad extracontractual, por la doctrina privatista, española y extranjera.

4. Plan

El trabajo se estructurará en cinco capítulos. Al presente capítulo, de tipo introductorio, seguirá otro dedicado a la distinción entre las instituciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la delimitación de derechos y la expropiación forzosa.

El tercer capítulo será destinado a la enunciación de las funciones de la responsabilidad administrativa.

En el cuarto capítulo se abordará el estudio de la cuestión que ha dividido a la doctrina española: ¿Debe la responsabilidad de la Administración seguir siendo de carácter objetivo?

En el quinto y último capítulo se analizarán los otros dos defectos que a mi juicio presenta el sistema español de responsabilidad de la Administración: la excesiva generalidad y uniformidad.

Unas rápidas conclusiones y una breve reflexión final pondrán fin al presente trabajo.

CAPÍTULO SEGUNDO

DELIMITACIÓN DE DERECHOS, EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Como hemos visto en el capítulo anterior, tres son los grandes defectos que arrastra el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración española desde la LEF: excesiva generalidad, excesiva uniformidad y excesiva amplitud. Comenzaré ocupándome de este último defecto, que es el que ha recibido una mayor atención doctrinal. Veremos, en este sentido, si cabe seguir manteniendo la responsabilidad objetiva global de la Administración o si, por el contrario, conviene limitarla.

Ello exigirá exponer y valorar los argumentos suministrados en favor y en contra de la responsabilidad objetiva de los entes públicos; conocer la implantación de la responsabilidad objetiva en los sistemas de responsabilidad administrativa de nuestro entorno cultural (se aludirá a los sistemas italiano, francés y alemán); y tener en cuenta los resultados alcanzados por la doctrina iusprivatista, española y extranjera, que lleva ya más de un siglo discutiendo sobre si la responsabilidad extracontractual debe ser objetiva o pivotar sobre la idea de culpa.

Antes, sin embargo, me parece imprescindible abordar dos cuestiones previas, capitales para el correcto encuadramiento del problema. La primera, distinguir la institución de la responsabilidad extracontractual de la Administración de la expropiación forzosa y de la delimitación de derechos por parte del poder público. Estas tres instituciones se encuentran, como se verá a continuación, estrechamente relacionadas. Tanto, que a menudo se llegan a confundir sus respectivos confines. La doctrina que ha estudiado la responsabilidad de la Administración rara vez se ha preocupado de delimitar su área respecto de la de las otras dos. Esta tarea de delimitación es, a mi modo de ver, indispensable para conocer qué corresponde y qué no corresponde a la institución de la responsabilidad administrativa, qué tipo de supues-

tos caen dentro de su área y cuáles, en cambio, en la de la expropiación y la delimitación de derechos. Ello nos permitirá, de paso, exponer los rasgos esenciales del Derecho alemán de daños públicos, donde la vinculación entre las tres instituciones es especialmente clara.

La segunda cuestión previa que se abordará será la de las funciones de la responsabilidad civil, en general, y de la responsabilidad de la Administración, en particular. Sólo tras saber qué funciones tiene y debe tener la responsabilidad extracontractual de la Administración puede procederse a un examen crítico de una concreta regulación legal como el que aquí se efectuará. Me ocuparé de esta segunda cuestión previa en el próximo capítulo. Centrémonos, ahora, en la primera.

1. La estrecha vinculación existente entre la delimitación de derechos, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración. El ejemplo alemán

La delimitación de derechos, la expropiación forzosa y la responsabilidad extracontractual de la Administración son instituciones íntimamente relacionadas entre sí. En todas ellas el poder público (la colectividad), en aras —normalmente— del interés general, irroga un perjuicio a un particular, perjuicio del que se plantea su indemnizabilidad (¿el perjuicio debe ser soportado únicamente por el particular afectado o, en cambio, merece ser indemnizado y, con ello, asumido por toda la colectividad?).

Muestra de la estrecha relación existente entre ellas es el hecho de que aparezcan vinculadas, de un modo u otro, en muchos ordenamientos jurídicos. En España, la vinculación entre las dos últimas instituciones se produjo ya en un primer momento, a nivel legislativo, al ser la Ley de expropiación forzosa —no por casualidad, como ya nos consta— la primera en reconocer de forma general la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Dicha vinculación vuelve a ser de actualidad tras la crítica de PANTALEÓN y su tesis según la cual la

cláusula del «funcionamiento *normal* de los servicios públicos» debe restringirse a los daños «cuasiexpropiatorios o de sacrificio» [85]. La relación existente, a su vez, entre la delimitación de derechos y la expropiación (e incluso la responsabilidad del legislador), se puso de relieve, con todas sus consecuencias —como luego se verá—, con motivo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), y otras normas funcionariales, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas (LA [1985]) [86], la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LC), y las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronunciaron sobre su constitucionalidad.

Pero es el Derecho alemán el que conoce y ha conocido una mayor interrelación de las tres instituciones. En Alemania, como se sabe, la doctrina suele estudiar en una misma sede la responsabilidad de la Administración, la expropiación y, en lo concerniente a su indemnizabilidad, la delimitación de derechos. Las tres instituciones son encuadradas en la categoría general de las prestaciones indemnizatorias públicas (*staatliche Ersatzleistungen*), y resulta obligado contemplarlas conjuntamente si se quiere tener una visión real de la protección que en Alemania reciben los particulares ante la actuación administrativa. De las tres, la que sin duda ha sido objeto de un mayor desarrollo ha sido la expropiación (*Enteignung*); a través de la expansión, por vía interpretativa, del instituto expropiatorio, la jurisprudencia alemana ha corregido el limitado alcance que el ordenamiento de ese país confiere a la institución de la responsabilidad extracontractual de la Administración, ampliando sustancialmente el área de los daños indemnizables como consecuencia de la acción pública.

> La responsabilidad civil de la Administración alemana, en efecto, es bastante limitada. Circunscrita la responsabilidad por riesgo —objetiva— (*Gefährdungshaftung*) a los casos excepcio-

---

[85] MARTÍN REBOLLO, recientemente, movido, en parte, por el nuevo enfoque de PANTALEÓN, ha sugerido retomar la discusión sobre el parentesco existente entre la responsabilidad y la expropiación que se produjo en 1954 con motivo de la regulación en una misma Ley de ambas instituciones (MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 363 y 368).

[86] Esta Ley ha sido recientemente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se ha aprobado el texto refundido de la vigente Ley de aguas.

nales expresamente previstos por la Ley [87], el sistema alemán pivota fundamentalmente sobre la responsabilidad por ejercicio del cargo (*Amtshaftung*) prevista por el artículo 34 de la Ley Fundamental de Bonn (*GG*) [88] y por el § 839 del Código civil (*BGB*) [89]. Los requisitos para que nazca la *Amtshaftung* son muchos: *a)* ejercicio de un cargo público (entendido, en sentido funcional, como actividad soberana, de Derecho público [*hoheitliche, öffentlich-rechtliche Tätigkeit*]) por parte de una persona integrada o no en la organización administrativa; *b)* infracción de

---

[87] Véase lo que se dirá *infra*, en el epígrafe 2.1.2 del capítulo cuarto, sobre la sumisión de la Administración alemana a la responsabilidad por riesgo (*Gefährdungshaftung*).

[88] Según dicho precepto, «Si alguien, en el ejercicio de un cargo público que le ha sido confiado, infringe los deberes que su cargo le impone frente a terceros, la responsabilidad recaerá, en principio, sobre el Estado o la entidad a cuyo servicio aquél se encuentre. Procede la acción de regreso en caso de dolo o culpa grave. No se puede excluir el recurso ante los tribunales ordinarios para la acción de daños y perjuicios ni para la de regreso».

[89] Según el cual, «(1) Si un funcionario, dolosa o imprudentemente, infringe los deberes que su cargo le impone frente a terceros, deberá indemnizar el daño que de ello se derive. En caso de imprudencia, el funcionario sólo podrá ser objeto de reclamación cuando el lesionado no pueda obtener resarcimiento de otro modo. (2) Si un funcionario infringe los deberes de su cargo al dictar sentencia en un pleito, sólo responderá del daño que de ello se derive en el caso de que la infracción del deber constituya delito. Esta disposición no resulta de aplicación a la negativa o retraso contrarios a deber en el ejercicio del cargo. (3) La obligación de indemnizar no tendrá lugar cuando el lesionado, dolosa o imprudentemente, haya prescindido de evitar el daño mediante la interposición de un recurso».

Como es fácil apreciar, el § 839 *BGB* sólo se refiere, literalmente, a la responsabilidad del funcionario, no a la de la Administración. El precepto, sin embargo, debe ser puesto en relación con el artículo 34 *GG*. La interpretación integrada de ambos preceptos efectuada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia alemanas es la siguiente: *a)* el artículo 34 *GG* prevé y regula, al máximo rango normativo, la responsabilidad de la Administración en el ámbito del *Derecho público* (*öffentlich-rechtlicher Bereich*; también conocido como *hoheitlicher Bereich*); el precepto, sin embargo, debe ser completado con lo dispuesto en el § 839. Deberán concurrir los requisitos previstos en ambas normas para que nazca la responsabilidad de la Administración. Pero, cuando concurran, sólo la Administración responderá ante la víctima, puesto que, según el artículo 34 *GG* (norma de rango superior al § 839 *BGB*), el agente causante del daño sólo responderá internamente, en vía de regreso. En el ámbito del *Derecho público*, por tanto, se debe adaptar lo dispuesto en el § 839 a lo establecido en el artículo 34 *GG*; *b)* en el ámbito del *Derecho privado* (*privatrechtlicher Bereich*), en cambio, no resulta de aplicación el referido precepto constitucio-

un deber del cargo destinado a la protección de la víctima [90]; *c)* existencia de culpa; *d)* mediación de relación de causalidad entre la infracción del deber del cargo y el daño; *e)* imposibilidad

---

nal y el § 839 recupera su tenor literal. El precepto resulta aplicable, de este modo, no ya a la Administración (la cual, en este ámbito, no responde en virtud de la interpretación conjunta del § 839 *BGB* y artículo 34 *GG* acabada de exponer, sino *ex* §§ 823 y 831 *BGB* —el primero contiene la cláusula general de responsabilidad civil por hecho propio y el segundo se refiere a la responsabilidad del empleador—), sino al funcionario *stricto sensu*, que responde directamente ante la víctima —junto a la Administración—. Cuando quien cause el daño no sea funcionario *stricto sensu*, responderá directamente ante la víctima —junto a la Administración— en virtud de la cláusula general de responsabilidad por hecho propio del § 823 *BGB*, y no ya *ex* § 839.

La distinción entre ámbito de Derecho público y ámbito de Derecho privado es, pues, fundamental en materia de responsabilidad civil de la Administración alemana. La *Amtshaftung* se circunscribe al primero de dichos ámbitos, el sujeto al artículo 34 *GG*.

[90] Este requisito de la responsabilidad administrativa, típicamente alemán (y que ha sido recogido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al configurar la responsabilidad civil de los órganos comunitarios), encubre, como puede apreciarse, una doble exigencia: no basta con infringir los deberes del cargo: es necesario, además, que dicho deber haya sido fijado en protección de la víctima.

Esta segunda exigencia, conocida como «orientación hacia terceros» —del deber infringido— (*Drittrichtung*), es invocada a menudo por la jurisprudencia alemana para negar la responsabilidad administrativa (si bien se constata una clara tendencia a ampliar notablemente los supuestos en que la misma concurre). Su operatividad queda claramente puesta de manifiesto en el siguiente ejemplo ofrecido por MAURER: B construye una nave de una fábrica tras obtener la preceptiva licencia de obras de la Administración. Estando muy avanzadas las obras, la nave se desploma y causa lesiones a A, que casualmente pasaba por la zona. Al demostrarse que la nave se ha desplomado por estar mal diseñada (errores de cálculo), A y B reclaman indemnización a la Administración que concedió la licencia de obras. La normativa impone a la autoridad administrativa, previamente a la concesión de una licencia de obras, el deber de verificar la estabilidad de la construcción proyectada. Ello no se ha cumplido en el caso concreto —o no suficientemente—, existiendo, pues, infracción del deber del cargo. ¿Existe también *Drittrichtung*? (¿El deber infringido protegía a A y a B?). El deber de la Administración de comprobar la estabilidad de las construcciones proyectadas es impuesto en interés de la colectividad y, también, de aquellas personas que se puedan ver amenazadas por el desplome de una edificación inestable, pero sólo en protección de su vida, integridad física y propiedad, no de sus intereses económicos. Por ello, sólo A (que ha sufrido un daño corporal), y no ya B (que únicamente alega un daño patrimonial), tendrá derecho a indemnización (en el caso, por supuesto, de que con-

de recibir indemnización por otros medios [91]; *f)* haber interpuesto los recursos pertinentes [92]; *g)* inexistencia de cláusula legal específica de exoneración de responsabilidad de la Administración [93, 94].

---

curran el resto de requisitos de la responsabilidad de la Administración) (MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 12.ª ed., München, C. H. Beck, 1999, p. 635).

[91] Este requisito, también conocido como «cláusula de subsidiariedad» (*Subsidiaritätsklausel*), se encuentra contenido en el § 839.1 *in fine BGB*. En su virtud, cuando el daño no haya sido ocasionado dolosamente, sino de forma imprudente, la víctima sólo podrá dirigirse contra la Administración en el caso de que no pueda ser indemnizada por otras vías. La cláusula impedirá exigir responsabilidad a la Administración, señaladamente, cuando junto al agente administrativo hayan concurrido otras personas en la producción del daño. Esta cláusula de subsidiariedad, que constituye un verdadero privilegio de la Administración, es objeto de una amplia crítica doctrinal. La propia jurisprudencia ha ido limitando progresivamente su alcance, declarándola inaplicable en un creciente número de casos. Destaca, de entre ellos, el del seguro de daños: cuando la víctima sea beneficiaria de un seguro público o privado de daños, la Administración causante del daño ya no podrá alegar —a diferencia de antes, al amparo de la jurisprudencia anterior— que aquélla percibirá la indemnización del asegurador.

[92] Este requisito, contenido en el § 839.3, antes transcrito, constituye, según aceptación común, una manifestación del principio de concurrencia de culpas previsto de forma general en el § 254 *BGB* (precepto este último que permite tanto la exoneración como la moderación de responsabilidad y que resulta plenamente aplicable a la Administración).

[93] Algunas Leyes federales y de los *Länder* han previsto tradicionalmente la exclusión de responsabilidad de la Administración en determinados supuestos. Se trata de supuestos en que se ha venido excluyendo la responsabilidad de la Administración, no del concreto agente administrativo causante del daño. El más importante de ellos ha sido el que operaba frente a los extranjeros; hasta fechas recientes, la Administración alemana sólo respondía de los daños irrogados a extranjeros en caso de reciprocidad con su país de origen (esto es, sólo cuando dicho país garantizara a los ciudadanos alemanes una indemnización semejante). Esta exclusión de responsabilidad, muy discutida por un sector de la doctrina alemana, ha sido limitada sustancialmente, en el ámbito federal, en 1993. El § 7 de la Ley de responsabilidad del Imperio por sus funcionarios (Ley todavía —en parte— vigente), que preveía dicha exclusión de responsabilidad, ha sido objeto de modificación por parte de una Ley alemana de 28 de julio de 1993 (*Auslandsverwendungsgesetz —AuslVG—*, artículo 6): ahora la Administración federal (y no sólo el concreto agente) deberá responder de los daños que cause a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros de terceros países que residan en Alemania; respecto del resto de extranjeros, el

(Nota 94 en pág. siguiente)

El Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*), efectivamente, para conceder una mayor tutela resarcitoria a los ciudadanos, ha construido, a partir del instituto expropiatorio, dos figuras que ponen de relieve, como ninguna otra, la estrecha relación existente entre expropiación y responsabilidad y las grandes dificultades que presenta su respectiva delimitación: el ataque (o intervención) equivalente a la expropiación (*enteignungsgleicher Eingriff*) y el ataque (o intervención) expropiatorio (*enteignender Eingriff*).

> Ambas figuras formaron parte del concepto amplio de expropiación forzosa manejado por el *BGH* hasta una decisiva sentencia del Tribunal Constitucional alemán a la que luego se hará referencia. El *BGH* encontró su fundamento en el artículo 14 *GG* (precepto que recoge el derecho fundamental —en Alemania lo es— a la propiedad privada y a la herencia, así como la garantía expropiatoria), primero, y, tras la mencionada sentencia del *BVerfG*, en los §§ 74 y 75 de la Introducción al *Allgemeines Landrecht* (Código general) prusiano de 1794[95].

Gobierno federal podrá, por Reglamento, someter la responsabilidad de la Administración a la condición de reciprocidad. El Gobierno, sin embargo, hasta la fecha, no ha hecho uso de dicha habilitación. En cuanto al ámbito estatal, los *Länder* o han suprimido totalmente la exclusión, o han recogido la nueva regulación federal acabada de describir.

Subsisten, sin embargo, otros dos supuestos tradicionales de exclusión de la responsabilidad de la Administración: daños causados por notarios y otros funcionarios que perciben derechos al ejercer sus funciones (*Gebührenbeamte*); y daños causados por funcionarios de asuntos exteriores, en determinadas ocasiones. Un sector —minoritario— de la doctrina alemana cuestiona la constitucionalidad de dichas limitaciones de la responsabilidad administrativa (la discusión, sobre todo, versó sobre la referida a los extranjeros).

[94] Sobre los requisitos de la *Amtshaftung*, OSSENBÜHL, Fritz, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, Tecnos/Junta de Andalucía, 1996, pp. 936-939. Más extensamente, MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 630-647; y RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen», en ERICHSEN, Hans-Uwe (Coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11.ª ed., Berlin, De Gruyter, 1998, pp. 673-691.

[95] Ambos preceptos, que además de poseer un indudable valor histórico, siguen siendo invocados por la jurisprudencia alemana, establecen que: «§ 74. Los derechos y ventajas individuales de los miembros del Estado deben ceder

> En una y otra, como en la expropiación forzosa, y a diferencia de lo que sucede en la *Amtshaftung*, la víctima no recibe un resarcimiento total de los daños y perjuicios sufridos. En la terminología acuñada por la doctrina alemana, la víctima no percibe un *Schadensersatz* sino una *Entschädigung* [96].

En virtud de la primera, los ciudadanos tienen derecho a indemnización siempre que sufran un menoscabo antijurídico (*rechtswidrige Beeinträchtigung*) de su propiedad. El *BGH* argumentó la necesidad de la figura de la siguiente forma: si los ataques a la propiedad ajustados a Derecho (esto es, constitutivos de expropiación forzosa en el sentido tradicional) son indemnizados, con mayor razón deberán serlo aquellos ataques que sean antijurídicos. El *enteignungsgleicher Eingriff*, figura clave en el Derecho alemán de las indemnizaciones públicas, ha sufrido una progresiva evolución, detectándose una decidida tendencia del *BGH* a ampliar sus contornos y a extenderlo a un número creciente de supuestos. Previsto inicialmente para aquellos ataques antijurídicos no culpables a la propiedad que, de ser ajustados a Derecho, constituirían una verdadera expropiación (*Enteignung*) por representar un sacrificio especial para el afectado [97], ha sido extendido, progresivamente, a los ataques antijurídicos *culpables* (solapándose, entonces, con la *Amtshaftung*) e, incluso, a los *no finalmente* dirigidos a la producción del menoscabo patrimonial [98]; además, el *BGH* ha entendido que la mera constatación de la antijuricidad del ata-

---

ante los derechos y deberes exigidos por el fomento del bien común, cuando entre ambos se produzca una auténtica colisión. § 75. Por su parte, el Estado debe indemnizar a quien se haya visto obligado a sacrificar sus derechos y ventajas especiales en beneficio del bien común».

[96] Mientras la primera persigue situar a la víctima en la posición en la que se encontraría de no haberse producido el daño, la segunda se limita a restituir el valor del bien o derecho dañado. Una distinción terminológica semejante, que también se corresponde con un distinto grado de indemnizabilidad, es la efectuada en Derecho italiano entre *risarcimento* e *indennizzo*.

[97] Luego se volverá sobre el criterio del sacrificio especial, manejado durante mucho tiempo por la jurisprudencia alemana como parámetro definidor de la expropiación forzosa.

[98] Tradicionalmente, la expropiación forzosa se ha caracterizado por constituir un ataque finalmente dirigido a la privación del bien o derecho que constituye su objeto.

que es suficiente para ver cumplido el requisito del sacrificio especial [99].

Actualmente, los requisitos para que medie un *enteignungsgleicher Eingriff* indemnizable son los siguientes: *a)* existencia de una intervención administrativa. Puede producirse tanto a través de un acto administrativo, como de un acto material de la Administración (comisivo y, en algunos casos, también omisivo), como de un Reglamento; *b)* lesión de la propiedad. Propiedad no en sentido estricto, civil, sino muy amplio, como sinónimo de posición jurídica patrimonial. Se incluyen pues todo tipo de derechos de contenido económico (derecho de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, derechos de propiedad intelectual, derechos societarios, derechos inherentes a una actividad empresarial...); *c)* inmediatez de la intervención. La intervención no tiene que estar, de forma necesaria, finalmente dirigida a la producción del menoscabo patrimonial (aunque puede serlo). Sí tiene que provocar, sin embargo, de forma inmediata, dicho menoscabo; *d)* antijuricidad del ataque. Este requisito es esencial, es el que caracteriza al *enteignungsgleicher Eingriff*. La antijuricidad se predica tanto de la acción como del resultado; *e)* no haber dejado de interponer un recurso posible y razonable contra el acto de la Administración generador del ataque [100].

Los supuestos que han recibido indemnización al amparo de esta figura jurisprudencial son de lo más heterogéneo y dan clara muestra de la gran amplitud que recibe: daños sufridos por empresas como consecuencia de obras en las vías públicas irregularmente proyectadas o ejecutadas; alteración de la estabilidad de un edificio por obras de excavación en una vía pública; daños en un restaurante como consecuencia de un tanque del ejército que se sale de la carretera; inmisiones (malos olores) como consecuencia de una depuradora municipal; menoscabo de una finca derivado de licencia de obras concedida en favor de finca vecina; impedimento o retraso en la venta de una finca por denegación de la preceptiva licencia; incendio de madera almacenada en un

[99] MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 675-676; RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, pp. 699-700; OSSENBÜHL, Fritz, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...», *op. cit.*, pp. 942-943.

[100] MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 716-725; RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, pp. 722-727 y 730-731.

bosque como consecuencia de disparos fallidos con ocasión de prácticas de tiro militares; daños en una vivienda causados por obras de alcantarillado o por ruido del tráfico; daños como consecuencia del mal funcionamiento de semáforos, etc. [101]

La figura del ataque (o intervención) expropiatorio (*enteignender Eingriff*), a su vez, surgió para indemnizar aquellas consecuencias —negativas— colaterales (*Nebenfolgen*) sobre la propiedad, generalmente atípicas e imprevisibles, que se derivan de actuaciones de la Administración no ya antijurídicas, sino ajustadas a Derecho, y que representan para el particular un sacrificio superior al que le es obligado soportar. Se trata de una figura residual, mucho menos importante que la del *enteignungsgleicher Eingriff*, y que ha quedado en parte absorbida por otra figura más reciente impulsada por el *BVerfG* y recogida y desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina: la delimitación de derechos necesitada de compensación (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*). En el próximo epígrafe, cuando nos ocupemos de la distinción efectuada en Alemania entre delimitación de derechos —indemnizable y no indemnizable— y expropiación, volveremos sobre esta última figura; ahora señalar tan solo que el supuesto paradigmático de ataque expropiatorio (*enteignender Eingriff*) desarrollado inicialmente por el *BGH*, el de los daños sufridos por los establecimientos comerciales como consecuencia de las dificultades de accesibilidad producidas por obras en las vías públicas [102], cae, ahora, dentro de la figura de la delimitación de derechos necesitada de compensación. Ello ha obligado a reformular la institución del ataque expropiatorio, reduciendo su alcance: según diversos autores, el ataque expropiatorio sólo puede cubrir, actualmente, las consecuencias *for-*

[101] Todos estos ejemplos proceden de la jurisprudencia alemana; las referencias de las sentencias de las que derivan pueden encontrarse en MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 717 y 720.

[102] Nótese que este supuesto parece incluible entre los «daños a los colindantes a consecuencia de la ejecución de obras públicas o de la reforma de vías públicas» a que se refiere PANTALEÓN como ejemplo más claro de los que llama «daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio», únicos que para dicho autor cabe encuadrar en la categoría del «funcionamiento *normal* de los servicios públicos» (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, pp. 247-248).

tuitas, *casuales* (*Zufallsfolgen*) de la actuación administrativa ajustada a Derecho, aquellas que sean totalmente imprevisibles y no quepa considerar típicas de la actuación administrativa en cuestión [103].

> Los perjuicios a establecimientos colindantes causados por las obras en las vías públicas quedan fuera, pues, del *enteignender Eingriff*, porque representan una consecuencia típica, previsible (y hasta prevista [104]) de las mismas. Sí quedarían amparados por dicha figura, en cambio, p. ej., los daños fortuitos irrogados a un edificio con ocasión de una correcta ejecución de obras de alcantarillado [105].

> Los requisitos para que exista un ataque expropiatorio indemnizable son, pues, los siguientes: *a)* existencia de lesión de la propiedad, entendida ésta, como en el caso de la intervención equivalente a la expropiación, en su sentido más amplio, como sinónimo de posición jurídica de contenido patrimonial; *b)* que dicha lesión sea una consecuencia colateral atípica (imprevisible) e involuntaria de una actuación administrativa ajustada a Derecho; *c)* inmediatez de la lesión patrimonial; *d)* la lesión tiene que representar un sacrificio especial (*Sonderopfer*) para el afectado [106].

Lo expuesto sobre la expansión del instituto expropiatorio llevada a cabo por la jurisprudencia alemana debe ser completado con una sucinta referencia a una tercera figura indemnizatoria que también hunde sus raíces en los §§ 74 y 75 de la Introducción al *Allgemeines Landrecht* prusiano y en el principio consagrado por éstos según el cual siempre que haya un con-

---

[103] MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 676-677 y 729-731; RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, pp. 732-733.

[104] La Ley alemana de carreteras, en efecto (*Bundesfernstraßengesetz —FStrG—*, de 6 de agosto de 1953), contempla —e indemniza— este tipo de daños. Según su § 8a.5, cuando el acceso a una carretera o autopista se vea imposibilitado o considerablemente dificultado durante mucho tiempo por la realización de obras en la misma, sin que se tomen medidas provisionales para paliarlo, y ello amenace la subsistencia económica de un establecimiento contiguo, su propietario tendrá derecho a percibir una indemnización (*Entschädigung*).

[105] MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 731.

[106] MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 732.

flicto entre el interés general y un derecho individual, prevalecerá el primero sobre el segundo, pero sólo a cambio de indemnización: la llamada acción derivada del sacrificio impuesto (*Aufopferungsanspruch*). Esta acción, que originariamente cubría todo sacrificio que la colectividad pudiera imponer a los particulares (tanto de tipo patrimonial como no patrimonial), se circunscribe, hoy en día [107], a los ataques a derechos *no patrimoniales*; y no a todos, sino sólo a algunos de ellos: la vida, la integridad física y la libertad [108]. Queda desplazada, además, en muchas ocasiones, por normas especiales [109], y posee carácter subsidiario respecto de otras medidas compensatorias [110].

Los requisitos de la acción derivada del sacrificio impuesto son los siguientes: *a)* existencia de una intervención por parte del poder público sobre determinados derechos no patrimoniales, los

---

[107] Después de que de ella se desgajara, en el siglo XIX, la institución de la expropiación forzosa (OSSENBÜHL, Fritz, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...», *op. cit.*, p. 941).

[108] En la doctrina alemana se critica que la jurisprudencia no extienda esta acción indemnizatoria a otros derechos fundamentales como, señaladamente, el derecho general a la protección de la personalidad contenido en el artículo 2.1 *GG* (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*; del que se derivan, entre otros, los derechos al honor, al nombre y a la protección de datos personales) y el derecho a la libertad de profesión e industria (artículo 12.1 *GG*) (MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 742 y 728-729; RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, p. 735).

[109] Los supuestos más importantes de sacrificio en los derechos no patrimoniales apuntados han sido objeto de una regulación especial: por ello, para OSSENBÜHL, a la acción que estamos describiendo «apenas le resta ámbito de aplicación» (OSSENBÜHL, Fritz, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...», *op. cit.*, p. 941). Especial importancia reviste la regulación de los daños derivados de las vacunaciones obligatorias contenida en los §§ 51 y ss. de la Ley federal de prevención y lucha contra las enfermedades contagiosas humanas de 18 de julio de 1961 (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen* [*Bundes-Seuchengesetz —BSeuchG—*]). En dichos preceptos se prevé y regula con todo detalle la indemnización que percibirán quienes, como consecuencia de una vacunación obligatoria, sufran un daño que exceda de la normal reacción a la vacuna.

[110] Destaca, sobre todo, su carácter subsidiario respecto de la cobertura que la víctima pueda recibir de la Seguridad Social (RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, p. 738; MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 743-744).

contenidos en el artículo 2.2 *GG* —vida, integridad física y libertad de deambulación—; *b)* la intervención debe imponer (o, al menos, inducir) un determinado comportamiento a la víctima; *c)* la intervención debe servir al interés general; *d)* producción de un daño patrimonial. El ataque debe producir un daño patrimonial (gastos médicos, p. ej.), único que resulta indemnizado en virtud de esta acción; *e)* inmediatez de la lesión; *f)* el daño debe constituir un sacrificio especial para la víctima [111].

El ejemplo del Derecho alemán —fundamentalmente jurisprudencial— acabado de exponer con cierto detalle pone de relieve, como ya se ha dicho, la estrecha relación existente entre la delimitación de derechos, la expropiación forzosa y la responsabilidad de la Administración, y hasta qué punto los déficit o limitaciones de una pueden ser corregidos con el desarrollo de las otras; en este sentido, como ya se ha dicho antes, sólo se sabrá con cierta precisión el grado de protección que reciben los ciudadanos de un país determinado ante los daños que puedan sufrir como consecuencia de la acción pública analizando conjuntamente el alcance que presenten las tres instituciones. Así, volviendo al ejemplo alemán, de nada sirve conocer la regulación y desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad civil de la Administración (*Amtshaftung*) si se olvida la gran expansión que en dicho país ha recibido la institución de la expropiación forzosa, a través, sobre todo, de las figuras que hemos descrito.

La estrecha vinculación existente entre la delimitación de derechos, la expropiación y la responsabilidad no debe hacer olvidar, sin embargo, que se trata de instituciones distintas, que conviene no confundir ni mezclar. Distintos son, en efecto, sus respectivos orígenes históricos, fundamentos, presupuestos y consecuencias jurídicas. La correcta solución de muchos de los problemas que plantea la responsabilidad civil de la Administración pasa, en gran medida, por su adecuada delimitación de figuras afines. Intentémoslo, pues.

---

[111] OSSENBÜHL, Fritz, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...», *op. cit.*, p. 941; MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 744-747; RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, pp. 735-737).

2. Delimitación de derechos y expropiación forzosa

El problema de la distinción entre la delimitación de derechos [112] y la expropiación forzosa se ha planteado en muchos ordenamientos, en los siguientes —o parecidos— términos: el poder legislativo y (en la medida en que lo permita la reserva de Ley) la Administración, pueden, respetando los principios y límites constitucionales, delimitar el contenido de los derechos individuales. Esta delimitación será, en algunos casos, originaria (cuando se cree *ex novo* un nuevo derecho sin con ello afectar a uno preexistente), pero lo más habitual será que opere sobre una previa delimitación efectuada con anterioridad por el poder público, ampliando o restringiendo las facultades antes reconocidas al derecho en cuestión [113]. La posibilidad de que el legislador y —en términos más limitados— la Administración modifiquen el contenido de los derechos individuales es admitida pacíficamente como una exigencia de la evolución social y de la necesidad de no petrificar el ordenamiento, que debe adaptarse a las nuevas y cambiantes coordenadas políticas, económicas, sociales y culturales [114]. El problema, en lo que aquí nos interesa,

---

[112] Aludo con esta expresión, indistintamente, tanto a los límites como a las limitaciones de derechos (normalmente, del derecho de propiedad). Sobre esta distinción (los límites afectan internamente al derecho, configuran su contenido, mientras que las limitaciones inciden sobre él de forma externa, actúan sobre un contenido del derecho ya definido), tan arraigada como discutible, véase, p. ej., MARTÍN MATEO, Ramón, «El estatuto de la propiedad inmobiliaria», en *RAP*, núm. 52, enero-abril de 1967, pp. 130-133 (y, críticamente, pp. 140-141); y, con terminología diversa (asimilando los «límites» a las «limitaciones», y contraponiendo ambos a las «delimitaciones»), JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. IV, Madrid, Cortes Generales/EDERSA, 1996, pp. 456-458.

[113] A este segundo tipo de delimitación la denominaré delimitación sobrevenida.

[114] Naturalmente, la problemática del alcance, la fundamentación y la legitimación de la modificación de las posiciones jurídicas subjetivas de los particulares por parte del poder público (esto es, la potestad del legislador y de la Administración de delimitar los derechos individuales) es, en realidad, la problemática de la legitimación del poder y de su capacidad transformadora de la realidad. Cuestión en la que, como es obvio, no podemos adentrarnos aquí.

es que la delimitación sobrevenida —no así la originaria—, al incidir sobre derechos preexistentes y, eventualmente, restringir las facultades que los mismos comprendían, puede irrogar graves perjuicios a sus titulares. Ello ocurre, sobre todo, en relación con el derecho de propiedad y el resto de derechos de contenido patrimonial reconocidos tradicionalmente por el ordenamiento.

Es entonces cuando se plantea la cuestión de su indemnizabilidad por parte de la colectividad, y cuando surge el problema de la distinción entre la delimitación de derechos y la expropiación forzosa: ¿Cuándo habrá que indemnizar a las víctimas y cuándo no?

> En la legislación española postconstitucional, el problema se ha planteado con especial intensidad con motivo de la Ley de medidas para la reforma de la función pública de 1984, la Ley de aguas de 1985 y la Ley de costas de 1988. La primera, como es sabido, adelantó la edad de jubilación de los funcionarios públicos; la edad de jubilación, en virtud de esta Ley, pasó de los 70 a los 65 años de edad, con la consiguiente reducción salarial y de tiempo de cotización de los funcionarios [115]. La segunda, a su vez, amplió notablemente el dominio público hidráulico, demanializando la práctica totalidad de las aguas [116]. La Ley de costas, en fin, extendió de forma considerable el dominio público marítimo-terrestre (demanializando incluso los enclaves cuya propiedad privada hubiera sido reconocida por sentencia firme) e impuso una serie de importantes limitaciones sobre las propiedades a él adyacentes (las denominadas servidumbres de protec-

---

Históricamente, como se sabe, la tensión entre progreso y seguridad jurídica subyacente a la posibilidad de que el poder público altere y redefina las posiciones jurídicas individuales previamente constituidas, fue resuelta acudiendo a la teoría de los derechos adquiridos (sobre la evolución de la teorización de los derechos adquiridos, poniendo de relieve su conexión con el problema de la retroactividad o irretroactividad de las Leyes, MARTÍN MATEO, Ramón, «El estatuto...», *op. cit.*, pp. 114-120).

[115] Artículo 33 LMRFP. Idéntico adelanto de la edad de jubilación fue previsto para los jueces y magistrados, por un lado, y para los funcionarios del cuerpo de profesores de Educación General Básica, por otro, en el artículo 386 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ: el art. 2 de la Ley orgánica 7/1992, de 20 de noviembre, modificó posteriormente dicho artículo 386 LOPJ, volviendo a fijar la edad de jubilación forzosa de jueces y magistrados en los 70 años de edad), y en el D-Ley 17/1982, de 24 de septiembre, respectivamente.

[116] Artículos 1.2 y 2 LA (1985). Ambos preceptos han pasado con pocos cambios a la vigente Ley de aguas de 2001.

ción, tránsito y acceso al mar, así como las impuestas en la llamada zona de influencia) [117].

La respuesta más frecuente a dicho interrogante se ha visto en la institución de la expropiación forzosa y en su distinción respecto de la delimitación de derechos. Lo más habitual ha sido, en efecto, considerar que la delimitación de derechos no debe dar lugar a indemnización (debe ser soportada por los particulares afectados), mientras que la expropiación —concebida, precisamente, para conciliar las exigencias del interés general con la garantía patrimonial del derecho de propiedad individual, a través del mecanismo indemnizatorio— sí. La cuestión clave, entonces, como es fácil comprender, ha pasado a ser la búsqueda de los criterios de la expropiación forzosa, la búsqueda de los criterios que permitan separar los casos de delimitación de derechos —no indemnizables— de los de expropiación forzosa —indemnizables—. En esta búsqueda se constata, desde el final de la primera guerra mundial, una gran expansión del concepto de expropiación forzosa, expansión paralela a la creciente sensibilización para con las víctimas de la acción pública, y que hace rebasar a esta institución los limitados y definidos contornos que presentó durante todo el siglo XIX [118].

2.1. En Alemania, con anterioridad a 1981

La doctrina alemana, ya desde la República de Weimar, ha dedicado grandes esfuerzos a la búsqueda del criterio expropiatorio. Las diferentes teorías por ella elaboradas han tenido una gran influencia en otros ordenamientos. Particularmente influyentes han resultado la teoría del merecimiento de protección (*Schutzwürdigkeitstheorie*), la de la minoración de la sustancia o esencia (*Substanzminderungstheorie*), la de la exigibilidad (*Zumutbarkeitstheorie*), la de la utilidad privada (*Privatnützigkeitstheorie*) y la de la alienación o pérdida de la finalidad

[117] Artículos 3 a 6, 23 a 30 y DT 1.ª LC.

[118] Da cuenta de esta evolución, sobre todo en el Derecho alemán, Nieto García, Alejandro, «Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa», en *RAP*, núm. 38, mayo-agosto de 1962.

(*Zweckentfremdungstheorie*) [119]. Todas ellas tienen en común la circunstancia de manejar criterios materiales para la definición de la existencia o no de expropiación en la intervención pública cuestionada, llevando a cabo una lectura expansiva del apartado tercero del artículo 14 *GG* [120].

Según la *Schutzwürdigkeitstheorie*, mantenida por W. JELLINEK, lo determinante es si se afecta o no el aspecto digno de protección de la propiedad [121]. Para la *Substanzminderungstheorie*, sostenida por E. R. HUBER [122] y, antes, por SCHELCHER [123], lo importante es si tras la intervención sigue presente o no la sustancia, la esencia (el contenido esencial) de la propiedad. La *Zumutbarkeitstheorie*, defendida por STÖDTER [124] y MAUNZ [125],

---

[119] MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 673; ACHTERBERG, Norbert, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1986, pp. 729-730; OSSENBÜHL, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, 5.ª ed., München, C. H. Beck, 1998, pp. 174-176.

[120] O de su equivalente, el artículo 153 de la Constitución de Weimar. El artículo 14.3 *GG* alude a la expropiación forzosa en los siguientes términos: «La expropiación sólo está permitida por causa de interés general. Sólo puede realizarse por Ley o en virtud de Ley, que regulará el modo y extensión de la indemnización. La indemnización será fijada ponderando equitativamente los intereses de la colectividad y los de los afectados. En caso de discrepancia sobre la cuantía de la indemnización cabe recurso ante los tribunales ordinarios».

Dicho apartado debe ponerse en relación con los otros dos del precepto, en los que se alude, respectivamente, a la potestad del legislador de delimitar el contenido del derecho de propiedad, y a la función social del mismo. Así, según el artículo 14.1 *GG*, «Se garantizan la propiedad y el derecho a la herencia. Su contenido y límites son determinados por las Leyes». A su vez, el artículo 14.2 *GG* dispone que «La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al interés general».

[121] JELLINEK, Walter, *Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., Berlin, Verlag Dr. Max Gehlen, 1966 (reimpresión, con apéndice de 1950 y prólogo de Otto BACHOF, de la edición publicada por Springer —Berlín— en 1931), p. 413.

[122] HUBER, Ernst Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. II, 2.ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1954, pp. 27-28.

[123] SCHELCHER, W., «Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung», en *AöR*, núm. 57, 1930, p. 350 (cita extraída de HUBER, Ernst Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 27, nota núm. 14).

[124] En STÖDTER, Rolf, «Über den Enteignungsbegriff», en *DÖV*, núm. 4, febrero de 1953, pp. 99-101 (quien pone especial énfasis en la necesidad de que la intervención pública, debido a su intesidad, lesione, afecte a la sustancia, a la esencia de la propiedad).

[125] MAUNZ, Theodor, «Art. 14», en MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter, *Grundgesetz. Kommentar*, München, C. H. Beck, 1969, pp. 44-45.

examina si el menoscabo sufrido por la propiedad, en atención a su intensidad, es o no exigible. Según la *Privatnützigkeitstheorie*, propugnada por REINHARDT [126], hay que analizar si la intervención pública elimina o limita esencialmente el principio de la utilidad privada (*Prinzip der Privatnützigkeit*) de la propiedad. Y, para la *Zweckentfremdungstheorie*, mantenida por FORSTHOFF, la clave es si la propiedad puede seguir siendo utilizada según su finalidad propia [127]. Debe señalarse que las diferencias entre estas teorías son a menudo más terminológicas que sustanciales, conduciendo a resultados semejantes, a partir de un examen de la *intensidad* del ataque a la propiedad de que se trate [128].

En cuanto a la jurisprudencia alemana, el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) también ha venido manejando una teoría material, la teoría de la gravedad (*Schweretheorie*), que atiende, como su nombre indica, a la gravedad de la intervención administrativa. La jurisprudencia ordinaria —el *BGH*—, en cambio, prefirió, durante muchos años, un criterio —al menos aparentemente— formal de distinción, vinculado al principio de igualdad y a la teoría del acto singular (*Einzelaktstheorie*) utilizada con anterioridad por el *Reichsgericht* [129]: (la teoría de) el sacrificio especial (*Sonderopfertheorie*). En su vir-

---

[126] REINHARDT, Rudolf, «Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?», en REINHARDT, Rudolf; SCHEUNER, Ulrich, *Verfassungsschutz des Eigentums. Zwei Abhandlungen*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1954, pp. 12-33 (en particular, pp. 29-31 y 32-33).

[127] FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Band I. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., München, C. H. Beck, 1973, pp. 344-345.

[128] De hecho, los autores citados a menudo se remiten entre sí, estableciendo paralelismos entre las diferentes teorías. Así, p. ej., FORTSHOFF atribuye a E. R. HUBER y REINHARDT los orígenes de la teoría que él mantiene y desarrolla (FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, p. 344, notas núm. 1 y 2); y E. R. HUBER, a su vez, considera equivalentes su teoría (la *Schutzwürdigkeitstheorie*) y la defendida por STÖDTER, la *Zumutbarkeitstheorie* (HUBER, Ernst Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 26-28, en especial la nota núm. 14).

[129] Según la *Einzelaktstheorie*, proveniente de ANSCHÜTZ, las intervenciones o ataques individuales, singulares, constituyen expropiación, mientras que las generales representan delimitación de derechos. Se trata, pues, de una teoría puramente formal, que prescinde por completo del carácter, alcance y gravedad de la intervención pública (HUBER, Ernst Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 26).

tud, es expropiatorio aquel ataque a la propiedad que incide sobre el afectado o afectados de una manera especial, más gravosa que sobre el resto de los ciudadanos, constituyendo un sacrificio especial [130, 131].

2.2. En Italia

En Italia, la cuestión ha alcanzado una gran importancia, sobre todo, en el ámbito del Derecho urbanístico, a raíz de la controvertida doctrina de la *Corte costituzionale* que atribuye carácter expropiatorio a las limitaciones urbanísticas impuestas por el planeamiento durante un período de tiempo indeterminado [132]. La *Corte costituzionale*, que forjó su doctrina ya a

---

[130] Debe señalarse, no obstante, que el *BGH*, pese a que nunca abandonó la teoría del sacrificio especial, la fue corrigiendo con arreglo a criterios materiales (como la gravedad, intensidad y exigibilidad del ataque), enfatizando progresivamente el sustantivo —material— «sacrificio» y, correlativamente, dando menor importancia al adjetivo —formal— «especial» (Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 674). Por ello, para algunos autores, la teoría (y el criterio) del sacrificio especial manejada por el *BGH* fue en realidad una teoría material, no ya formal; en este sentido, p. ej., Bryde, Brun-Otto, «Art. 14 (Eigentum und Erbrecht)», en Von Münch, Ingo; Kunig, Philip (Coord.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 1992, p. 857 (y la doctrina allí citada).

Sobre la jurisprudencia alemana —en especial, la del *BGH*— y su evolución, con particular detalle, Ossenbühl, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 169-174.

[131] Sobre el alcance y evolución de la normativa, doctrina y jurisprudencia alemanas en la materia, hasta 1962, véase Nieto García, Alejandro, «Evolución expansiva...», *op. cit.* Y, hasta 1978, Parejo Alfonso, Luciano, «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)», en *REDA*, núm. 19, octubre-diciembre de 1978, en especial pp. 550-570.

[132] El derecho de propiedad, en Italia, se encuentra recogido en el artículo 42 de la Constitución de 1948 (CI), en sus tres primeros apartados. Según el primero de ellos, «La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a las entidades o a los particulares». El apartado segundo, a su vez, establece que «La propiedad privada es reconocida y garantizada por la Ley, que determina los modos de adquisición, de disfrute y límites a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos». El tercer apartado, en el que se prevé la expropiación forzosa, dispone que «La propiedad privada, en los casos previstos por la Ley, y con indemnización, puede ser expropiada por motivos de interés general».

mediados de los años sesenta, viene manejando, desde entonces, el criterio material de expropiación de la teoría alemana de la minoración de la sustancia (*Substanzminderungstheorie*), aunque corregido por el criterio formal de la también alemana teoría del acto singular (*Einzelaktstheorie*) [133]. Hay expropiación, por tanto, siempre que concurran dos requisitos: que la intervención pública prive al derecho de propiedad de su sustancia, de su contenido esencial; y que lo haga a título particular, no ya de forma general, afectando a una entera categoría de bienes.

La doctrina de la Corte Constitucional italiana se remonta a la fundamental sentencia de 29 de mayo de 1968, núm. 55 [134], que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 7 (apartados 2, 3 y 4) y 40 de la Ley urbanística de 17 de agosto de 1942, núm. 1150, al permitir a los planes generales el establecimiento de limitaciones a la propiedad de carácter expropiatorio sin prever a cambio indemnización alguna [135]. La Corte, confirmando lo ya señalado con anterioridad en la sentencia de 20 de enero de 1966, núm. 6 [136], recogió en este pronunciamiento las tesis de quien a la sazón era su presidente, SANDULLI [137].

---

[133] MORBIDELLI, Giuseppe, «Le proprietà. Il governo del territorio», en AMATO, Giuliano; BARBERA, Augusto (Coord.), *Manuale di diritto pubblico. III. L'azione dei pubblici poteri*, 5.ª ed., Bologna, Il Mulino, 1997, p. 77; BON VALSASSINA, Marino, «Vincoli espropriativi e diritto all'indennizzo», en *Giur. cost.*, 1968, pp. 850-852 (quien cree distinguir en algunas afirmaciones jurisprudenciales la influencia, también, de la *Zumutbarkeitstheorie* y de la *Privatnützichkeitstheorie* —*op. cit.*, pp. 852-853—).

[134] En *Giur. cost.*, 1968, pp. 838-883.

[135] La doctrina de la sentencia 55/1968 ha sido confirmada, más recientemente, entre otras, por la sentencia de la Corte Constitucional de 20 de mayo de 1999, núm. 179 (en *Giur. cost.*, 1999, pp. 1750-1762).

[136] En *Giur. cost.*, 1966, pp. 72-92. En ella el tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 3.2 de la Ley de 20 de diciembre de 1932, núm. 1849, sobre servidumbres militares, por establecer limitaciones a la propiedad privada de naturaleza expropiatoria sin prever las indemnizaciones correspondientes.

[137] Expuestas en SANDULLI, Aldo M., «Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, pp. 823-834. Dicho artículo recoge la ponencia que este autor presentó en un congreso sobre la tutela jurídica del paisaje celebrado en San Remo los días 8 a 10 de diciembre de 1961.

SANDULLI, en este trabajo, integra la teoría alemana del acto singular con la necesidad de tener en cuenta el contenido esencial del derecho de propiedad propugnada por algunas de las teorías alemanas de tipo material expuestas. Así

Alegando la falta de concurrencia del segundo de los requisitos enunciados, la singularidad de la intervención pública, la Corte negó, en una segunda sentencia de 29 de mayo de 1968 (la núm. 56 [138]), el carácter expropiatorio de las limitaciones a la utilización de bienes impuestas por la legislación protectora del paisaje; según la Corte, dicha normativa no es expropiatoria, y no debe dar lugar a indemnización, porque establece sus limitaciones de forma general, sobre todos los bienes que quepa incluir en la categoría de las «bellezas naturales». La misma argumentación —más o menos explícita— ha permitido a la Corte Constitucional, después, negar el carácter expropiatorio —y la necesidad de indemnización— de las limitaciones a la propiedad impuestas por la legislación de parques nacionales (sentencia de 26 de abril de 1971, núm. 79 [139]), por la de autopistas (sentencia de 22 de junio de 1971, núm. 133 [140]) y por sucesivas normas de protección del paisaje (sentencia de 20 de febrero de 1973, núm. 9 [141]), de los bienes de interés histórico-artístico (sentencias de 4 de julio de 1974, núm. 202, y de 20 de diciembre de 1976, núm. 245 [142])

---

lo señala, expresamente, el propio SANDULLI, al final de la nota núm. 14 de dicho artículo. El rechazo que este autor, al principio de esa misma nota, efectúa de las teorías de la minoración de la sustancia, de la dignidad de protección y de la exigibilidad, debe entenderse limitado, por tanto, a la circunstancia de que las mismas mantengan que también las intervenciones públicas realizadas de forma general pueden ser expropiatorias.

[138] En *Giur. cost.*, 1968, pp. 884-897. La Corte Constitucional declaró constitucional, en esta sentencia, el artículo 15.2 de la Ley de la provincia de Bolzano de 24 de julio de 1957, núm. 8, de protección del paisaje.

[139] En *Giur. cost.*, 1971, pp. 687-691. La Corte reputa constitucional el artículo 5 de la Ley de 24 de abril de 1935, núm. 740, de constitución del parque nacional de Stelvio, y las limitaciones a la propiedad que el mismo impone.

[140] En *Giur. cost.*, 1971, pp. 1519-1548. El tribunal niega aquí la inconstitucionalidad del artículo 9.1 de la Ley de 24 de julio de 1961, núm. 729, que prohíbe la edificación y la plantación de árboles a una determinada distancia de las autopistas sin prever, a cambio, indemnización.

[141] En *Giur. cost.*, 1973, pp. 31-46. Según el tribunal, no son inconstitucionales los artículos de la Ley de 29 de noviembre de 1971, núm. 1097, que establecen limitaciones a la propiedad, sin indemnización, en protección de las bellezas naturales y ambientales del territorio de las colinas Eugáneas.

[142] En *Giur. cost.*, 1974, pp. 1692-1697, y *Giur. cost.*, 1976, pp. 1885-1888, respectivamente. El tribunal niega, en ambas sentencias, la inconstitucionalidad de distintos artículos de la Ley de 1 de junio de 1939, núm. 1089, que imponen limitaciones a la propiedad, sin indemnización, en protección de los bienes de interés histórico o artístico.

o de la seguridad en las pistas de esquí (sentencia de 16 de junio de 1988, núm. 648 [143]).

Tanto esta jurisprudencia de la *Corte costituzionale* como el planteamiento teórico, de claro influjo alemán, que se encuentra en su base (planteamiento proveniente, como se ha dicho, de SANDULLI), han sido —y son— rechazados por la doctrina italiana mayoritaria, sobre todo a partir de la crítica de PREDIERI y de GIANNINI [144]. PREDIERI, que circunscribe su análisis, sobre todo, al urbanismo, critica, entre otros aspectos, que se importe de la doctrina alemana la referencia al contenido esencial del derecho de propiedad cuando no existe en la Constitución italiana ningún precepto equivalente al artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn que prohíba la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales; y que se someta a los bienes sujetos a la disciplina urbanística, en la sentencia 55/1968, a un tratamiento distinto del otorgado, en la sentencia 56/1968, a los bienes paisajísticos. Asimismo, se muestra partidario de reconocer al legislador un amplio margen de libertad en la determinación del contenido del derecho de propiedad [145].

---

[143] En *Giur. cost.*, 1988, pp. 3020-3022. La Corte niega la inconstitucionalidad del artículo 16 de la Ley de la provincia de Trento de 11 de noviembre de 1968, núm. 20, que prohíbe, en las zonas reservadas a pistas de esquí, la plantación de árboles y, en general, la introducción de elementos que puedan obstaculizar el libre descenso de los esquiadores.

[144] No antes, sin embargo, La tesis expansiva de la noción constitucional de expropiación defendida por SANDULLI fue acogida, en un primer momento, de manera muy favorable por la doctrina italiana. Además de algunos de los participantes en el congreso de San Remo de 1961 en que SANDULLI expuso su teoría, se mostraron favorables a la misma, poco después, entre otros, autores como D'ANGELO (D'ANGELO, Guido, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, Morano, 1963, pp. 213-253) y —yendo más lejos, criticando el recurso a la teoría del acto singular para limitar los efectos de la teoría de la minoración de la sustancia— BON VALSASSINA (BON VALSASSINA, Marino, «Vincoli espropriativi...», *op. cit.*, pp. 846-858 y 862-864). En una línea parecida, de marcada influencia alemana, a favor de una expansión del concepto expropiatorio, se mostró también BARTOLOMEI, quien propuso, como criterio de la expropiación, el del mantenimiento del disfrute medio o estándar del bien perteneciente al particular (BARTOLOMEI, Franco, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 401-415).

[145] La concreta normativa emanada por el legislador en cada momento, por tanto, y no ya la noción del contenido esencial, será, para este autor, la que determine las facultades inherentes al derecho de propiedad y la que sirva de

GIANNINI [146], a su vez, critica, desde una perspectiva más general, la búsqueda de un contenido esencial del derecho de propiedad (considerando fracasados los intentos producidos); mantiene que la Constitución italiana atribuye al legislador una amplísima potestad conformadora del derecho de propiedad, sólo limitada por el necesario respeto a la función social de la propiedad y por el deber de hacerla accesible a todos los ciudadanos —deber este último que, siempre según GIANNINI, no es más que una concreción del principio de igualdad material contenido en el artículo 3 CI—; considera fracasadas las teorías alemanas —y las italianas que las han adoptado— más arriba enunciadas, partidarias de ampliar el concepto de expropiación forzosa, con arreglo a criterios formales o materiales; afirma que la expropiación forzosa y, en general, las que denomina medidas ablatorias reales (de las que la expropiación es sólo una especie), se caracterizan por generar la extinción del derecho [147] (en el caso de la expropiación) o de facultades del mismo, y, simultáneamente, la adquisición de un derecho real por parte de la Administración, de un tercero o de la colectividad; opina que debe efectuarse una interpretación lógico-literal del artículo 42.3 CI, y que, consiguientemente, dicho precepto sólo alude a la expropiación forzosa (y no ya a otras medidas de carácter ablatorio) del derecho de propiedad privada (y no a la expropiación de otros derechos reales); y sostiene que sólo deben generar indemnización aquellas medidas públicas que produzcan una ablación real de carácter no sancionatorio [148, 149].

---

parámetro para saber si una determinada intervención pública es o no ablatoria (PREDIERI, Alberto, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 114-154).

[146] Como señala el propio GIANNINI, las tesis por él defendidas tienen como antecedente, entre otros, a PREDIERI.

[147] Que puede ser cualquier derecho real, y no ya sólo el derecho de propiedad.

[148] No merecen indemnización, por tanto, en principio, según GIANNINI, las que denomina medidas ablatorias personales (en virtud de las cuales la Administración no adquiere derecho alguno sobre el bien sobre el que inciden: la orden de destruir viñas enfermas u objetos producidos con sustancias tóxicas, p. ej.) ni las medidas ablatorias obligacionales (aquí la Administración adquiere un derecho de crédito: p. ej., las imposiciones tributarias).

La indemnizabilidad de las medidas ablatorias reales no sancionatorias es un principio que, en opinión de GIANNINI, se desprende de la Constitución

(Nota 149 en pág. siguiente)

2.3. En España

En España, el debate doctrinal ha sido, en esta materia, menor que en Italia o Alemania, pero tanto el problema como las soluciones propuestas al mismo han sido semejantes. El punto de partida lo constituye el artículo 33 CE:

> «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
>
> 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
>
> 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.»

Dicho precepto constitucional, que reconoce al mayor rango normativo —aunque no le confiera la máxima protección posible [150]— el derecho a la propiedad privada, alude, en sus dos últi-

---

material (no del artículo 42.3 CI, el cual, como se ha dicho, sólo contempla la expropiación forzosa, y no toda expropiación forzosa, sino sólo la del derecho de propiedad) y que se fundamenta en la circunstancia de que en su virtud se adquiere la *utilitas* de una cosa ajena.

La aplicación de esta construcción a la jurisprudencia constitucional italiana lleva a Giannini a coincidir con el fallo —aunque no con la fundamentación— de la sentencia 6/1966 (las servidumbres militares de la Ley en cuestión constituyen, para este autor, verdaderas medidas ablatorias reales [concurren el efecto extintivo de una facultad del derecho del particular y el efecto adquisitivo de un derecho en favor de la Administración], y deben ser, por tanto, indemnizables) y a discrepar totalmente de la sentencia 55/1968 (los instrumentos urbanísticos no constituyen ningún derecho en favor de la Administración; no se trata, por tanto, de medidas ablatorias), negando la indemnizabilidad del vínculo de inedificabilidad impuesto por los instrumentos urbanísticos (Giannini, Massimo Severo, «Basi costituzionali della proprietà privata», en *Pol. dir.*, núms. 4-5, octubre de 1971, pp. 461-501).

[149] En el mismo sentido crítico, entre otros, Rodotà, Stefano, «Art. 42», en Galgano, Francesco; Rodotà, Stefano, *Rapporti economici*, vol. II, Bologna/Roma, Zanichelli/Foro Italiano, 1982, pp. 121-152; y (siguiendo de cerca las tesis de Giannini) Morbidelli, Giuseppe, «Contenuto "essenziale" del diritto di proprietà sul suolo, strade, fasce di rispetto», en *Giur. cost.*, 1971, pp. 1520-1536.

[150] El artículo 33 CE, como es sabido, se encuentra en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución, fuera, pues, de la

mos apartados, respectivamente, a la delimitación del derecho de propiedad y la expropiación forzosa [151].

Fundamental resulta también el artículo 1.1 LEF, que ofrece —a diferencia de lo que sucede en muchos ordenamientos— una definición legal del concepto de expropiación:

> «Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles [152], en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.»

Dicho precepto, caracterizado, entre otros aspectos, por incluir dentro del objeto de la expropiación no sólo el derecho de propiedad privada, sino también el resto de derechos patrimoniales y hasta los intereses patrimoniales legítimos [153],

---

Sección primera, que es la que contiene los derechos constitucionales que reciben una mayor protección. La Constitución no reconoce, pues, al derecho de propiedad, garantías como la protección mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 CE), la reserva de Ley orgánica (artículo 81.1 CE) o la prohibición de delegación legislativa (artículo 82 CE). Sobre la discusión doctrinal existente en torno a si dicha menor protección significa que el derecho de propiedad carece, en España (y a diferencia de lo que sucede, p. ej., en Alemania), de naturaleza de derecho fundamental, PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso, «Artículo 33. Propiedad privada y herencia», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.), *Comentarios...*, vol. III, *op. cit.*, pp. 511-512.

[151] Así lo señalan, pacíficamente, el Tribunal Constitucional, la unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia. No significa nada, por tanto, la circunstancia de que el tercer apartado del precepto, a diferencia de los artículos 14.3 de la Ley Fundamental de Bonn y 42.3 de la Constitución italiana, no aluda expresamente al término «expropiación».

[152] La referencia al Fuero de los Españoles debe considerarse sustituida, actualmente, por el artículo 33.3 CE (MARTÍN REBOLLO, Luis [Ed.], *Leyes Administrativas*, *op. cit.*, p. 1745, en nota al artículo 1.1 LEF).

[153] El problema de la expropiabilidad de los intereses patrimoniales legítimos, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, no es el de su posible sacrificio por parte del poder público (puesto que es evidente que si la Administración puede sacrificar derechos, con mayor razón habrá de poder

maneja, como criterio de la expropiación, el de la *privación singular*[154].

La referencia a la privación *singular* supone la recepción de la *Einzelaktstheorie* (teoría del acto *singular*)[155], teoría que, curiosamente, en 1954, cuando se aprobó la LEF, ya había sido abandonada por la doctrina alemana.

La doctrina española que se ha ocupado del problema de la distinción entre las figuras de la delimitación del contenido de derechos y la expropiación se ha manifestado mayoritariamente en contra del criterio de la privación singular, al menos como criterio absoluto, proponiendo criterios distintivos alternativos o complementarios.

> GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, tras considerar que «La idea de que la expropiación supone un ataque singular a la propiedad [idea que constituye el núcleo de la *Einzelaktstheorie*] tiene una gran tradición y ha sido utilizada en todos los países», y que «En su fondo conceptual, la distinción singular-general parece apuntar certeramente a la diferencia de régimen que sobre la misma intenta construirse», señalan que «esa distinción falla como criterio técnico absoluto de aplicación», proponiendo, como criterios preferentes de la expropiación, el del respeto o

---

sacrificar meros intereses, esto es, titularidades jurídicas inferiores), sino, al contrario, si merecen la indemnización inherente a la garantía expropiatoria (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, p. 230). Por ello, se señala que sólo serán susceptibles de expropiación —esto es, de indemnización— los intereses patrimoniales sumamente calificados, remitiéndose a la jurisprudencia su individualización, caso a caso (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 54; NIETO GARCÍA, Alejandro, «Evolución expansiva...», *op. cit.*, pp. 89-90).

[154] Criterio recogido con mayor claridad, si cabe, por el artículo 1.1 REF: «Toda la intervención administrativa que implique privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos, a que se refiere el artículo primero de la Ley, es una expropiación forzosa a todos los efectos, y específicamente, a los de exigencia de habilitación legal, de sometimiento a procedimiento formal y de garantía jurisdiccional frente a la misma».

[155] NIETO GARCÍA, Alejandro, «Evolución expansiva...», *op. cit.*, pp. 76-77. En contra, sin embargo, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, para quienes otros preceptos de la LEF (los artículos 1.2 y 59 y ss.) permiten afirmar que la misma no es en realidad tributaria de dicha teoría, y que «en el ánimo del legislador tal criterio [el de la privación singular] puede contribuir a la descripción

vulneración del *contenido esencial* del derecho de propiedad y, sobre todo, el de la existencia o inexistencia de un *beneficiario* de la intervención pública de que se trate [156].

NIETO, a su vez, tras describir de forma detallada la teoría del acto singular, la crítica a ella dirigida por la doctrina alemana y las diferentes teorías materiales formuladas por ésta para superarla, llega a la conclusión de que «Desaparecido el criterio formal automático [del acto singular], no se ha podido encontrar posteriormente ninguna otra fórmula que resuelva sin más como una panacea los continuos y graves problemas que este tema suscita. Los intentos de dar una solución unitaria al llamado criterio material [esto es, las diferentes teorías elaboradas por la doctrina alemana sobre criterios materiales] han fracasado y todos son muy discutibles [...]. El verdadero método ha de consistir, pues, en ofrecer un repertorio de puntos de vista, lo más precisos posibles, que ha de tenerse en cuenta en el momento de analizar cada caso concreto, y aceptar resignadamente la imprecisión última que de este método ha de derivarse. [...] En este

---

del fenómeno [expropiatorio], pero no es por sí mismo el criterio absoluto y último» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, p. 242).

[156] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, pp. 241-244. Sobre el criterio del beneficiario, en sus propias palabras: «La privación de utilidades positivas, el sacrificio que el acto expropiatorio implica para el afectado, debe, pues traducirse paralelamente en un beneficio para alguien, bien mediante atribución directa e inmediata de aquellas utilidades (enriquecimiento, *lucrum emergens*), supuesto normal y antaño referido en la condición tópica de la adquisición de la propiedad expropiada, bien mediante la cesación o eliminación de una situación dañosa (*damnun cessans*, enriquecimiento negativo). [...] En efecto, donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de un beneficiario o de una suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica en su posición común de "gestor del público", no hay expropiación, sino actos de poder que no generan un deber de indemnizar» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, p. 243; con prácticamente las mismas palabras GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, op. cit.*, p. 70).

La aceptación del criterio del contenido esencial —criterio manejado, como veremos, por el Tribunal Constitucional español— por parte del primero de ambos autores encuentra mayor fundamentación en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», en *RAP*, núm. 141, septiembre-diciembre de 1996, pp. 136-137.

sentido, los criterios materiales aludidos en el epígrafe anterior [y que nosotros ya conocemos] son de aplicación aquí, si bien no como criterios esenciales, y por tanto únicos, sino como simples puntos de vista que pueden tenerse en cuenta en cada caso concreto. A ellos conviene añadir, en este modesto, pero eficaz rango, algunos otros». Refiriéndose, entre estos puntos de vista a añadir a los criterios materiales suministrados por la doctrina alemana, a la función social de la propiedad (no tendrá carácter expropiatorio aquella intervención pública que imponga una limitación exigida y justificada por la función social que debe cumplir la propiedad), y a la existencia de elementos especiales que excluyen en todo caso la indemnización (no habrá indemnización, según NIETO, cuando la intervención pública no afecte a un derecho, sino a un interés, a un interés que no sea «sumamente calificado»; tampoco la habrá en caso de culpa de la víctima, o de que la intervención consista en la supresión de ventajas previamente concedidas por la Ley con carácter discrecional y revocable) [157].

PAREJO, por su parte, tras compartir la crítica que la doctrina alemana ha dirigido a la teoría del acto singular y las objeciones que algunos autores de dicho país han formulado a las teorías materiales destinadas a superarla, parece coincidir con quienes sostienen (como LEISNER o BREUER, según el propio PAREJO; también, de hecho, con NIETO) que no cabe encontrar un único criterio que por sí solo resuelva el problema y que sólo la combinación de los diferentes criterios puede permitir el adecuado deslinde entre expropiación y delimitación de derechos [158].

---

[157] NIETO GARCÍA, Alejandro, «Evolución expansiva...», *op. cit.*, pp. 73-85 y, sobre todo, pp. 85-90.

[158] PAREJO ALFONSO, Luciano, «La garantía del derecho de propiedad... (II)», *op. cit.*, pp. 552-553 (crítica a la *Einzelaktstheorie*), 555-557 (crítica de la *Sonderopfertheorie*), 558-559 (crítica de la *Schweretheorie*), 560-561 (crítica a la *Schutzwürdigkeitstheorie*), 561 (crítica a la *Zumutbarkeitstheorie*), 562 (crítica a la *Substanzminderungstheorie*), 566-567 (crítica a la *Privatnützigkeitstheorie*) y 569-570 (conclusión). Resulta necesario señalar, sin embargo, que esta oposición de PAREJO a la teoría del acto singular es, en la actualidad, menos clara, puesto que, más recientemente, junto a JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA, ha basado la distinción entre expropiación y delimitación de derechos, en gran medida, en el criterio de la singularidad-generalidad de la intervención pública cuestionada (PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 645-646).

Otros autores que se han posicionado en contra del criterio formal ofrecido por la *Einzelaktstheorie* han sido MARTÍN MATEO y, antes, VILLAR PALASÍ. Ambos autores se han mostrado partidarios, en cambio, de los criterios materiales de distinción entre delimitación de derechos y expropiación suministrados por la doctrina alemana [159].

También BARNÉS se decanta por un criterio material, el manejado —como se verá de inmediato— por el Tribunal Constitucional español: el respeto o vulneración del contenido esencial del derecho afectado [160, 161].

Por su parte, el Tribunal Constitucional, pese a valerse, a menudo, de la fórmula del artículo 1 LEF para interpretar el alcance del artículo 33.3 CE, se ha decantado, en los casos límite, por un concepto material de expropiación forzosa, vinculado al criterio del respeto o vulneración del contenido esencial de los derechos patrimoniales, que le ha llevado a admitir la posibilidad de que medidas generales (y no ya sólo medidas singulares, como propugna la teoría del acto singular) efectúen verdaderas expropiaciones de derechos.

De hecho, no parece que cuando el Tribunal Constitucional alude al concepto de expropiación forzosa del artículo 1 LEF esté adhiriéndose a la teoría alemana del acto singular; el tribunal, en cambio, parece asimilar la existencia de «privación singular» a la imposición de una medida que, por su intensidad, prive de su contenido esencial al derecho sobre el que recaiga. Sólo así se explica que el tribunal no vea contradicción alguna en afirmar,

---

[159] VILLAR PALASÍ, José Luis, «Justo precio y transferencias coactivas», en *RAP*, núm. 18, septiembre-diciembre de 1955, pp. 14-21; MARTÍN MATEO, al mostrarse favorable al criterio de la exigibilidad, parece adherirse a la *Zumutbarkeitstheorie* (MARTÍN MATEO, Ramón, «El estatuto...», *op. cit.*, pp. 139-140 y 146-147).

[160] BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 45-49.

[161] Difícil de calificar es la posición de GARRIDO FALLA. Si en GARRIDO FALLA, Fernando, «El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones...», *op. cit.*, pp. 24 y 30-33, parecía mostrarse partidario del criterio de la privación singular, en GARRIDO FALLA, Fernando, «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», en *RAP*, núm. 118, enero-abril de 1989 (sobre todo en las pp. 53-54), su posición resulta menos nítida.

primero, que «Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión [...] al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 CE, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social», y, dos párrafos después, que «Es obvio, por otra parte, que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente» [162].

Conviene precisar que el manejo del criterio del contenido esencial no es explícito en muchas de las sentencias del Tribunal Constitucional: el párrafo acabado de transcribir, donde con toda claridad se remite al contenido esencial como criterio de la expropiación, constituye, en realidad, una excepción. Sin embargo, aun en los casos en que el tribunal no lo explicita, el criterio por él empleado parece ser el del contenido esencial.

La medida general de carácter expropiatorio más importante señalada por el Tribunal Constitucional, desde que en la capital sentencia sobre la Ley de aguas (sentencia 227/1988, acabada de citar) admitiera la posible existencia de este tipo de medidas, ha sido la demanialización de todos los enclaves de propiedad privada situados en la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial efectuada por la Ley de costas de 1988.

Hasta la sentencia 227/1988, sobre la LA (1985), el problema de la posible existencia de medidas generales de carácter expropiatorio se había planteado ante el tribunal con motivo de la anticipación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos decretada por diversas normas con rango de Ley. El tribunal pudo, en esa ocasión, esquivar el problema, por la vía de afirmar que los funcionarios públicos sólo ostentan una *expectativa* (y no ya un derecho o un interés patrimonial legítimo susceptible de expropiación) de que se

[162] Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11.º

mantenga la edad de jubilación fijada estatutariamente cuando acceden a la función pública (así lo señaló, el tribunal, en las sentencias 108/1986, de 29 de julio —en lo referente al adelanto de la edad de jubilación de jueces y magistrados operada por el originario artículo 386 LOPJ—, 99/1987, de 11 de junio —adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios por el artículo 33 LMRFP—, y 70/1988, de 19 de abril —adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios del cuerpo de profesores de EGB por el D-Ley 17/1982—)[163].

En la sentencia 227/1988, el Tribunal Constitucional, que ya no podía alegar que la posición jurídica afectada por la Ley enjuiciada fuera una mera expectativa (muchos de los afectados por la LA [1985] eran titulares de un auténtico derecho de propiedad sobre aguas privadas, con arreglo a la normativa anterior), reconoció, de forma general, en el párrafo antes transcrito, la posibilidad de que medidas generales tengan carácter expropiatorio y requieran, para ser constitucionales, indemnización. El tribunal, sin embargo, en el caso concreto, negó que la demanialización de las aguas operada por la LA (1985) tuviera carácter expropiatorio. Para el tribunal, la circunstancia de que las DD. TT. 2.ª y 3.ª de la Ley permitieran a los titulares de derechos sobre aguas privadas, en todo caso, mantener su derecho en la misma forma que hasta la LA (1985), impedía calificarla de expropiatoria[164].

En la sentencia 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley de costas, el Tribunal Constitucional dio un paso más y declaró el carácter expropiatorio de la demanialización de enclaves privados efectuada por dicha Ley, demanialización que afectó, como se sabe y ya se ha señalado, incluso a los reconocidos por sentencia firme. El tribunal, sin embargo, consideró que dicha expropiación era perfectamente constitucional, porque venía acompañada de indemnización, de indemnización, además, cuantitativamente suficiente (satisfaciéndose, así, la exigencia del artículo 33.3 CE). El tribunal identificó la indemnización en la concesión administrativa otorgada por la propia DT 1.ª a quienes se vean afectados por la demanialización expropiatoria.

---

[163] Críticamente, sobre la calificación de mera expectativa de la posición jurídica de los funcionarios efectuada en estas sentencias por el Tribunal Constitucional, GARRIDO FALLA, Fernando, «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *op. cit.*, p. 37.

[164] La vigente Ley de aguas de 2001 sigue otorgando dicha posibilidad a los titulares de aguas privadas, también en sus DD. TT. 2.ª y 3.ª, prácticamente idénticas a las de la Ley de 1985.

La admisión de un concepto material de expropiación forzosa por parte del Tribunal Constitucional ha venido matizada, sin embargo, por la gran importancia que dicho tribunal concede a la función social de la propiedad privada reconocida en el artículo 33.2 CE, función social que, según el máximo intérprete de la Constitución, define internamente el contenido esencial del derecho de propiedad (limitando, de esta forma, las utilidades privadas garantizadas al propietario como contenido esencial de su derecho) y legitima —y aun obliga— al legislador a dar nueva conformación, desde una perspectiva social, a los distintos derechos patrimoniales, previendo y regulando una pluralidad de propiedades, dotadas de estatutos jurídicos diversos, en función de la naturaleza de los bienes sobre las que cada una recae [165]. La importancia concedida a la función social, en efecto, ha llevado al Tribunal Constitucional a negar el carácter expropiatorio (y la inconstitucionalidad) de medidas legislativas que han impuesto importantes limitaciones a la propiedad privada o a otros derechos patrimoniales sin prever a cambio indemnización alguna.

> Así, en la sentencia 227/1988, el tribunal negó el carácter expropiatorio a la DT 1.ª LA (1985), cuando fijó un plazo máximo de 75 años para el disfrute de los derechos preexistentes de aprovechamiento de aguas públicas, derechos que en algunos casos se habían obtenido por plazo superior o incluso a perpetuidad al amparo de la legislación anterior [166]; del mismo modo que también lo negó respecto de las limitaciones relativas al uso de las aguas impuestas por las DD. TT. 2.ª y 3.ª a quienes optaran por seguir manteniendo su titularidad sobre aguas privadas. La sentencia 149/1991, a su vez, por esa misma razón, excluyó el carácter expropiatorio de las limitaciones impuestas sobre las propiedades contiguas al dominio público marítimo-terrestre (servidumbres de protección, tránsito y acceso al mar, y limitaciones en la zona de influencia).

El examen de la jurisprudencia constitucional pone de relieve que el tribunal, pese a admitir la posibilidad de medidas

---

[165] Clave, sobre la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la función social de la propiedad, es la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria (en especial su FJ 2.º).

[166] La vigente Ley de aguas de 2001 ha mantenido este plazo máximo de 75 años, también en su DT 1.ª

generales expropiatorias, y pese a haber identificado, incluso, a alguna de ellas (como, señaladamente, la Ley de costas), trata en todo momento de mantener la constitucionalidad de la norma impugnada, ya sea atribuyendo la naturaleza de mera expectativa a la posición jurídica afectada, ya sea negando el ataque al contenido esencial del derecho, a partir de una amplia concepción de la función social, ya sea, en fin, reputando suficientes las medidas compensatorias eventualmente previstas por el legislador. El tribunal, sin embargo, en un difícil equilibrio (movido, seguramente —parafraseando a GARRIDO FALLA—, por su «mala conciencia» ante los afectados por la medida enjuiciada [167]), incluye en muchas de sus sentencias incisos en los que sugiere la posibilidad de que los afectados obtengan indemnizaciones (o indemnizaciones complementarias) ante la jurisdicción ordinaria. Indemnizaciones que, según parece desprenderse de lo poco que al respecto afirma el tribunal, tienen la naturaleza de resarcimientos derivados de *responsabilidad patrimonial del legislador*.

> El reconocimiento de la posibilidad de que los afectados, a pesar de la constitucionalidad de la medida general sobre ellos impuesta, perciban una indemnización, se encuentra ya en las sentencias que el tribunal dictó sobre el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios. En la primera de ellas, la 108/1986, el tribunal, tras afirmar que la finalidad evidente del escalonamiento de edades previsto por la originaria DT 28.ª LOPJ para aplicar de forma gradual la nueva edad máxima de jubilación a jueces y magistrados era «paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos», se limitó a apuntar que «Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que estos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación» [168].
>
> En un sentido y con un alcance parecidos, en la segunda de dichas sentencias, la 99/1987, el tribunal sostuvo, tras declarar que el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios no

[167] GARRIDO FALLA, Fernando. «Sobre la responsabilidad del Estado legislador». *op. cit.*, p. 38.

[168] FJ 22.°

tenía carácter expropiatorio, que «Esto no impide añadir [remitiendo a la STC 108/1986] que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación» [169].

Pero ha sido, sin duda, la tercera de las sentencias dictadas sobre esta materia, la 70/1988, la más explícita y la que con mayor claridad se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de dichas compensaciones, atribuyéndoles el carácter de indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En ella, el tribunal, tras afirmar, en el mismo sentido que las dos anteriores, que «la constitucionalidad de la nueva regulación de la edad de jubilación, acortando la vida activa de los funcionarios sin más matizaciones que la previsión de un calendario escalonado para su entrada en vigor y unas ayudas mínimas para suavizar sus efectos, no impide que se pueda apreciar en el marco de la legalidad ordinaria, como ya se dijo en la STC 108/1986 de 29 de julio y se reitera en la 99/1987 de 11 de junio, cuya doctrina estamos siguiendo, que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que puedan merecer algún género de compensación», da expreso respaldo a tres sentencias del Tribunal Supremo en Pleno [170] que admitieron la posibilidad —hipotética— de conceder indemnización a funcionarios en concepto de responsabilidad patrimonial del legislador por el adelanto de la edad de jubilación (con base en las citadas SSTC 108/1986 y 99/1987 y en el entonces vigente artículo 40 LRJAE), e insta a la Audiencia Territorial de Albacete —proponente de la cuestión de inconstitucionalidad— a que siga el ejemplo de estas sentencias del Tribunal Supremo y valore si en el caso concreto procede conceder una indemnización al demandante [171].

---

[169] FJ 6.º

[170] Se trata de dos SSTS (Pleno) de 15 de julio y una de 25 de septiembre de 1987 (Ar. 10105, 10106 y 10107/1988, respectivamente).

[171] FJ 3.º

Para LEGUINA, la alusión que el Tribunal Constitucional hace en esta sentencia a las tres resoluciones del Tribunal Supremo en Pleno no significa que aquél haga suya la doctrina fijada en éstas y que, por tanto, sostenga que las eventuales compensaciones a satisfacer a los afectados por este tipo de medidas legislativas tengan la naturaleza de indemnizaciones en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador; para LEGUINA, por el contrario,

La STC 149/1991, a su vez, tras afirmar, como ya sabemos, que el otorgamiento de un título concesional a los titulares de enclaves privados sobre el demanio marítimo-terrestre representa una adecuada indemnización, añade que «nada impide, naturalmente, que los afectados por la expropiación puedan impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional para deducir ante ella las pretensiones que estimen pertinentes frente al mismo» [172]. A juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, el Tribunal Constitucional, con este inciso, está admitiendo la posibilidad de que los titulares expropiados soliciten una indemnización complementaria ante la jurisdicción contencioso-administrativa que tenga en cuenta las particularidades de cada caso concreto; indemnización que, según este autor, encuentra su fundamento en la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislati-

---

las compensaciones a las que se refiere el Tribunal Constitucional se fundan más «en motivos de equidad que en auténticos principios indemnizatorios» (LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», *op. cit.*, p. 411). Debo discrepar del parecer de LEGUINA. Siendo cierto que el Tribunal Constitucional, en ésta y en las sentencias antes citadas, es muy ambiguo en el momento de referirse a la naturaleza jurídica de estas «compensaciones», no afirmando nunca de forma expresa que las mismas deriven de la responsabilidad patrimonial del legislador, no es menos cierto que su confirmación y apoyo a las tres aludidas sentencias del Tribunal Supremo en Pleno son meridianamente claros; y en dichas sentencias el Tribunal Supremo no duda en otorgar a las referidas compensaciones la naturaleza de indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. El Tribunal Constitucional es perfectamente consciente de ello, cuando señala que «Se trata en ellas [en estas tres sentencias del Tribunal Supremo] de peticiones subsidiarias de indemnización de daños y perjuicios, *análogas a la planteada por el recurrente* como subsidiaria en el proceso contencioso-administrativo del que dimana la presente cuestión, y *se afronta el tema* [...] *de la posible responsabilidad del estado dimanante de la actividad legislativa*. En las SS 15 julio 1987 *consagra el Tribunal Supremo el principio general de la responsabilidad del Estado*» (FJ 3.º; la cursiva es mía). Y, sin embargo, en lugar de corregir esta fundamentación otorgada por el Tribunal Supremo a las indemnizaciones a percibir por los funcionarios afectados por la medida legislativa, el Tribunal Constitucional acaba señalando: «Puede, por tanto, la Sala proponente de la cuestión, *de modo semejante a lo resuelto en las citadas sentencias del Tribunal Supremo*, enjuiciar y resolver lo que estime procedente en orden a la petición compensatoria articulada subsidiariamente en la demanda» (FJ 3.º; la cursiva es mía). Parece, pues, difícil, negar que el Tribunal Constitucional, en esta STC 70/1988, haga suya la doctrina del Tribunal Supremo.

[172] FJ 8.º*B.b)*.

vos de naturaleza expropiatoria derivada de una interpretación *a contrario* del artículo 139.3 LRJPAC [173].

Las SSTC 28/1997, de 13 de febrero, y 248/2000, de 19 de octubre, sobre la legislación balear de ordenación y protección de áreas naturales de interés especial [174], no permiten ya dudar que para el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una norma delimitadora de derechos no excluye que quienes resulten afectados por ella puedan reclamar algún tipo de compensación económica, y que dicha compensación económica tiene la naturaleza de indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Para el tribunal, «el silencio de la Ley sobre este particular [esto es, el hecho de que el legislador balear no haya previsto indemnización alguna para quienes resulten afectados por las limitaciones y prohibiciones urbanísticas contenidas en dicha normativa] no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la *responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos* que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos» [175].

---

[173] Esta indemnización, por tanto, según GARCÍA DE ENTERRÍA, debe canalizarse a través de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (que es quien hace efectiva la responsabilidad del legislador) regulada en los artículos 139 y ss. LRJPAC. Este autor sólo lamenta que el Tribunal Constitucional no se haya referido a esta posibilidad en términos más nítidos y de forma más explícita, y, sobre todo, que no la haya llevado al fallo de la sentencia (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Las expropiaciones legislativas...», *op. cit.*, pp. 145-150).

Distinto es el planteamiento de GARRIDO FALLA. De su comentario de las sentencias sobre el adelanto de la jubilación de los funcionarios parece desprenderse que lo que el Tribunal Constitucional debería haber hecho es, en su caso, reconocer el carácter expropiatorio de la normativa impugnada y conceder indemnización por este concepto, pero no en virtud de responsabilidad del Estado legislador, figura esta última que debe circunscribirse, en la opinión de este autor, a las Leyes declaradas inconstitucionales (GARRIDO FALLA, Fernando, «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *op. cit.*, pp. 46-54).

[174] Leyes baleares 1/1984, de 14 de marzo, de ordenación y protección de áreas naturales de interés especial; y 3/1984, de 31 mayo, y 8/1985, de 17 de julio, de declaración de «Es Trenc-Salobrar de Campos» y de «Sa Punta de N'amer» como áreas naturales de especial interés.

[175] FJ 7.º de la STC 28/1997 y FJ 4.º de la STC 248/2000. La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿Cuál es esta normativa general sobre

El Tribunal Constitucional, de esta forma, admite que pueda nacer la responsabilidad patrimonial del legislador como consecuencia de medidas generales no expropiatorias, sino limitativas de derechos (como, señaladamente, el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios), e, incluso —si hacemos caso a la interpretación de GARCÍA DE ENTERRÍA—, como consecuencia de medidas generales expropiatorias que prevean indemnizaciones adecuadas en términos generales, pero insuficientes en algunos casos particulares (ejemplo: la Ley de costas). Con ello se pone de relieve, nuevamente, la estrecha relación existente entre las figuras de la delimitación de derechos, la expropiación forzosa y la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos. Y la necesidad (la urgente necesidad) de un claro deslinde entre ellas.

«responsabilidad patrimonial de los poderes públicos» a que se refiere el Tribunal Constitucional? No parece aventurado pensar que se trata de la regulación del instituto de la responsabilidad patrimonial contenida en los artículos 139 y ss. de la LRJPAC. Si ello es así se abre un interrogante de gran magnitud: ¿Qué juicio merece al Tribunal Constitucional el artículo 139.3 LRJPAC, regulador —negador, en realidad— de la responsabilidad patrimonial del legislador por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria? Dicho precepto, en efecto, al remitir a la sola voluntad del legislador que apruebe Leyes no expropiatorias la decisión sobre si los particulares tendrán o no derecho a ser indemnizados por los daños que éstas les irroguen, ha bloqueado la vía indemnizatoria *ex* responsabilidad del Estado legislador por Leyes no expropiatorias abierta por el Tribunal Constitucional en las sentencias sobre el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios acabadas de comentar (ARIÑO ORTIZ, Gaspar; VELASCO CABALLERO, Francisco, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: el caso de la futura Ley del Sector Eléctrico», en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio [Coord.], *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos..., op. cit.*, p. 103). ¿Pero cómo debe interpretarse el hecho de que el Tribunal Constitucional, en sentencias como las apuntadas sobre la legislación balear de espacios protegidos, *posteriores* a la entrada en vigor de dicho artículo 139.3 LRJPAC, haya vuelto a afirmar la posibilidad de que nazca la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por Leyes no expropiatorias?, ¿acepta el tribunal lo que dispone el artículo 139.3 LRJPAC (y, por tanto, se limita a remitir a lo que en cada caso —en cada Ley no expropiatoria— establezca el legislador)? Parece razonable dudarlo.

2.4. La conveniencia de una nueva distinción. La jurisprudencia del *BVerfG*

Todas las teorías que hemos ido viendo de la doctrina y jurisprudencia alemanas, de la Corte Constitucional italiana y la doctrina que la ha apoyado y fundamentado, y de la doctrina y el Tribunal Constitucional españoles, coinciden —como ya se ha dicho antes de iniciar su exposición— en considerar que la delimitación de derechos no debe dar lugar a indemnización y la expropiación sí, y en suministrar un concepto amplísimo de expropiación.

> De hecho, lo segundo es consecuencia de lo primero: si sólo la expropiación debe dar lugar a indemnización, y si los supuestos de daños irrogados a los particulares en aras del interés general que merecen algún tipo de compensación económica son —según el sentir actual— tantos y tan variados, la consecuencia dogmática inevitable es la ampliación del concepto expropiatorio.

Estas teorías, además, conducen a una difuminación de la distinción entre ambas figuras. En todas ellas, en efecto, no hay solución de continuidad entre la delimitación de derechos y la expropiación, ambas figuras constituyen un *continuum*. Donde acaba una empieza la otra. Una medida delimitadora será expropiatoria cuando incida más sobre unos sujetos que sobre otros (según la teoría del acto singular) o cuando su efecto limitador rebase un determinado nivel de intensidad (teorías materiales). No hay, por tanto, una diferencia estructural, esencial entre la delimitación y la expropiación: la diferencia entre una y otra es sólo una cuestión de alcance subjetivo (en la *Einzelaktstheorie*) o de grado (en las teorías sustanciales). Esta continuidad entre ambas figuras se pone ya de manifiesto en la interpretación sistemática que dichas teorías efectúan de los distintos apartados del precepto que en cada Constitución respectiva regula el derecho de propiedad y la expropiación forzosa: la operatividad del apartado que prevé y permite la delimitación de los derechos patrimoniales por parte del legislador (apartado primero *in fine* del artículo 14 *GG*; apartado segundo del artículo 42 CI; apartado segundo del artículo 33 CE) acaba, tiene su límite, donde

empieza la del apartado que prevé la expropiación forzosa y la indemnización a ella vinculada (apartado tercero del artículo 14 *GG*; apartado tercero del artículo 42 CI; apartado tercero del artículo 33 CE).

La ampliación del concepto expropiatorio llevada a cabo por las teorías expuestas y la correlativa difuminación de la distinción entre expropiación y limitación de derechos son negativas y deben ser corregidas. Negativas desde una perspectiva formal-terminológica y negativas desde una perspectiva material. En el plano terminológico, parece mucho más útil, porque permite una mejor ubicación de los numerosos y complejos problemas que se plantean en esta materia, una distinción más clara (una y otra no pueden distinguirse por el mayor o menor número de personas afectadas por la medida en cuestión o su mayor o menor grado de intensidad; debe haber solución de continuidad entre la una y la otra: la expropiación no empieza donde acaba la delimitación, una y otra se mueven en planos distintos) y más precisa [176] entre la delimitación de derechos y la expropiación, que se muestre más acorde con el perfil tradicional de ambas figuras.

En el plano material, no parece que pueda aceptarse la conclusión última a que abocan las teorías expuestas: que el legislador pueda regular como quiera los derechos patrimoniales, siempre que, a cambio, indemnice a los posibles afectados [177]. En efecto, como, según las citadas teorías, la delimitación de derechos y la expropiación constituyen un *continuum*, y toda delimitación de derechos que rebase un determinado punto se convertirá en una expropiación, no en una delimitación de derechos inconstitucional y, por tanto, nula, el legislador sólo vendrá obli-

---

[176] Los partidarios de las distintas teorías ampliatorias del concepto de expropiación examinadas siempre se han reprochado mutuamente la imprecisión del criterio de distinción entre expropiación y delimitación de derechos manejado por cada una de ellas.

[177] Señalando que esta conclusión es la que se deriva de la doctrina de la Corte Constitucional italiana y poniendo de relieve que existen valores que no se pueden comprar con dinero (con una simple indemnización), SORACE, Domenico, «Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi nella rendita urbana», en *Riv. crit. dir. priv.*, núm. 3, septiembre de 1989, pp. 410-412.

gado a prever una indemnización, una indemnización cuantitativamente adecuada (o, al menos, a no prohibirla expresamente, en aquellos sistemas cuyos tribunales —constitucionales u ordinarios— se arrogan la competencia de extraer indemnizaciones de Leyes consideradas materialmente expropiatorias que, no previéndolas expresamente, tampoco las excluyan). La ampliación del concepto expropiatorio operada por estas teorías, ampliación destinada, claramente, a proteger a los propietarios, lleva así, paradójicamente, a permitir que el derecho de propiedad (en general, los derechos patrimoniales) quede en las enteras manos del legislador, sólo limitado por la necesidad de indemnizar. Ello, en mi opinión, no es posible, al menos en aquellos sistemas que, como el alemán o el español (no así el italiano), reconocen constitucionalmente un contenido esencial al derecho de propiedad intangible por el legislador.

La Constitución española, en efecto, como la alemana [178] (y a diferencia de la italiana [179]), establece, en su artículo 53.1, que «Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades» (los reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero de la Constitución, entre los cuales se sitúa el derecho de propiedad) [180]. El contenido esencial del derecho de propiedad (y, en

---

[178] Según el artículo 19.2 *GG*. «En ningún caso puede un derecho fundamental ser afectado en su contenido esencial» (*Wesensgehalt*). Como es sabido, es de este precepto de donde procede lo dispuesto en el artículo 53.1 CE.

[179] No existe en la Constitución italiana un precepto análogo al artículo 19.2 *GG* o al 53.1 CE. Ello no ha impedido, sin embargo, que se haya defendido, también en ese país (no sin una gran oposición doctrinal; recuérdese la postura de GIANNINI totalmente contraria a la teoría del contenido esencial), la existencia de un contenido esencial de los derechos reconocidos por la Constitución (véanse, en relación con el derecho de propiedad, los autores más arriba citados partidarios de la teoría de la sustancia manejada por la *Corte costituzionale*).

[180] Según el Tribunal Constitucional, en la básica sentencia 11/1981, de 8 de abril, hay dos vías complementarias para identificar el contenido esencial de los derechos reconocidos en la Constitución. En virtud de la primera, «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo

general, de los derechos patrimoniales) opera, por tanto, como límite al legislador, límite que éste no puede franquear a cambio de indemnización: así, la norma que vulnere el contenido esencial no dará lugar a indemnización, sino que será inconstitucional [181]. El contenido esencial, en definitiva, sirve de parámetro de constitucionalidad de las Leyes, no de criterio de la expropiación.

---

así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trata de derechos constitucionales»; en virtud de la segunda vía, «Se puede [...] hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (FJ 8.°).

Acerca del contenido esencial, en el derecho de propiedad, BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «El derecho de propiedad...», *op. cit.*, pp. 45-49; PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso, «Artículo 33...», *op. cit.*, pp. 513-522 (y la doctrina española, alemana e italiana allí citada).

Sobre la segunda de las garantías de los derechos del citado Capítulo segundo prevista en este artículo 53.1 CE (y, también, en lo concerniente al derecho de propiedad, en el mismo artículo 33.2 CE), la reserva de Ley, sólo apuntar que el Tribunal Constitucional, en relación con el derecho de propiedad, la ha entendido de forma flexible, permitiendo la colaboración del Reglamento cuando el legislador lo considere oportuno. Así, en la antes citada STC 37/1987, el tribunal sostiene que sólo queda vedada la deslegalización de la materia o la regulación del contenido del derecho de propiedad mediante Reglamentos independientes, no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para que complete la regulación legal. Ello significa (como por otro lado ya se ha advertido al iniciar la exposición de esta materia) que las normas delimitadoras del contenido del derecho de propiedad —y respecto de las cuales estamos intentando distinguir a la expropiación— pueden provenir tanto del legislador como de la Administración. Valga esta matización para el resto del trabajo, donde normalmente me referiré —para no cansar al lector— sólo al legislador, máximo responsable en la tarea conformadora del derecho de propiedad.

[181] El contenido esencial no es el único límite al poder conformador del derecho de propiedad que la Constitución impone al legislador. El principio de igualdad o el de proporcionalidad constituyen, en este sentido, algunos de los ulteriores límites que el legislador no puede rebasar —por mucho que indemnice— sin incurrir en inconstitucionalidad.

La inidoneidad de las teorías ampliatorias del concepto expropiatorio se pone de manifiesto, además —y sobre todo—, teniendo en cuenta que han sido abandonadas en el país del que provienen, Alemania. En efecto, después de décadas de progresiva ampliación del concepto expropiatorio por parte de la jurisprudencia y la doctrina alemanas, el *BVerfG*, en una crucial sentencia de 15 de julio de 1981 (conocida como *Naßauskiesungsbeschluß*) [182], ha llevado a cabo una contundente crítica de la jurisprudencia del *BGH* vertida en materia de expropiación, imponiendo un total replanteamiento de la misma.

El nuevo [183] enfoque del *BVerfG*, acogido favorablemente por buena parte de la doctrina alemana [184], merece, en mi opinión, total adhesión. Sus líneas básicas son las siguientes [185]:

1. Debe manejarse un concepto estricto de expropiación forzosa, mucho más restringido que el tan amplio sostenido durante tanto tiempo por el *BGH* y la generalidad de la doctrina. Expropiación, según el *BVerfG*, es —sólo— la *privación total o parcial de posiciones jurídicas patrimoniales, mediante un acto jurídico de Derecho público dirigido a producirla, realizada para la satisfacción de determinadas finalidades públicas* [186]. Claves en la definición del concepto expropiatorio son, pues, la

---

[182] Publicada en *BVerfGE*, núm. 58, 1982, pp. 300-353.

[183] Como recuerda MAURER, no se trata, en realidad, de un nuevo enfoque, porque ya en sentencias anteriores del *BVerfG* podían advertirse divergencias de base respecto de la jurisprudencia sobre expropiación del *BGH*; la sentencia de 15 de julio de 1981, sin embargo, hizo que dichas divergencias fueran advertidas y valoradas en su justa medida por la comunidad jurídica alemana (MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 678).

[184] Aunque no por toda. Se muestra crítico al respecto OSSENBÜHL, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 168 y 193-194.

[185] Sigo, a continuación, la clara exposición de MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 679-682.

[186] «*Enteignung ist danach (nur) die vollständige oder teilweise Entziehung vermögenswerter Rechtspositionen i.S. des Art. 14 I 1 GG* [esto es, todo tipo de posiciones jurídicas patrimoniales: véase lo dicho al respecto *supra*, cuando nos hemos ocupado del *enteignugsgleicher Eingriff*] *durch einen gezielten hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben*» (MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 679; en las pp. 687-696 puede verse, a su vez, la interpretación que en Alemania se efectúa de los diferentes elementos de este restringido concepto expropiatorio).

forma y la finalidad, no ya la intensidad y la calidad de la intervención.

2. La expropiación forzosa (prevista en el artículo 14.3 *GG*; en el caso español, en el artículo 33.3 CE), así definida, debe distinguirse claramente de la delimitación del derecho de propiedad (a que se refiere el artículo 14.1.2 *GG*; en España, el artículo 33.2 CE). La propiedad, como todo instituto jurídico, necesita ser objeto de configuración legal; el legislador, por ello, debe determinar, mediante regulación general-abstracta, qué pertenece y qué no pertenece a la propiedad protegida constitucionalmente. En ello, sin embargo, no es libre, puesto que debe tener en cuenta el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada contenido en el artículo 14.1 *GG* (artículo 33.1 CE), la función social de la misma (artículos 14.2 *GG* y 33.2 CE) y los principios de proporcionalidad, confianza e igualdad, así como la necesidad de respetar su contenido esencial (artículos 19.2 *GG* y 53.1 CE).

3. Una norma delimitadora del derecho de propiedad sigue siendo tal aunque viole los límites constitucionales; no se convierte en una norma expropiatoria, sino que es inconstitucional y nula. Las medidas concretas que en ella se apoyen no son expropiaciones necesitadas de indemnización, sino actos en sí mismos antijurídicos por tener su origen en una Ley inconstitucional y nula. La delimitación *inconstitucional* de derechos constituye de esta forma una tercera categoría, junto a la delimitación *constitucional* y la expropiación. Ya no hay, pues, sólo dos categorías (como han venido sosteniendo la doctrina y jurisprudencia partidarias del concepto amplio de expropiación, para quienes toda delimitación de derechos que rebase un determinado punto no es inconstitucional, sino expropiatoria y, con ello, necesitada de indemnización), sino tres.

Sumándole la expropiación forzosa no ajustada a Derecho cabe, así, distinguir cuatro grupos: *a)* delimitación del derecho de propiedad ajustada a la Constitución. No hay derecho a indemnización [187]; *b)* delimitación inconstitucional del derecho

[187] Téngase en cuenta, no obstante, lo que luego se dirá sobre la delimitación de derechos necesitada de compensación.

de propiedad. El afectado no recibirá indemnización en concepto de expropiación, pero sí, eventualmente, por otros (como la responsabilidad extracontractual); *c)* expropiación efectuada de forma ajustada a Derecho. Se percibe indemnización en concepto de expropiación; *d)* expropiación contraria a Derecho. No se genera derecho a indemnización en concepto de expropiación, pero sí, eventualmente, por otros (como, de nuevo, la responsabilidad extracontractual).

4. El órgano jurisdiccional que considere que una Ley postconstitucional es contraria a los apartados primero (*in fine*) o tercero del artículo 14 *GG* (apartados segundo y tercero del artículo 33 CE), no podrá considerarla expropiatoria y conceder indemnización —en concepto de expropiación— al afectado, sino que deberá plantear cuestión de inconstitucionalidad (*ex* artículo 100.1 *GG* —equivalente al artículo 163 CE—) ante el *BVerfG*.

5. No sólo la expropiación forzosa debe dar lugar a indemnización. También la delimitación de derechos ajustada a la Constitución (mejor dicho, para que se ajuste a la Constitución) debe, en ocasiones, venir acompañada de indemnización. La figura de la delimitación de derechos necesitada de compensación (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*) [188], surgida con motivo de una sentencia del *BVerfG* de 14 de julio de 1981 [189] (conocida como *Pflichtexemplarentscheidung*) [190], representa una excepción a la regla general de la no indemnizabilidad de la delimitación de derechos. En su virtud, cuando una regulación legal limite la propiedad de una forma en general ajustada a la Constitución, pero, en algunos casos concretos, produzca cargas especiales injustificables e inexigibles desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad o igualdad, y ello pueda ser corregido mediante una compensación económica, la Ley deberá preverla, porque, de lo contrario, será inconstitucional.

La operatividad de la figura, circunscrita, sobre todo, a casos de inmisiones y de limitaciones de la propiedad impuestas en el

---

[188] A la que ya se ha aludido con anterioridad, al ocuparnos sucintamente de la figura de la intervención expropiatoria (*enteignender Eingriff*) creada por el *BGH*.

[189] Esto es, un día antes que el capital *Naßauskiesungsbeschluß*.

[190] Publicada en *BVerfGE*, núm. 58, 1982, pp. 137-152.

ámbito de la conservación de monumentos y de protección del medio ambiente [191], queda claramente puesta de relieve con el supuesto de hecho de la aludida sentencia de 14 de julio de 1981 y la solución que al mismo le dio el *BVerfG*: según el § 9 de la Ley de prensa del *Land* de Hesse [192], el Ministro de Educación y Ciencia de dicho *Land* podría establecer mediante Reglamento que se entregara gratuitamente a la biblioteca por él indicada un ejemplar de cada publicación que apareciera en el ámbito de aplicación de dicha Ley [193]. Con ello se pretendía reunir todas las nuevas publicaciones en lugares públicos y garantizar así su conservación y susceptibilidad de consulta por parte de todos los ciudadanos. Un editor impugnó la aplicación de dicha medida, alegando que él se

[191] Ejemplos de normas delimitadoras de derechos que prevén una compensación económica para casos excepcionales son el § 8a.5 de la Ley alemana de carreteras, que ya conocemos, y el § 42 de la Ley federal de protección contra las inmisiones de 15 de marzo de 1974 (*Bundes-Immissionsschutzgesetz —BImSchG—*), que declara indemnizables, en determinados supuestos, los ruidos derivados de la circulación viaria, de tranvía y ferrocarril que rebasen los niveles permitidos (MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 712). Detalladamente, sobre estos y otros supuestos de delimitaciones de derechos necesitadas de compensación económica identificadas por la jurisprudencia alemana reciente, OSSENBÜHL, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 182-186.

[192] Ley de Hesse sobre libertad y derecho de prensa (*Hessisches Gesetz über Freiheit und Recht der Presse —LPrG—*) en la versión publicada el 20 de noviembre de 1958.

[193] En ejercicio de dicha habilitación, el § 1 del Reglamento de 21 de marzo de 1977 del Ministro de Educación y Ciencia del *Land* de Hesse sobre la entrega de publicaciones (*Verordnung über die Abgabe von Druckwerken*) estableció el deber de todos los editores de proporcionar, gratuitamente, a la biblioteca correspondiente (la del lugar de edición), un ejemplar de cada una de las publicaciones por ellos editadas que aparecieran en dicho *Land*. Como puede observarse, nos encontramos ante un supuesto paradigmático de delimitación de derechos efectuada conjuntamente por el legislador y la Administración. La participación de la Administración en la delimitación del derecho es admitida, en el caso concreto (por no vulnerar la reserva de Ley contenida en el § 14.1 *GG*), por el *BVerfG* (FJ C.II.2.*a*)).

En España pesa también sobre los editores e impresores de libros (así como sobre los productores musicales y cinematográficos) una obligación análoga de entrega gratuita de ejemplares destinados a diferentes bibliotecas públicas: es el denominado «Depósito legal», reconocido por la DA 1.ª del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, y regulado, en el plano estatal, por las Órdenes del Ministerio de Educación y Ciencia de 30 de octubre de 1971 (de aprobación del Reglamento del Instituto Biográfico Hispánico) y de 20 de febrero de 1973 (de modificación de dicho Reglamento).

dedicaba a la edición de lujo de libros de poca tirada y que, por ello, se veía gravado de un modo especial por la entrega obligatoria [194]. El tribunal administrativo que conoció del asunto planteó cuestión de inconstitucionalidad ante el *BVerfG*. Éste afirmó que la entrega obligatoria constituía una delimitación de derechos y no ya una expropiación; delimitación que, pese a ajustarse en términos generales a la Constitución, la vulneraba al extenderse por igual a los editores de libros suntuosos de poca tirada y representar de este modo, para ellos, una carga desproporcionada y discriminatoria. El tribunal, de esta forma, declaró inconstitucional la Ley cuestionada, en la medida en que no preveía una compensación económica para estos casos excepcionales [195].

Afirman algunos autores que para la identificación de las delimitaciones de derechos necesitadas de compensación resultan de especial utilidad los criterios materiales suministrados por las teorías partidarias del concepto amplio de expropiación antes descritas [196]. Tengo mis dudas al respecto. En cualquier caso, considero prioritarios los criterios de evaluación de la constitucionalidad de las delimitaciones de derechos que más adelante enunciaré.

Como ya he señalado, creo que esta doctrina del *BVerfG* merece total adhesión. Sólo un criterio restringido de expropiación como el manejado por dicho tribunal permite identificar la que a mi juicio es y debe ser la diferencia última entre dicha ins-

---

[194] Este editor tuvo que entregar gratuitamente cuatro libros de gran valor. Su precio de venta oscilaba —en 1976— entre los 180 marcos del más barato y los 650 marcos del más caro (al cambio actual —que no es el de 1976; tampoco es el mismo, sin embargo, el coste de la vida—, 15.312 y 55.297 pesetas, respectivamente). Su tirada oscilaba, a su vez, entre los 70 y los 625 ejemplares. Nada que ver, como puede apreciarse, con los precios y las tiradas de las publicaciones comerciales corrientes.

[195] Compensación sí prevista, en cambio, ya entonces, en el ámbito federal, por el § 22 de la Ley —equivalente, en lo que aquí importa, a la referida Ley de Hesse— de la Biblioteca Alemana de 31 de marzo de 1969 (*Gesetz über die Deutsche Bibliothek*). La normativa española estatal reguladora del Depósito legal tampoco prevé ningún tipo de compensación económica para los casos excepcionales.

Más detalladamente, sobre la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 710-715, y RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, pp. 711-720.

[196] En este sentido, RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, pp. 712-714; MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 711-712; OSSENBÜHL, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 183 y 193-194.

titución y la delimitación de derechos: el carácter normativo de la segunda y el carácter no normativo de la primera.

A mi modo de ver, en efecto, la delimitación de derechos debe caracterizarse por su carácter normativo. La misma expresión «delimitación de derechos» denota la conformación normativa, reguladora, del contenido del derecho objeto de la misma: el derecho, abstractamente considerado, tras la delimitación, tendrá un estatuto, un contenido distinto, un contenido que se mantendrá invariable mientras no se efectúe una nueva delimitación. La delimitación, por su carácter abstracto, innova el ordenamiento, lo altera (tiene vocación de permanencia; no se agota con su aplicación), y tiene, por ello, carácter normativo [197]. No ocurre lo mismo con la expropiación, cuyo objeto no es abstracto, sino concreto; el contenido del derecho afectado por ella, abstractamente considerado, sigue siendo el mismo: el estatuto del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles urbanos, p. ej., no cambia por la circunstancia de que se prive de un inmueble a un particular o de que se limiten sus concretas facultades dominicales sobre el mismo para dar satisfacción a un determinado fin de interés general. Prueba de ello es que el derecho expropiado, en el supuesto más común de expropiación, el de transferencia de su titularidad en favor de la Administración expropiante o del beneficiario de la misma, seguirá teniendo —bajo una titularidad distinta— el mismo contenido después de la medida ablativa. El ordenamiento jurídico, en definitiva, no cambia, no resulta innovado por la expropiación.

La delimitación, debido, precisamente, a su carácter normativo, constituye un *prius*, un momento previo y necesario a la expropiación. En efecto, sólo se puede expropiar, privar a alguien

[197] Manejo aquí, como puede apreciarse, el concepto de norma jurídica dominante entre los administrativistas españoles, basado en el criterio de la abstracción/innovación del ordenamiento jurídico, habitualmente empleado para distinguir los actos administrativos de los Reglamentos. Baste citar, en este punto, a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, I*, 10.ª ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 173-176; ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo, I/1*, 13.ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. 117-118; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 314-316.

de un derecho o facultad que el ordenamiento, las normas jurídicas, le han previamente reconocido. La delimitación de derechos es la que lleva a término esta función conformadora, de reconocimiento. La expropiación opera en un segundo momento, sobre un derecho previamente delimitado, configurado.

Una vez deslindadas con claridad las figuras de la expropiación y de la delimitación de derechos, y reducida la primera a sus justos —y más modestos— límites, el problema pasa a ser cómo distinguir la delimitación de derechos constitucional de la inconstitucional, y, más concretamente, la necesitada de compensación económica de la que debe ser soportada sin indemnización.

Se trata, sin duda, de un problema complejo, en el que se pone de manifiesto como quizá en ningún otro la tensión existente entre progreso y respeto a las situaciones existentes, entre cambio y tradición, y en el que no podemos detenernos aquí. Sólo señalar que la constitucionalidad de una delimitación de derechos que restrinja los previamente reconocidos dependerá, en buena medida, de su justificación en otros preceptos y valores constitucionales; se impone, pues, ante todo, una ponderación (*Abwägung*) de los diferentes valores constitucionales en juego. En el caso de que la ponderación justifique la delimitación de derechos, deberá verificarse, en segundo lugar, siguiendo al *BVerfG*, que la misma resulte proporcionada al objetivo perseguido [198], que respete el contenido esencial del derecho limitado y otros principios como el de igualdad y, señaladamente, el de confianza [199, 200].

---

[198] Entendiendo, como la doctrina alemana, el principio de proporcionalidad (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) en su triple vertiente: idoneidad (*Geeignetheit*), necesariedad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismäßigkeit*).

[199] Favorables a tomar en consideración, en este ámbito, el principio de confianza (*affidamento*, en Italia; *Vertrauensschutzprinzip*, en Alemania, donde dicho principio, como es sabido, ha experimentado un gran desarrollo), se muestran SORACE, Domenico, «Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione...», *op. cit.*, pp. 416-417 (y nota núm. 7, p. 436); y, en España, ARIÑO ORTIZ, Gaspar; VELASCO CABALLERO, Francisco, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador...», *op. cit.*, pp. 103-111 (explicando su origen, significado y articulación en los Derechos alemán y comunitario).

[200] La delimitación de derechos tiene también, pues, sus límites. DEPENHEUER, siguiendo de cerca la jurisprudencia del *BVerfG*, afirma que los que

Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, como señala MAURER, que de lo que aquí se trata es de un problema de Derecho transitorio, que a menudo podrá y deberá ser resuelto mediante disposiciones transitorias adecuadas (en ejemplos del propio autor, períodos transitorios, supresión progresiva de la regulación hasta entonces vigente, regulaciones especiales para los casos extremos, ayudas a la adaptación o —como hemos visto antes— compensaciones económicas) que contemplen las situaciones preexistentes y eviten cargas inexigibles [201]. Obsérvese, y ésta es una diferencia destacable respecto del enfoque de las teorías partidarias de un concepto amplio de expropiación forzosa, que la de la compensación económica es sólo una —no la única— de las medidas que puede incluir una norma delimitadora de derechos para mostrarse respetuosa con los principios y límites enunciados y evitar ser tachada de inconstitucional.

3. Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración

Habiendo definido ya la expropiación forzosa, a los efectos de distinguirla de la delimitación de derechos, resulta mucho más fácil y rápido diferenciarla de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Si la expropiación, como hemos dicho, siguiendo al *BVerfG*, es la privación total o parcial de derechos (o, en algunos casos, intereses) patrimoniales, mediante un acto jurídico de Derecho

---

debe respetar toda delimitación del derecho de propiedad son el principio de legalidad (*Gesetzmäßigkeitsprinzip*), la garantía institucional (*Institutsgarantie*), la persecución del bien de la comunidad (*Wohl der Allgemeinheit*), el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), el principio de confianza (*Vertrauensschutzprinzip*), el principio de igualdad —de cargas— (*Prinzip der Belastungsgleichheit*), el contenido esencial de la propiedad (*Wesensgehalt*) y la prohibición de Leyes individuales contenida en el artículo 19.1 *GG* (DEPENHEUER, Otto, «Art. 14», en STARCK, Christian [Coord.], *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, 4.ª ed., München, Franz Vahlen, 1999, pp. 1735-1741).

[201] MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 693-694.

público dirigido a producirla, realizada para la satisfacción de determinadas finalidades públicas, la responsabilidad de la Administración entrará en juego, abarcará todos aquellos daños incidentales, accesorios a la actuación pública, no provocados voluntariamente por el poder público para la satisfacción del interés general.

La expropiación, en efecto, además de ser una garantía para el ciudadano (al implicar el derecho a indemnización), es un instrumento en manos de la Administración (y, también, del legislador, como viene aceptando el Tribunal Constitucional al admitir las expropiaciones por Ley singular), una verdadera *potestad* para la consecución del interés general [202]. Como potestad, permite al poder público privar a los particulares de bienes y derechos. La expropiación, por tanto, se caracteriza por comportar una privación (un daño) querida, perseguida (*gezielte* —este participio alemán es mucho más expresivo que los españoles—) por el poder público, una privación exigida, además, por el interés general. Dos elementos, pues, la definen y distinguen de la institución de la responsabilidad de la Administración: el poder público, en ella, provoca *deliberadamente* el daño al particular (*Zielgerichtetheit*); daño que es exigido y justificado —aunque a cambio de indemnización— por el *interés general* (por ello suele decirse que el expropiado *se sacrifica* en aras del interés general). El daño, en la expropiación, aparece como un *medio necesario* para la consecución del fin público. La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad [203]; los daños cubiertos por la responsabilidad

---

[202] Sobre la doble vertiente de la expropiación, como garantía y como potestad, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, pp. 211-212 (antes ya GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, op. cit.*, pp. 37-38); PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual..., op. cit.*, p. 657.

[203] La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos.

administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público.

Dos objeciones surgen inmediatamente a lo acabado de decir. La primera, que la responsabilidad administrativa cubre también, al menos en el ordenamiento jurídico español, los daños que dolosamente —esto es, intencionalmente, deliberadamente— puedan causar los funcionarios y agentes públicos. La segunda, que la Administración siempre actúa (mejor: siempre debe actuar) en persecución del interés general (artículo 103.1 CE), de modo que dicho interés general también se encuentra presente en los supuestos de responsabilidad de la Administración. Ambas objeciones son, sin embargo, fácilmente superables: que la Administración deba, con su actuación, perseguir siempre el interés general, no significa que los daños que pueda ocasionar vengan siempre exigidos por el mismo; en los supuestos de responsabilidad patrimonial, la actividad de la Administración generadora del daño viene exigida (o, al menos, debe venirlo) por el interés general, pero no ya el daño producido. El daño, en los supuestos de responsabilidad de la Administración, y a diferencia de lo que sucede en la expropiación, es una consecuencia indeseada de la actuación administrativa, una consecuencia no perseguida, no finalizada al interés general. El interés general se realiza en la ejecución de la actuación administrativa, pero no en la producción del daño [204]. Ello es especialmente claro en los supuestos de responsabilidad de la Administración por acción dolosa de un funcionario o agente: se trata de supuestos patológicos (desencadenantes, a menudo, de responsabilidad disciplinaria y hasta penal del agente), donde el interés general no se encuentra presente en el daño ni, tan siquiera, en la actuación que lo ha producido. Nada tienen que ver, en efecto, la responsabilidad de la Administración por acción dolosa de sus agentes y la expropiación forzosa.

Ésta es, pues, la diferencia a mi modo de ver existente entre la expropiación forzosa y la responsabilidad de la Administración. Una diferencia verdaderamente estructural, que tiene un anclaje normativo en la cláusula general, antes transcrita, del artículo 1.1 LEF, cuando señala que se entenderá por expropiación forzosa

[204] De hecho, del daño producido por la expropiación se deriva (o debe derivarse), siempre, un beneficio para la colectividad, lo que no necesariamente sucede en los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa.

por causa de utilidad pública o interés social cualquier forma de privación singular que sea *acordada imperativamente* [205].

Coincido, por ello, plenamente, con lo que GARCÍA DE ENTERRÍA señaló ya a mediados de los años cincuenta al abordar las diferencias existentes, en la LEF, entre la expropiación y la responsabilidad:

> «El criterio de la Ley [la LEF] es claro y constituye posiblemente una rigurosa aportación dogmática. Se distinguen netamente dos instituciones: expropiación y responsabilidad, que, no obstante, participan de la nota común de asegurar las dos la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción pública. La manifestación de esta actividad pública es distinta en uno y otro caso: en la expropiación se presenta como negocio jurídico dirigido directamente al despojo patrimonial, en la responsabilidad como hecho jurídico, incidental por relación a la posición del administrado, que ocasiona un daño no directa e inmediatamente procurado. En cuanto a su régimen, la diferencia es también clara en uno y otro caso: en la institución de la responsabilidad surge como consecuencia de la lesión un deber de reparación; en la expropiación forzosa, como ya hemos probado, no hay deber de reparación *ex post*, sino una carga preventiva de indemnización que condiciona la posibilidad misma del despojo; la regulación de la expropiación es, por eso, la regulación de un procedimiento positivo, la de la responsabilidad, la de unas consecuencias derivadas de la emergencia de un hecho jurídico, del hecho jurídico dañoso, que se presenta ya como dado e irreversible (*factum infectum fieri nequit*)» [206].

---

[205] Otra diferencia existente entre ambas, importante, pero secundaria, en lo que aquí nos interesa, es la relativa a los daños que abarcan. Mientras la expropiación abarca sólo privaciones —totales o parciales— de derechos e intereses patrimoniales, la responsabilidad va mucho más allá, alcanzando, según los artículos 139.2 y 141.1 LRJPAC, a toda lesión que la víctima no tenga el deber jurídico de soportar y que consista en un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en una persona o grupo de personas.

Distintos son también, por supuesto, sus respectivos orígenes históricos. La expropiación es una típica institución jurídico-pública, nacida, prácticamente, de forma simultánea al Derecho administrativo, mientras que la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene sus orígenes en el Derecho privado, en la institución de la responsabilidad extracontractual.

[206] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 174. Más recientemente, en el mismo sen-

Discrepo, en cambio, de la extendida doctrina (sobre todo en Italia) que basa la distinción entre expropiación y responsabilidad, en gran medida, en la licitud o ilicitud de la actividad administrativa productora del daño [207]. La circunstancia, en efecto, de que la responsabilidad extracontractual de la Administración (como la de los particulares) pueda nacer aun en ausencia de toda culpa o antijuricidad, esto es, de forma objetiva (como de hecho sucede en el caso de la Administración española, sometida por la LRJPAC a una responsabilidad siempre objetiva; y, aunque en mucha menor medida, también en el de la Administración italiana), impide fundar la distinción entre ambas figuras sobre el criterio de la licitud/ilicitud de la actuación administrativa.

Del mismo modo, discrepo de la jurisprudencia y doctrina alemanas que han venido vinculando a la expropiación forzosa las figuras del ataque equivalente a la expropiación (*enteignungsgleicher Eingriff*) y del ataque expropiatorio (*enteignender Eingriff*), que ya conocemos. Ambas figuras, que, en su configuración jurisprudencial, han ido alejándose progresivamente de la institución de la expropiación, no requieren, en efecto, que el daño en el derecho o interés patrimonial sea causado deliberadamente por la Administración porque así lo exija el interés general; los heterogéneos supuestos que el *BGH* ha ido incluyendo en

---

tido, junto a T.-R. FERNÁNDEZ, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, pp. 248-249. En un sentido parecido, LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», *op. cit.*, p. 396; PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 645, 682 y 686; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 143-145.

[207] Véase, en este sentido, la doctrina italiana citada en el epígrafe 3.3 de mi trabajo «La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos», de publicación en el próximo número de la *RAP*. En España, sobre todo, GARRIDO FALLA, y su conocida distinción entre la teoría de la indemnización (expropiatoria) y la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con reconocida influencia de la doctrina italiana, en general, y de ALESSI, en particular (p. ej., en GARRIDO FALLA, Fernando, «La constitucionalización de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 10-11).

ambas figuras así lo demuestran [208]. Ambas figuras encontrarían mejor ubicación, a mi modo de ver, por tanto, en sede de responsabilidad extracontractual de la Administración.

De hecho, así lo viene reconociendo la doctrina alemana. OSSENBÜHL, en este sentido, afirma que la intervención equivalente a la expropiación «no es más que una fórmula de responsabilidad estatal encubierta», y que «su objeto consiste en compensar parcialmente la lesión causada por la acción pública ilegítima, con independencia de que sea o no culposa, es decir, se incurre en responsabilidad por la producción de un daño antijurídico y sin culpa», de modo que «se ha convertido en una suerte de acción general de responsabilidad por situaciones de peligro y en una forma de absorber las consecuencias dañosas que se derivan de la acción estatal» [209].

Y así se deducía, por otro lado, de la importante Ley alemana de responsabilidad de la Administración de 26 de junio de 1981 (*Staatshaftungsgesetz* —*StHG*—), que vino a fundir en un solo texto legal, en el seno común de la responsabilidad extracontractual de la Administración, la tradicional manifestación de dicha responsabilidad (la *Amtshaftung* o responsabilidad por ejercicio del cargo) y las figuras que la jurisprudencia ha ido creando para completarla, entre ellas la intervención equivalente a la expropiación y la intervención expropiatoria.

> La *Staatshaftungsgesetz* de 1981 pretendió regular la responsabilidad patrimonial de la Administración alemana (del *Bund* y los *Länder*) de forma unitaria y sistemática, para superar así el complicado, poco articulado y —por ello— tan criticado Dere-

---

[208] Recuérdense los ejemplos extraídos de la jurisprudencia enunciados al ocuparnos de ambas figuras: por referirme sólo a tres de ellos, ¿qué relación tiene con la expropiación forzosa que un tanque del ejército se salga de la carretera y cause daños a un restaurante adyacente, o que en unas prácticas de tiro militares disparos errados incendien la madera de un particular, o que se produzca una colisión por mal funcionamiento de los semáforos? Ninguna, en mi opinión. De lo que en estos y otros casos similares se trata es de responsabilidad de la Administración, no de expropiación.

[209] OSSENBÜHL, Fritz, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...», *op. cit.*, pp. 943-944. En un sentido parecido, RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, pp. 721, 727 y 731, y MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 676.

cho alemán de los daños públicos expuesto, en sus rasgos fundamentales, en el presente capítulo. La Ley, aprobada tras muchos años de gestación, fue, sin embargo, declarada inconstitucional por el *BVerfG* en sentencia de 19 de octubre de 1982[210], no por su contenido, sino por falta de competencia del *Bund* (y consiguiente vulneración del artículo 70 *GG*).

La urgente necesidad de una nueva regulación, sentida por la generalidad de la doctrina, ha llevado, después, a la reforma de la Ley Fundamental de Bonn, por medio de la Ley de 27 de octubre de 1994 (artículo 1.6), que ha atribuido a la Federación la competencia legislativa concurrente en materia de responsabilidad de la Administración —*Staatshaftung*— (nuevo artículo 74.1.25 *GG*)[211]. Superado, de esta forma, el obstáculo competencial, el Parlamento federal tiene vía libre para dictar una nueva Ley de responsabilidad de la Administración. Ley que, presumiblemente, diferirá poco de la aprobada en 1981, teniendo en cuenta el alto grado de consenso que ésta suscitó (fruto de su largo período de gestación) y la aceptación que, en términos generales, sigue encontrando en la doctrina alemana. Más adelante se volverá con mayor detalle sobre esta importante Ley, sobre su contenido y gestación.

En general, opino que la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración (y, en su caso, la del legislador) queda desplazada, y no opera, cuando concurren una delimitación de derechos o una expropiación forzosa ajustadas al ordenamiento. No creo, en efecto, que en estos supuestos pueda nacer un derecho a indemnización en concepto de responsabilidad del poder público porque en ellos, sencillamente, ya se ha tenido en cuenta y resuelto el problema de si la intervención pública que constituye su objeto merece ser soportada por el (o los) afectado(s) a cambio de indemnización o sin ella; plantear la eventual responsabilidad extracontractual sería reabrir un tema ya cerrado, ya resuelto por el ordenamiento.

Así, en el caso de la expropiación, el ordenamiento, tras ponderar los diferentes intereses en juego, resuelve conceder al

---

[210] Publicada en *BVerfGE*, núm. 61, 1983, pp. 149-208.

[211] Las Leyes que la Federación dicte en ejercicio de esta nueva competencia requerirán, sin embargo, en virtud del también nuevo artículo 74.2 *GG*, la aprobación (*Zustimmung*) del *Bundesrat* (Cámara de representación de los *Länder*).

expropiado una indemnización: el «justo precio» previsto y regulado por la LEF; cuando concurra una expropiación ajustada a Derecho, ésta será la única indemnización que percibirá el expropiado, quien no podrá reclamar, además, una cantidad suplementaria (que cubra, p. ej., los daños morales, no incluidos —salvo el simbólico 5 por 100 de «premio de afección» previsto en el artículo 47 LEF— en la indemnización expropiatoria) en concepto de responsabilidad extracontractual. Lo contrario sería defraudar el mandato del legislador de la expropiación forzosa. Técnicamente, con arreglo a la normativa vigente, la exclusión de responsabilidad patrimonial en los casos de expropiación forzosa puede fundamentarse, o bien negando la existencia de daño (en lo concerniente a la parte cubierta por la indemnización expropiatoria), o bien afirmando (en lo concerniente a los daños morales derivados de la expropiación, no cubiertos por la indemnización expropiatoria) que la víctima (el expropiado) tiene el deber jurídico de soportar el daño (artículo 141.1 LRJPAC).

Algo semejante ocurre con la delimitación de derechos. Como hemos visto, tanto el legislador como la Administración, al delimitar normativamente los derechos individuales, quedan sometidos a una serie de límites. Como también hemos visto, estos límites pueden obligar a prever, eventualmente, una indemnización. Tanto cuando la norma delimitadora prevea dicha indemnización como cuando no (porque los señalados límites no la impongan), habrá habido una decisión referente a la indemnización de los eventuales daños (controlable por parte del Tribunal Constitucional y —cuando la norma delimitadora provenga de la Administración— los tribunales ordinarios) que obligará a la víctima a soportarlos (artículo 141.1 LRJPAC), no pudiendo tampoco aquí nacer la responsabilidad patrimonial del poder público.

La responsabilidad extracontractual de la Administración (y del legislador), por tanto, se configura como una institución de garantía frente a daños residual, que sólo entrará en juego en defecto de las otras dos, la delimitación de derechos y la expropiación, o cuando éstas no se ajusten al ordenamiento jurídico.

Discrepo por ello del Tribunal Constitucional cuando, como hemos visto, deja abierta la posibilidad de que nazca la responsabilidad del legislador por normas delimitadoras de derechos reputadas constitucionales, ajustadas al ordenamiento.

4. Recapitulación. Algunos ejemplos

En este segundo capítulo hemos visto que la estrecha relación existente entre las instituciones de la delimitación de derechos, la expropiación forzosa y la responsabilidad de la Administración no impide, sino que, al contrario, aconseja, efectuar una clara distinción entre las mismas[212].

La delimitación de derechos (prevista, en general, en relación con los derechos del Capítulo segundo del Título I CE, en el artículo 53.1 CE) cubre todas aquellas medidas de carácter normativo procedentes del poder público (el legislador y, en menor medida, la Administración) destinadas a conformar el contenido de los derechos individuales. La admisibilidad de las medidas delimitadoras de derechos dependerá del resultado de su ponderación con otros valores y derechos constitucionales y de su respeto al contenido esencial del derecho afectado (cuando, naturalmente, se trate de un derecho de los del Capítulo segundo del Título I CE) y a principios como el de igualdad, proporcionalidad o confianza. Dichos principios exigirán, en ocasiones, que la delimitación venga acompañada de indemnización.

La expropiación forzosa (artículo 33.3 CE), a su vez, abarca toda privación total o parcial de derechos e intereses patrimoniales «acordada imperativamente» (esto es, mediante un acto jurídico de Derecho público dirigido a producirla) por el poder

---

[212] A favor de una clara distinción entre expropiación forzosa (en general, entre las que denomina «indemnizaciones por sacrificio» —en las que incluye, además de la expropiación, supuestos como las servidumbres forzosas del Derecho civil—) y responsabilidad civil (responsabilidad civil, en general, y de la Administración, en particular) se muestra también DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 56-62.

público (el legislador y, más frecuentemente, la Administración) para la satisfacción del interés general. Articulándose no sólo como potestad en manos del poder público, sino, también, como garantía de los derechos e intereses patrimoniales, la expropiación debe venir siempre acompañada de indemnización.

La responsabilidad extracontractual de la Administración (artículo 106.2 CE), finalmente, cubre los daños derivados incidentalmente de la actuación administrativa, no exigidos directamente por el interés general, y constituye una institución de garantía residual, que opera sólo en defecto de la delimitación de derechos y la expropiación ajustadas a Derecho.

Esta neta distinción permite encuadrar correctamente y resolver en su sede adecuada los supuestos borrosos que con gran frecuencia se producen. Son, en este sentido, delimitaciones de derechos, y no expropiación, p. ej., la demanialización de la zona marítimo-terrestre efectuada por la LC (sino la había producido ya la propia Constitución, en su artículo 132.2), así como las vinculaciones a las propiedades adyacentes impuestas por esa misma Ley; la ampliación del demanio hidráulico y las modificaciones de los títulos de aprovechamiento llevada a cabo por la LA (1985); el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios públicos dispuesta por la LMRFP y otras normas funcionariales; las limitaciones impuestas a la propiedad por la proximidad a determinados bienes de dominio público (como, señaladamente, las carreteras [213]) o por su inclusión en zonas de especial interés ecológico o paisajístico (como las áreas naturales de interés especial definidas por la normativa balear antes señalada); el cambio del planeamiento urbanístico acordado por un Ayuntamiento [214]; o las restricciones a los derechos persona-

[213] La Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, impone, como es sabido, en sus artículos 20 a 28, una serie de graves limitaciones a las propiedades que se encuentran en las que denomina zonas de servidumbre y de afección, declarando indemnizables sólo algunas de ellas.

[214] La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, dispone, en el apartado primero de su artículo 41, que «La modificación o revisión del planeamiento sólo podrá dar lugar a indemnización por reducción de aprovechamiento si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución en el ámbito en el que a dichos efectos se encuentre incluido el

les [215] y patrimoniales impuestas para preservar la salud individual y colectiva [216]. En la medida en que estas delimitaciones sean ajustadas al ordenamiento (porque respeten los límites antes enunciados, inherentes a toda delimitación —y prevean, eventualmente, las indemnizaciones requeridas—), no generarán responsabilidad patrimonial del poder público.

---

terreno, o transcurridos aquéllos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración». Y, en el apartado segundo de este mismo artículo, que «Las situaciones de fuera de ordenación surgidas por los cambios del planeamiento no serán indemnizables, a excepción de lo previsto en el apartado anterior».

Para MARTÍN REBOLLO, estos supuestos indemnizatorios, como los otros previstos en el Título V de esta Ley, tienen naturaleza de responsabilidad patrimonial de la Administración (MARTÍN REBOLLO, Luis [Ed.], *Leyes Administrativas*, *op. cit.*, p. 1927, en nota general a dicho Título V). También para el Tribunal Constitucional (FJ 33.º de la STC 61/1997, de 20 de marzo, en relación con los supuestos indemnizatorios análogos contenidos en los artículos 237 a 241 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana). Yo prefiero pensar, coherentemente con lo aquí defendido, que se trata de indemnizaciones establecidas por el legislador para compensar determinados daños que pueda ocasionar una nueva delimitación de derechos (del derecho de propiedad urbana) por parte de un Ayuntamiento, indemnizaciones exigidas, sobre todo, por el principio de confianza (parece razonable que los particulares confíen en que no se modificará el planeamiento antes de que haya podido ser ejecutado).

[215] Aquí ni siquiera se plantea el problema de distinción respecto de la expropiación, ya que ésta se circunscribe, como se sabe, a los derechos e intereses de tipo *patrimonial*.

[216] El legislador, en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y en los artículos 23 a 31 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), habilita a la Administración sanitaria para que adopte todo tipo de medidas preventivas destinadas a preservar la salud individual y colectiva, tales como (en enumeración meramente ejemplificativa) reconocimientos, tratamientos y hospitalizaciones obligatorios, incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades o cierres de empresas. Ambas Leyes subordinan la adopción de estas medidas a una serie de requisitos y límites; destaca, en lo que aquí interesa, el artículo 28 LGS, cuando dispone, en sus apartados *b)*, *c)* y *d)*, respectivamente, que «No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida», que «Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan», y que «Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados».

Tampoco constituyen expropiación en el estricto sentido aquí propuesto supuestos como la destrucción por la policía de un vehículo sospechoso de estar cargado con artefactos explosivos [217] o la rotura de puerta, ventanas y otros elementos de un inmueble por parte de los bomberos para poder acceder a otro que se está incendiando; no constituyen expropiación porque en ellos el daño no es fruto de un acto jurídico, sino de la actuación material de la Administración. No puede negarse, sin embargo, que, al margen del dato del tipo de actividad administrativa en que estos supuestos se producen (actividad material y no ya jurídica), la coincidencia entre ellos y los verdaderamente expropiatorios es sustancial: en unos y otros el daño, consistente en un menoscabo patrimonial, es causado deliberadamente por el poder público por exigirlo así el interés general. Ello justificaría, en mi opinión, que este tipo de supuestos fuera recogido expresamente en la Ley de expropiación forzosa, bajo el epígrafe común de «actuaciones materiales de tipo expropiatorio», y recibiera un tratamiento análogo a las expropiaciones formales, de modo que la indemnización la satisficiera el beneficiario de la actuación administrativa, el beneficiario de la expropiación (que no tiene por qué ser la Administración): en los ejemplos puestos, el propietario del inmueble salvado del incendio y (en el caso de que el vehículo sospechoso se encontrara en un garaje particular) el propietario del garaje salvado de la —eventual— explosión [218].

---

[217] Ejemplo puesto por PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 246.

[218] Una vía interesante de aproximación al fenómeno de la expropiación forzosa es su comparación con la causa de justificación penal del estado de necesidad agresivo. Esta causa de justificación, como se sabe, excluye la antijuricidad penal del comportamiento lesivo, pero no el deber de indemnizar a la víctima, deber de indemnizar que no recae sobre quien ha producido el daño, sino sobre quien se ha beneficiado de él (en el conocido ejemplo del Derecho penal, el capitán del barco que, para evitar que se hunda, arroja al mar parte de la carga, no incurrirá en responsabilidad penal porque su comportamiento estará justificado por estado de necesidad, y quien deberá resarcir al propietario de la carga perdida no será él, sino el propietario de la carga salvada, no arrojada al mar).

CAPÍTULO TERCERO

LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Las funciones de la responsabilidad extracontractual, en general

Cuando se trata de abordar cuáles son y cuáles deben ser las funciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración resulta necesario conocer, previamente, las funciones que la doctrina iusprivatista atribuye, en general, a la institución de la responsabilidad extracontractual, institución de la que la primera procede.

No es fácil exponer cuáles *son* las funciones de la responsabilidad civil. No lo es porque dichas funciones dependen, lógicamente, del concreto alcance y configuración que reciba el sistema de responsabilidad civil recogido por cada ordenamiento jurídico. En este sentido, p. ej., en un ordenamiento en que se admitan los llamados daños punitivos, la responsabilidad civil tendrá una función distinta de la que desplegará en otro ordenamiento en el que el importe de la indemnización no pueda ser nunca superior al daño sufrido por la víctima. Puede decirse, incluso, que las funciones de la responsabilidad civil, en cada ordenamiento, dependen también del alcance que en ese mismo ordenamiento reciban otras instituciones *distintas*, pero emparentadas con la misma: la responsabilidad civil, seguramente, no tendrá las mismas funciones en un Estado social avanzado, dotado de un amplio y generoso sistema de seguridad social, que en un Estado carente de mecanismos públicos de cobertura de daños. Un análisis riguroso, por tanto, de las funciones de la responsabilidad civil, debería circunscribirse a cada ordenamiento concreto, y partir de un examen detenido de las características de su sistema de responsabilidad y aun de otras instituciones (como la seguridad social o el seguro privado) distintas pero relacionadas con la misma.

La cuestión, además, se complica enormemente porque con gran frecuencia se confunden las funciones que *tiene* la responsabilidad civil con las que la misma *debería tener*. Esta materia es muy propicia, en efecto, a la confusión de los planos del ser y del deber ser. Por si fuera poco, además, existen no pocas divergencias en el momento de determinar las funciones que *debe* tener la institución de la responsabilidad civil. La fijación de las funciones que deben corresponder a la responsabilidad es, como resulta obvio, la cuestión más importante, aquella en la que convergen y se ponen de manifiesto las diferencias dogmáticas y —sobre todo— ideológicas que separan a los distintos autores.

Tras estas advertencias puede decirse, sin embargo, que existe un general consenso entre los civilistas en señalar que la función primordial de la responsabilidad extracontractual, en los diferentes ordenamientos, es —y debe ser— la *reparatoria* o compensatoria: la responsabilidad civil, en este sentido, persigue —y debe perseguir— la reparación de los daños producidos a las víctimas [219]. La reparación de daños parece ser, en efecto, la razón de ser de la institución, la que justifica su exis-

---

[219] En España, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Art. 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.), *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1971; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª ed., Madrid, Civitas/Universidad de Deusto, 1993, p. 60; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 48, 56 y 62; SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, pp. 106-107 (aunque situándola en un plano secundario); ROCA TRÍAS, Encarna, *Derecho de Daños. Textos y materiales*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 24-25. En Alemania, LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München, C. H. Beck, 1987, p. 424; DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1976, pp. 69, 73 y 77; ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht. Band II. Besonderer Teil*, 7.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1991, p. 526 (en lo referente al sector de los accidentes, y poniendo de relieve la pérdida de importancia que esta función —como las otras tradicionalmente asignadas a la responsabilidad civil— ha experimentado como consecuencia de la proliferación del fenómeno asegurativo —público y privado—); HAGER, Johannes, «Vorbemerkung zu den §§ 823 ff», en AA. VV., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*,

tencia; una responsabilidad civil que no reparara daños no sería, seguramente, verdadera responsabilidad civil, sino una institución distinta. Ello queda puesto de manifiesto por la circunstancia de que siempre se exija, invariablemente, para que nazca la responsabilidad civil, la existencia de un daño; y por el hecho de que la responsabilidad civil consista siempre, sin excepción, en la entrega de una cantidad de dinero a la víctima, destinada a compensar —en todo o en parte— el daño por ella sufrido.

La medida de realización de la función compensatoria depende, por supuesto, del alcance que reciba el sistema de responsabilidad civil examinado, esto es, del mayor o menor número de requisitos exigidos para que nazcan la responsabilidad y el deber indemnizatorio que la misma conlleva. Así, la función reparadora será más intensa, p. ej., en un sistema de responsabilidad objetiva que en uno basado en la culpa.

> No faltan, sin embargo, quienes niegan que la responsabilidad civil tenga una función reparadora. Entre ellos destaca KÖTZ. No hay duda, para este autor, que la víctima resulta compensada cuando el ordenamiento le reconoce el derecho a obtener una indemnización. Lo que ocurre —continúa diciendo KÖTZ— es que no siempre el ordenamiento, las normas sobre responsabilidad civil, reconocen dicho derecho a indemnización: la pregunta decisiva que el Derecho de accidentes pretende contestar es, precisamente, la de cuándo tendrá la víctima derecho a indemnización y cuándo no. Las normas de responsabilidad civil, por ello, según este autor, no deciden sólo sobre la concesión de indemnizaciones, sino también sobre su denegación. Quien afirme, por tanto, que las normas de responsabilidad civil tienen como función la repara-

---

13.ª ed., Berlin, Sellier - De Gruyter, 1999, p. 10. En Italia, TRIMARCHI, Pietro, *Causalità e danno*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 53 y 134; PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 25-30; FRANZONI, Massimo, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, CEDAM, 1988, p. 19; JANNARELLI, Antonio, «Responsabilità civile: funzioni e disciplina generale», en BESSONE, Mario (Coord.), *Istituzioni di diritto privato*, 3.ª ed., Torino, Giappichelli, 1996, p. 947. En Francia, TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2.ª ed., Paris, Economica, 1989, pp. 142-145.

ción de daños, deberá reconocer, al mismo tiempo, según KÖTZ, que esas mismas normas tienen como función, también, la no reparación [220]. Este planteamiento, pese a su interés, debe ser, en mi opinión, rechazado. Las normas de responsabilidad civil pretenden modificar la situación producida por un determinado acontecimiento lesivo considerado injusto, trasladar el coste del daño de la víctima a otro sujeto o sujetos cuando el ordenamiento considera que deben ser éstos, y no aquél, quienes lo soporten; las normas de responsabilidad pretenden, así, corregir el resultado generado por el devenir de las cosas, reparando el daño sufrido por la víctima. Su función es, por tanto, por definición, protectora, reparadora, tuitiva, transformadora. Que dicha reparación, protección, se produzca sólo en algunos casos, y no siempre, esto es, que el nacimiento de responsabilidad extracontractual se subordine a una serie de requisitos, no significa, a mi modo de ver, que las normas de responsabilidad civil tengan como función la no compensación, sino sólo que su función reparadora no sea tan amplia como podría llegar a ser. Sin las normas sobre responsabilidad civil, la víctima debería siempre soportar, cargar con el daño, no sería nunca reparada. La función de la responsabilidad civil es, pues, compensar —en una mayor o menor medida— a las eventuales víctimas, nunca no compensarlas (para dejar el daño allí donde se ha producido, esto es, para hacer que sea la víctima quien lo soporte, dejarla sin compensación, no se precisan normas de responsabilidad civil).

Una segunda función de la responsabilidad civil generalmente admitida es la *preventiva*: las normas de responsabilidad civil, además de indemnizar, sirven —y deben servir— para prevenir la producción de daños. Debe señalarse, inmediatamente, que la admisión de esta función encuentra una especial resistencia en la doctrina española; una parte importante de la doctrina civilista de nuestro país, en efecto, niega la función preventiva de la responsabilidad [221]. Para SALVADOR CODERCH y CASTI-

---

[220] KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, 7.ª ed., Neuwied, Luchterhand, 1996, p. 18.

[221] Así, sobre todo, PANTALEÓN, para quien pese a que «la "amenaza" de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa», «la función *normativa* de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria: *a)* No se gradúa con arreglo a la

ÑEIRA, ello se explica, en gran medida, porque dicha doctrina no distingue, muchas veces, entre prevenir y castigar, entre prevenir y retribuir [222].

Debe diferenciarse claramente, en efecto, la prevención de la retribución [223]. Ambas notas concurren conjuntamente en las sanciones, tanto penales como administrativas. Pero que ambas notas vayan unidas, en las sanciones, no significa que no puedan ir separadas. Toda sanción busca la prevención (además de la retribución), pero no toda medida preventiva tiene carácter sancionador; no lo tendrá la medida preventiva que no persiga, además, la retribución. Ello es lo que ocurre, precisamente, con la responsabilidad civil: busca la prevención, pero no la retribución, el castigo. Se entiende, de esta forma, por qué no hay contradicción alguna en la doctrina civilista continental mayoritaria cuando sostiene, simultáneamente, que la responsabilidad no tiene una función sancionatoria y sí, en cambio, preventiva; con ello, lo que se quiere decir es que la responsabilidad civil no tiene (en los sistemas jurídicos continentales, los cuales, a diferencia de los anglosajones, desconocen la figura de los daños punitivos) una función *retributiva* [224].

---

gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño [...]. *b)* Es transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable [...]. *c)* Es asegurable. *d)* Incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte [...]. *e)* No existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable [...], ni es materia reservada a Ley Orgánica» (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Art. 1.902», *op. cit.*, p. 1971; en el mismo sentido, más recientemente, con nuevos argumentos, en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, pp. 442-446). Siguiéndole, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 60, y ROCA TRÍAS, Encarna, *Derecho de Daños...*, *op. cit.*, pp. 25-26 (quien, sin embargo, matizando lo sostenido en ediciones anteriores de esta obra, admite ahora una cierta eficacia preventiva de la responsabilidad civil).

[222] SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, p. 106, nota núm. 20 *in fine*.

[223] Así lo ha hecho, con especial énfasis, la doctrina penal, que ve en ellas las dos (tres, en realidad, porque dicha doctrina distingue entre la prevención *general* —dirigida a la colectividad— y la *especial* —dirigida al concreto delincuente—) funciones básicas —y diferenciadas— de la pena (la sanción penal) y, en general, del Derecho penal. Al respecto, ampliamente, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, Reppertor, 1998, pp. 41-70.

[224] Los potentes argumentos suministrados por PANTALEÓN, acabados de transcribir, lo que demuestran es que la responsabilidad civil, en el ordena-

Según SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA —que son quienes han dedicado mayores esfuerzos, en la doctrina española, a la defensa de la función preventiva del Derecho de daños—, «no hay ninguna buena razón para que el Derecho de daños no pueda ser utilizado, junto con otras ramas del Derecho, como instrumento para reducir el número y gravedad de los accidentes» [225]. Así lo entiende, por lo demás, una gran parte de la doctrina civilista de los sistemas jurídicos afines al español, favorable —con mayor o menor énfasis; concediéndole una mayor o menor importancia— a la función preventiva de la responsabilidad extracontractual [226].

---

miento jurídico español, no cumple una función retributiva. Pero no desmienten, en cambio, su función preventiva. Sólo el argumento de la asegurabilidad de la responsabilidad civil incide en la función preventiva del Derecho de daños. Más adelante veremos, sin embargo, que la posibilidad de asegurar la responsabilidad civil ha limitado, pero no excluido, la función preventiva del Derecho de daños.

[225] SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, p. 117. Partidarios de la función preventiva del Derecho de daños se han manifestado, también, en España, BISBAL MÉNDEZ, Joaquim, «La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso», en *RDM*, núms. 167-168, enero-junio de 1983, p. 77; GÓMEZ POMAR, Fernando; PASTOR PRIETO, Santos, «El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico», en *ADC*, núm. 2, abril-junio de 1990, pp. 499-500, y, con ciertas cautelas, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 47-48.

[226] En Alemania, KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, *op. cit.*, pp. 18-20 —con particular énfasis— y —efectuando ciertas precisiones— 53-56; LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, pp. 423-424 (aunque situándola en un segundo plano, considerándola un deseable producto derivado —*erwünschtes Nebenprodukt*—); HAGER, Johannes, «Vorbemerkung...», *op. cit.*, pp. 10-11; DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 71, 73 y 77-78 (aunque reconociendo abiertamente dicha función sólo a la responsabilidad por culpa; en la responsabilidad por riesgo la prevención, según DEUTSCH, también está presente, pero no se erige en fin jurídico —*rechtlicher Zweck*— de la misma); ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht...*, *op. cit.*, pp. 524 y 527-528 (con ciertas reticencias y matizaciones en lo referente al sector de los accidentes). En Italia, TRIMARCHI, Pietro, *Causalità...*, *op. cit.*, pp. 53-54 y 134; PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità...*, *op. cit.*, pp. 25-26 y 30-36; FRANZONI, Massimo, *Colpa presunta...*, *op. cit.*, pp. 26-27; MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, Torino, UTET, 1998, pp. 20-21 (aunque dudando de la eficacia preventiva en determinados grupos de casos). En Francia, TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 134-142 (para quien se trata de una función que, pese a que no opere en determinados ámbitos y resulte, normalmente, menos eficaz que la desplegada por el Derecho penal, no puede ser discutida).

La función preventiva ha sido, por otro lado, aquella en la que más han incidido los autores —sobre todo norteamericanos— que se han ocupado de la responsabilidad civil desde la perspectiva metodológica —y axiológica— del análisis económico del Derecho.

Desde los planteamientos del *Law & Economics* se considera, en efecto, que el Derecho de daños debe servir para reducir la suma de los *costes* de los accidentes y de los costes de evitarlos [227]. Costes que, según la ya clásica distinción efectuada por CALABRESI, son de tres tipos: los costes inmediatos de los accidentes, vinculados a su número y gravedad (costes primarios), los costes sociales —o de indemnización— de los mismos (costes secundarios) y los costes de administración del sistema elegido para resarcirlos (costes terciarios) [228].

Obsérvese la diferencia entre el planteamiento dogmático continental que podemos llamar «clásico» y el del análisis económico del Derecho: la doctrina continental que apuesta por la función preventiva de la responsabilidad civil cree que ésta debe servir para evitar daños, sin reparar en los costes que dicha prevención conlleva; desde el análisis económico del Derecho se señala que la responsabilidad civil debe servir para reducir el *coste* de los accidentes (de los daños), lo que exige, obviamente, reducir el número y gravedad de los accidentes (esto es, evitar los daños), pero *no a cualquier precio* [229]: hay que evitar, preve-

---

[227] Por todos, CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (trad. de BISBAL MÉNDEZ, Joaquim), Barcelona, Ariel, 1984, pp. 42 y 44; COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía* (trad. de la 2.ª ed. norteamericana a cargo de SUÁREZ, Eduardo L.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 410; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)», en *ADC*, núm. 3, julio-septiembre de 1981, p. 656. La atribución de una función preventiva al Derecho de daños, de reducción del coste de los accidentes y de las medidas de prevención, es también la premisa de la que parte POSNER, Richard A., *El análisis económico del Derecho* (trad. de la 4.ª ed. norteamericana a cargo de SUÁREZ, Eduardo L.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 156-208 (en especial, pp. 194-198).

[228] CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes...*, *op. cit.*, pp. 39 y 44-48.

[229] Para CALABRESI, en efecto, uno de los «mitos» que dificultan el análisis de la responsabilidad civil y que conviene desvelar y desmentir es el de que la sociedad está dispuesta a evitar los accidentes a cualquier precio. Así, para

nir únicamente los accidentes (los daños) que valga la pena evitar desde una perspectiva económica, es decir, aquellos cuya prevención no exija inversiones en medidas de seguridad superiores a los propios daños. La diferencia, como se comprende, es importante, y no debe ignorarse. Esta distinta concepción impregna, por supuesto, la entera visión que el análisis económico del Derecho tiene de la responsabilidad civil, y encuentra una de sus manifestaciones más importantes, sin duda, en la noción de culpa que dicha corriente metodológica (y —repito— axiológica) suministra: el concepto económico de culpa basado en la fórmula de HAND. Según esta fórmula (ideada por el célebre juez norteamericano Learned HAND en 1947 y popularizada y desarrollada, sobre todo, por POSNER), existe culpa cuando el coste del daño (L), multiplicado por la probabilidad de que se produzca (P), sea mayor que el coste de las medidas de seguridad requeridas para evitarlo (B), es decir, cuando L × P (el coste esperado del daño) > B (sea superior al coste de las medidas de prevención) [230].

La función preventiva, finalmente (y significativamente), jugó también un papel muy importante en los sistemas de responsabilidad civil de los antiguos países comunistas [231].

La compensación y la prevención son las dos funciones más frecuentemente reconocidas al Derecho de daños, a la responsabilidad civil. Pero no son las únicas. De las ulteriores funciones [232] atribuidas a dicha institución, dos merecen, en mi opinión,

---

este autor, «Nuestra sociedad no desea preservar la vida humana a cualquier precio. En su sentido más amplio, la idea desagradable de que estamos dispuestos a destruir la vida nos ha de resultar evidente» (CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes...*, *op. cit.*, pp. 35-36).

[230] Sobre la fórmula de HAND y el concepto económico de negligencia, POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, *op. cit.*, pp. 156-167; SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, pp. 133-148. Se volverá sobre ella *infra*, en los epígrafes 1.2 y 4.2 del capítulo cuarto del presente trabajo.

[231] TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 87 y 134. Resulta obligado citar aquí a EÖRSI, probablemente el más influyente de los autores que escribieron sobre responsabilidad civil desde el socialismo real: EÖRSI, Gyula, «Correlations Between Liability and Insurance», en *Droit Hongrois-Droit Comparé/Hungarian Law-Comparative Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970, p. 95.

[232] Son muchas las funciones adicionales que, con un respaldo doctrinal mayor o menor, se atribuyen a la responsabilidad civil. Aparte de las funciones

ser destacadas: la primera es la función de *control social* de las actividades humanas. Se ha sostenido, en efecto, que la responsabilidad civil sirve de instrumento de control social de las distintas actividades generadoras de daños; un control que, por supuesto, sólo será, normalmente, «contingente, individual [y] aislado» [233].

La segunda es la que SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA denominan «función *demarcatoria*» [234]. La responsabilidad civil cumple dicha función en la medida en que delimita (demarca) el área de las conductas y actividades a las que vincula el deber indemnizatorio, distinguiéndola de la otra gran área a ella contrapuesta: la de las conductas y actividades no generadoras de responsabilidad. Como ha escrito el primero de ambos autores más recientemente:

---

de control social y de demarcación, a las que se alude inmediatamente en el texto, cabe mencionar —entre muchas otras— la de dilución, pulverización o distribución del daño (TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 145-149; DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht...*, *op. cit.*, pp. 70-71; ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht...*, *op. cit.*, pp. 526-527; SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, pp. 107-109), la de satisfacción (*Genugtuung*) de la víctima (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Art. 1.902», *op. cit.*, p. 1971; SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, pp. 110-111; ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht...*, *op. cit.*, pp. 528-529 —en el caso, sobre todo, de dolo e imprudencias graves—), la de realizar la justicia (CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes...*, *op. cit.*, pp. 42-44 —para quien se trata de la función primordial de la responsabilidad civil, junto a la ya señalada de reducir el coste de los accidentes—; FRANZONI, Massimo, *Colpa presunta...*, *op. cit.*, p. 38) o la de preparar la intervención del legislador en sectores que carecen de reglas específicas (ALPA, Guido, «Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile», en ALPA, Guido; BESSONE, Mario [Dir.], *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, vol. I, Torino, UTET, 1987, p. 10).

[233] ALPA, Guido, «Ingegneria sociale...», *op. cit.*, p. 9. Afirman también la función de control social de la responsabilidad civil SALVI, Cesare, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 21 (tras ciertos matices), y RODOTÀ, Stefano, «Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile», en *Pol. dir.*, núm. 4, agosto de 1978, p. 430 (aunque señalando, como es obvio, que dicha función de control no compete exclusivamente a la responsabilidad civil).

[234] SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, pp. 103-105.

> «[C]omo [...] habitamos en un mundo físicamente limitado y, por tanto, caracterizado por la inevitabilidad de innumerables contactos y roces sociales, hay que empezar por afirmar la necesaria función de demarcación del derecho de daños [...]: dejar de un lado los daños no resarcibles —la mayoría— y, del otro, aquéllos cuya producción da lugar a una pretensión resarcitoria es la más básica de las funciones de todo derecho de daños: uno ha de saber si el dolor causado por la ruptura de una relación amorosa o simplemente de amistad da lugar o no a una pretensión indemnizatoria [...]; si las revistas electrónicas como InDret arruinarán impunes a las publicadas en soporte papel; si lo propio puede sostenerse en el caso de una inevitable infección hospitalaria contraída por quien fue contagiado de un virus trece o catorce años antes de que la ciencia médica identificara su existencia [...] o, más sencillamente, si surge o no una pretensión resarcitoria por las infecciones que, hoy por hoy, están irremediablemente asociadas al ingreso en una unidad de cuidados intensivos de cualquier hospital español» [235].

La responsabilidad civil, por tanto, en virtud de su función demarcatoria, delimita el alcance de la libertad de actuación (*Handlungsfreiheit*) de los distintos agentes sociales (señala qué pueden hacer sin tener que responder y qué, en cambio, no) [236].

Como tendremos ocasión de comprobar, tanto la función demarcatoria —que puede ser vinculada a la exigencia de seguridad jurídica— como la de control social son de una especial importancia para nuestro objeto de estudio.

> No puede concluirse una exposición de las funciones que se han atribuido a la responsabilidad civil sin antes mencionar el enorme impacto que sobre dicha institución y —sobre todo, en lo que aquí nos interesa— sobre sus funciones han tenido la prolife-

---

[235] SALVADOR CODERCH, Pablo, Recensión del libro *Derecho de Daños*, de Luis DÍEZ-PICAZO, en *InDret*, http://www.indret.com, 1 de febrero de 2000, p. 6.

[236] Además de SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA, ha reconocido, en España, la función demarcatoria del Derecho de daños, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 43-44. En Alemania, dicha función se afirma y se vincula, en gran medida, al ámbito de las libertades de opinión y expresión y su incidencia en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Así, p. ej., ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht...*, *op. cit.*, pp. 522-524; HAGER, Johannes, «Vorbemerkung...», *op. cit.*, p. 11.

ración del fenómeno asegurativo y la progresiva extensión de la cobertura de la seguridad social. Las víctimas de daños, por un lado, gozan, en efecto, actualmente, de una amplia protección pública (los daños corporales, p. ej., son cubiertos, en gran medida, por la sanidad pública; la Seguridad Social, a su vez, otorga gran cantidad de prestaciones económicas para las más variadas contingencias: incapacidad laboral —en sus distintos grados—, viudedad, etc.); estas mismas víctimas, además, a menudo habrán contratado un seguro privado voluntario (los seguros contra todo tipo de riesgos son muy frecuentes, p. ej., en el ámbito de la circulación de vehículos a motor), que indemnizará los daños que puedan sufrir en sus bienes y/o persona con independencia de que hayan sido ocasionados por un tercero susceptible de responder civilmente. En cuanto a los causantes de daños, es cada vez más habitual que aseguren la responsabilidad civil en que puedan incurrir; el aseguramiento de la responsabilidad civil es incluso obligatorio en determinados sectores de actividad (normalmente sometidos a responsabilidad objetiva): circulación de vehículos a motor, navegación aérea y marítima, caza, desarrollo de actividades nucleares son algunos ejemplos del ordenamiento español.

La incidencia del seguro público y privado (de la víctima —seguros de daños directos y seguros de personas— y del sujeto responsable del daño —seguro de responsabilidad civil— [237]) en

[237] Me refiero al «seguro de daños *directos*» en contraposición al seguro de responsabilidad civil, que también es un seguro de daños, pero de daños *indirectos* (BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 1994, p. 593; en el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, Fernando; TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, «Ley de Contrato de Seguro», vol. II, en MOTOS, Miguel; ALBALADEJO, Manuel [Dir.], *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, tomo XXIV, Madrid, EDERSA, 1985, p. 529): en el seguro de responsabilidad civil, el daño cubierto (el deber de indemnizar a un tercero) se configura como un daño indirecto porque presupone un daño previo, un daño directo ajeno (el daño sufrido por la víctima y que el asegurado debe indemnizar). Entiendo, pues, por seguro de daños directos aquel que la *víctima* puede haber suscrito en cobertura de sus bienes, derechos o patrimonio (seguro contra incendios o contra el robo, seguro de transporte, p. ej.), y que se contrapone al seguro de responsabilidad civil, suscrito no por la víctima, sino por el *responsable del daño*. Al seguro de daños directos, así entendido, debe equipararse, en lo que aquí nos interesa, el seguro de personas en el que se cubre la vida o la integridad física de la víctima (la distinción entre seguros de daños y seguros de personas, tan arraigada entre los mercantilistas contrarios a la teoría unitaria, no tiene, a nuestros efectos, relevan-

las funciones de la responsabilidad civil es clara: la función compensatoria de la responsabilidad civil queda relegada a aquellos daños —cada vez menos— no cubiertos por el seguro público o privado de la víctima; mientras que su función preventiva queda fuertemente limitada por la posibilidad de asegurar la responsabilidad civil: quien asegura su responsabilidad civil pierde el miedo a tener que indemnizar, puesto que sólo tendrá que pagar la prima, y los eventuales daños que produzca los cubrirá su compañía aseguradora[238]. El seguro público y privado de daños directos y de personas, a su vez, menoscaba la prevención de accidentes por parte de las potenciales víctimas: el asegurado adoptará menos medidas de seguridad (tendrá menos cuidado) si sabe que, haga lo que haga, los daños que pueda sufrir le vendrán resarcidos por el seguro público o privado que le cubra.

Esta evidente limitación de las funciones de la responsabilidad civil motivada por el auge de los seguros públicos y privados no significa, sin embargo, ni mucho menos, que haya dejado de cumplirlas. La responsabilidad civil, en efecto, sigue desplegando su función compensatoria, porque cubre daños que ni la seguridad social ni los seguros privados cubren: los daños morales, p. ej., hasta la fecha, sólo los resarce la responsabilidad civil. Dicha institución sigue cumpliendo, a su vez, una función preventiva. Por un lado, porque la circunstancia de que la víctima reciba indemnización de su asegurador público o privado, sin que necesite dirigirse contra el responsable civil (lo necesitará, en cualquier caso, siempre que quiera ver resarcidos los daños que dichos seguros no cubran), no impide que entre en juego el mecanismo de la responsabilidad civil y su eficacia preventiva, puesto que aquel asegurador, tras indemnizar a la víctima, dispondrá de acción de regreso para reclamar lo satisfecho del responsable civil —o de su asegurador—. La responsabilidad civil,

---

cia: lo que aquí nos interesa es distinguir el seguro de responsabilidad civil —suscrito por el sujeto responsable— de los seguros suscritos por la víctima para cubrir su propia vida, integridad física, bienes, derechos o patrimonio). La distinción aquí realizada entre seguros de daños directos y de personas, por un lado, y seguro de responsabilidad civil, por otro, es equivalente a la efectuada en Derecho anglosajón entre *first-party insurance* y *third-party insurance*.

[238] Esta supuesta pérdida de la función preventiva de la responsabilidad civil fue, precisamente, la que llevó a que se rechazara, en épocas ya superadas, el seguro de responsabilidad civil. Explica este rechazo, en distintos países, TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 73-74.

por tanto, sigue operando —e induciendo a los potenciales causantes de daños a intentar evitarlos— aun en los supuestos en que la víctima recibe indemnización, primariamente, por otra vía. Su función preventiva subsiste, por otro lado, también en los casos en que el sujeto responsable ha asegurado su responsabilidad civil. ¿Cómo? Pues a través de diversos mecanismos correctores como, p. ej., el coaseguro, las franquicias, el incremento o reducción de la prima del asegurado en función de su mayor o menor producción de daños, o la posibilidad del asegurador de repetir contra el asegurado en caso de dolo o incluso culpa grave y hasta de modificar unilateralmente los términos del contrato —o resolverlo—. Mecanismos correctores que también pueden ser aplicados a los seguros de daños directos y de personas, incitando a la víctima a tomar precauciones y reduciendo, de esta forma, el azar moral[239].

2. Las funciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular

¿Satisface y —sobre todo— debe satisfacer la responsabilidad extracontractual de la Administración las funciones que, como acabamos de ver, corresponden a la institución general de la responsabilidad civil, de la que procede? La respuesta sólo puede ser afirmativa.

No hay duda, en primer lugar, de que la función primordial de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración —como la de la responsabilidad civil, en general— es

---

[239] Sobre la problemática abordada de la incidencia de los seguros públicos y privados en las funciones de la responsabilidad civil, COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, *op. cit.*, pp. 422-423; ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht...*, *op. cit.*, pp. 524-529; HAGER, Johannes, «Vorbemerkung...», *op. cit.*, pp. 9-10; TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 5-7, 30-32; TRIMARCHI, Pietro, «Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva», en AA. VV., *Fondamento e funzione della responsabilità civile. Atti del Seminario diretto dai proff. Vincenzo Buonocore e Ugo Majello*, Napoli, Cooperativa editrice Economia e Commercio, 1975, pp. 32-36; PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità...*, *op. cit.*, pp. 32-33; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 1031-1032.

y debe ser la *reparación* de daños, de los daños que pueda producir el giro o tráfico administrativo. Así lo entiende, pacíficamente, la doctrina administrativista española, cuando afirma que dicha institución persigue, ante todo, asegurar la integridad patrimonial —la *garantía patrimonial*— de los particulares [240]. No cabe, en efecto, concebir una responsabilidad administrativa que no tenga como objetivo prioritario la compensación de daños, la indemnización de las víctimas. Que la responsabilidad de la Administración nazca sólo cuando se haya producido un daño, que la medida de la cantidad de dinero que ésta deberá satisfacer venga determinada por el alcance del daño y que dicha cantidad de dinero sea entregada a la víctima son algunas de las características del sistema español de responsabilidad administrativa que ponen de relieve la función compensatoria de la misma. Función compensatoria que, en el sistema español, donde la responsabilidad de la Administración es siempre objetiva y donde rige el principio de reparación integral, presenta —al menos teóricamente [241]— una especial intensidad.

Parece, en segundo lugar, que la responsabilidad extracontractual de la Administración cumple y debe cumplir, también, una función preventiva [242]. Nada parece oponerse, en efecto, a

---

[240] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 174, 176 y 211-212; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, pp. 356, 373, 375 y 395; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2799; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 29; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 360-362; LEGUINA VILLA, Jesús, «El fundamento de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 526; FONT I LLOVET, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad...", *op. cit.*, p. 238; DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 79, 86 (entre otras).

[241] Porque, como ya sabemos, la jurisprudencia española se muestra reacia a *aplicar* —pese a reconocerla enfáticamente, al menos en los órdenes contencioso-administrativo y social— la responsabilidad objetiva de la Administración. Y porque las indemnizaciones concedidas por dicha jurisprudencia a las víctimas de la actuación administrativa suelen ser inferiores al valor real de los daños por ellas sufridos (infracompensación). Sobre el principio de reparación integral véase lo que se dirá, *infra*, en el epígrafe 3.9 del capítulo cuarto.

[242] FONT I LLOVET, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 238; DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo

que la institución de la responsabilidad civil sirva, junto a otros instrumentos (como la responsabilidad penal o disciplinaria), para tratar de evitar los daños causados por el poder público y sus agentes, a través del indudable incentivo que la eventualidad de tener que satisfacer una indemnización representa. El correcto y completo despliegue de esta función preventiva exige que la responsabilidad civil (y el estímulo que representa) alcance no sólo a la Administración, como organización, sino también a las concretas personas físicas que la integran y actúan a su servicio. Por ello, no cabe duda de que la Ley 4/1999, al modificar el artículo 145.2 LRJPAC y establecer la obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso contra el agente administrativo que ha causado el daño con dolo o culpa grave, superando así la situación de práctica irresponsabilidad de los funcionarios y agentes que acompañó al sistema de repetición facultativa precedente, ha reforzado notablemente el carácter preventivo del sistema español de responsabilidad administrativa en su conjunto [243].

141.1...», *op. cit.*, pp. 546-556 (para esta autora, que escribe desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, la función preventiva es la más importante de todas las que corresponden a la responsabilidad civil de la Administración). También, de hecho, MARTÍN REBOLLO, en el marco de la función de control de los servicios públicos —a la que se hará referencia de inmediato.

[243] Sobre la reforma del artículo 145.2 LRJPAC, MIR PUIGPELAT, Oriol, «La reforma del sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1023-1024 (obsérvese que ahora concedo una mayor importancia a la función preventiva de la responsabilidad extracontractual de la Administración y sus agentes); CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 366-369; RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, «La responsabilitat...», *op. cit.*, pp. 397-398. Más ampliamente, BARCELONA LLOP, Javier, «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *REDA*, núm. 105, enero-marzo de 2000, pp. 44-49 (con ulteriores referencias doctrinales en su nota núm. 20).

CASINO y BARCELONA reconocen implícitamente esta función preventiva a la acción de regreso, al afirmar que con ella se induce a los agentes administrativos a que actúen diligentemente (CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 368 [quien cree, no obstante, que la acción de regreso obligatoria puede llevar a un «ejercicio defensivo» de determinadas funciones públicas]; BARCELONA LLOP, Javier, «La acción de regreso...», *op. cit.*, p. 40).

Íntimamente vinculada a la función preventiva se encuentra una tercera función de la responsabilidad civil, antes apuntada, que reviste especial importancia cuando de lo que se trata es de la responsabilidad de la Administración pública: la función de *control*, de control —en el caso de la Administración— del buen funcionamiento de los servicios públicos. La doctrina administrativista de nuestro país así ha sabido verlo, dedicando a esta función la atención que merece.

> Pionero, una vez más, fue GARCÍA DE ENTERRÍA, que detectó esta importante función hace ya más de cuarenta años, cuando escribió que «A través de la verificación de la imputación en estos supuestos [los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración], la jurisdicción administrativa ha de ejercer un formidable control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos, como efectivamente viene realizando en Francia el *Conseil d'État*. De este modo, a la vez que se asegura la integridad patrimonial de los administrados, se ejercita un saludable control sobre el funcionamiento administrativo, imponiéndole positivamente la carga de una diligencia funcional media, que puede operar visiblemente en nuestra un tanto postrada Administración, si no se ponen obstáculos ulteriores a que el régimen de la nueva Ley de Expropiación Forzosa desarrolle todas las virtualidades que contiene» [244].

Aunque, naturalmente, está por ver si la Administración cumplirá el mandato legal y se decidirá a ejercitar la acción de regreso contra su personal. Muestra sus dudas al respecto BARCELONA LLOP, Javier, «La acción de regreso...», *op. cit.*, pp. 45-46 y 48-49.

Es importante señalar, por último, que la finalidad preventiva perseguida con la introducción de la obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso puede quedar fuertemente cercenada (eliminada, de hecho) si sigue siendo la Administración —como viene siendo frecuente— quien pague las primas de las pólizas de seguro de responsabilidad civil de funcionarios y agentes administrativos. En efecto, ¿qué incentivo tendrá para actuar diligentemente el funcionario o agente administrativo que ni siquiera deba afrontar el incremento de primas subsiguiente a su actuación imprudente? Véase lo que más adelante se dirá sobre la incidencia del seguro en la responsabilidad civil de la Administración.

[244] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 211-212. En términos parecidos, actualmente, junto a T.-R. FERNÁNDEZ, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, *II*, *op. cit.*, p. 395.

Punto de referencia obligado resulta, sin lugar a dudas, MARTÍN REBOLLO, el autor que más y mejor ha insistido en la importancia y alcance de esta función de la responsabilidad de la Administración. Para MARTÍN REBOLLO, la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido siempre abordada desde la óptica de la garantía que representa para los ciudadanos, pero puede y debe ser contemplada, también, desde la perspectiva de la posición constitucional de las Administraciones públicas y de la gestión de los servicios públicos. Desde esta segunda perspectiva, la responsabilidad extracontractual de la Administración aparece como un principio de orden, como un instrumento —más— de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, que sirve (en la medida en que la eficacia depende también de los sistemas de control) al principio constitucional de eficacia. La responsabilidad, así, para este autor, es un instrumento idóneo para configurar, modelar y modular la actuación administrativa, que enseña a la Administración cómo debe actuar y cómo no —si quiere evitar tener que indemnizar— y ayuda, en última instancia, a evitar los daños derivados de la acción pública [245].

A mi modo de ver, este planteamiento sólo puede merecer adhesión. La institución de la responsabilidad civil de la Administración puede y debe servir para controlar el buen funcionamiento de los servicios públicos. Ésta es una función que no se debe malograr y que conviene potenciar. Sobre todo teniendo en cuenta que la Administración, a diferencia de los particulares, está en manos de la colectividad, es una organización instrumental, que se explica y justifica únicamente por el servicio que presta a los ciudadanos y que por ello se encuentra sometida, por

---

[245] MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2787-2792, 2799-2804 y 2823-2826; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 25-43; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 360-371.

Admiten también esta función de control BARCELONA LLOP, Javier, «La acción de regreso...», *op. cit.*, p. 40; ARIAS MARTÍNEZ, M.ª Antonia, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 408-409, y RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, «La responsabilitat...», *op. cit.*, p. 388. Escéptico se muestra, al respecto, VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 31-32.

definición, a control, a control en toda su actividad: mientras los particulares se presumen libres, pueden hacer todo aquello que el ordenamiento no les prohíba expresamente (principio de libertad: artículos 1.1 y 10.1 CE), la Administración pública parte del principio contrario: sólo puede hacer aquello que el ordenamiento —la colectividad— le permita hacer expresamente (principio de legalidad: artículos 9.3 y 103.1 CE). Esta diferencia básica entre la Administración y los particulares justifica —e incluso obliga a— que la función de control propia de la responsabilidad civil reciba un especial énfasis cuando se predica de la primera.

El control que de la actividad administrativa puede hacerse a través del instituto de la responsabilidad es ciertamente importante. Cuando la Administración se ve involucrada en la producción de un daño, se inicia un procedimiento (primero administrativo —artículos 142 y 143 LRJPAC y RRP— y luego —si la víctima decide interponer recurso contencioso-administrativo— judicial) en el que se ventilará su eventual responsabilidad civil. En dicho proceso saldrá a la luz cuál ha sido el funcionamiento concreto del servicio público, se cotejará con el funcionamiento esperado o hasta exigido de dicho servicio y se detectarán los errores y disfunciones en que el mismo haya podido incurrir; se verificará, en definitiva —parafraseando a GARCÍA DE ENTERRÍA—, «un saludable control» de la actuación administrativa. Un control que, naturalmente (como señala ALPA —antes citado— respecto del control social inherente a la responsabilidad civil, en general), será contingente, individual y aislado [246], y por ello no podrá sustituir a otras formas de fiscalización; sí podrá —y deberá—, sin embargo, complementarlas y reforzarlas.

---

[246] Se trata de un control que se efectúa, en efecto, caso a caso, mejor dicho, daño a daño (esto es, sólo cuando se producen resultados lesivos), y que depende en gran medida (pese a que el artículo 142.1 LRJPAC permita la iniciación de oficio del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial; se trata de una posibilidad prácticamente inédita, como se sabe) de la víctima y de su disposición —y capacidad, en gran parte económica— a reclamar.

> La importancia de la función de control de la actuación administrativa desempeñada por la institución de la responsabilidad civil de la Administración ha sido también constatada en otros ordenamientos. Ejemplo destacado es, en Italia, el de SANVITI [247].

En el próximo capítulo veremos qué consecuencias cabe extraer de la preeminencia concedida a esta función de la responsabilidad civil de la Administración. Veremos, en este sentido, si resulta indiferente o no, a los efectos del cumplimiento de esta función, el régimen de responsabilidad administrativa por el que se opte.

La responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuarto lugar, debe desempeñar, también, a mi juicio, la función *demarcatoria* antes predicada, en general, de la institución de la responsabilidad civil. El conjunto normativo regulador de la responsabilidad de la Administración debe, así, configurarse, no como un conglomerado de preceptos oscuros e inconexos, sino como un *sistema* [248], como un sistema que demarque, delimite con claridad y precisión qué actuaciones públicas generarán el deber indemnizatorio y cuáles —por exclusión— no. Las normas de responsabilidad administrativa sirven y deben servir, pues, para definir con nitidez el ámbito de actuación libre —libre de responsabilidad, de carga indemnizatoria— de la Administración. Esta función, fundamental en todo sistema de responsabilidad civil, se encuentra estrechamente vinculada a la necesidad de certeza del Derecho, necesidad expresada técnicamente a través del principio de seguridad jurídica (garantizada, como se sabe, al más alto nivel, por la Constitución —artículo 9.3 CE—) e imprescindible tanto para el interés general y el correcto funcionamiento de los servicios públicos como para los propios ciudadanos.

---

[247] SANVITI, Giuseppe, «La responsabilità civile come controllo della pubblica amministrazione», en AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988.

[248] La necesidad de que las normas sobre responsabilidad civil de la Administración española configuren un verdadero sistema deriva, al más alto rango normativo, del mandato constitucional contenido en el artículo 149.1.18 CE, como ya se ha indicado *supra*, en el capítulo primero.

En el capítulo quinto veremos si la normativa española sobre responsabilidad extracontractual de la Administración cumple o no esta importante función.

> ¿Corresponde a la responsabilidad patrimonial de la Administración, en quinto lugar, la función *redistributiva*?, ¿sirve para trasladar riqueza de los más ricos a los más pobres y corregir así las desigualdades sociales? No lo veremos ahora, sino en el epígrafe 3.11 del próximo capítulo [249].

Las últimas palabras de este epígrafe, como las del anterior, las dedicaré al seguro. Porque la Administración, aunque no nos demos cuenta [250], también asegura su responsabilidad

---

[249] La doctrina de nuestro país ha identificado ulteriores funciones de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Así, MUÑOZ MACHADO, siguiendo a LOCHAK, considera que la responsabilidad civil de la Administración cumple, unas veces, una función sancionatoria; otras, una función de seguro, y en otras es un precio a pagar por el ejercicio de una actividad lícita (MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos...», *op. cit.*, pp. 213-217). También MARTÍN REBOLLO cree que la responsabilidad administrativa puede en ocasiones tener una función de seguro y, en otras, de precio (MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 362-363).

[250] Resulta sorprendente la escasa atención que la doctrina y el legislador españoles han dispensado, hasta la fecha, a la circunstancia de que las Administraciones públicas aseguren su responsabilidad civil. Resulta sorprendente, como digo, porque la presencia de un asegurador privado en el ámbito de la responsabilidad de la Administración altera buena parte de los postulados básicos de dicha institución y plantea importantes problemas no resueltos legislativamente. Altera, en efecto, muchos de los postulados comúnmente aceptados: quien asume el riesgo de que la acción administrativa produzca daños no es, en realidad, la Administración, sino su compañía de seguros (la Administración sólo paga las primas, cantidades a tanto alzado no susceptibles de incremento durante el período de cobertura del seguro), que es la que paga la indemnización a las eventuales víctimas y la que, según se establece en muchas pólizas, evalúa los daños (mediante peritajes en los que también suelen participar representantes de la Administración) y decide si y en qué condiciones se producirá una terminación convencional del procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial; las compañías aseguradoras son, además, las que en realidad disponen de la acción de regreso contra el funcionario o agente si bien casi nunca la ejercitan porque, a menudo, la misma compañía que asegura a la Administración es también la que asegura a sus funcionarios y agentes (las primas del seguro de responsabilidad civil de dichos funcionarios y agentes, por cierto, como ya se ha dicho, las suele pagar la propia Administración).

civil [251], y porque las víctimas de los daños por ella irrogados también suelen estar cubiertas por la Seguridad Social y/o por

---

En cuanto a los problemas no resueltos que la presencia del asegurador plantea: ¿Dispone la víctima del funcionamiento de los servicios públicos de acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración, como se derivaría de la normativa general reguladora del seguro (artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro —LCS—), o es preciso en todo caso que se siga el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad previsto en la LRJPAC? En el caso de que existiera dicha acción directa, ¿podrían el ciudadano y la aseguradora pactar el importe de la indemnización, o, incluso, su sometimiento a arbitraje?, ¿podría el juez civil (que parecería el competente para conocer de esta eventual acción directa: tanto la víctima como la compañía aseguradora son sujetos privados, y esta última no puede ser considerada coproductora del daño a los efectos del nuevo artículo 9.4 LOPJ) declarar la responsabilidad de la Administración en un proceso en que ésta no fuera parte? En el caso de que la acción de regreso contra el funcionario o agente corresponda a la compañía aseguradora, ¿sigue siendo preceptiva la tramitación del procedimiento administrativo previsto en el artículo 145.2 LRJPAC y regulado en el artículo 21 RRP?, ¿sigue teniéndose que modular la responsabilidad del funcionario o agente según los criterios establecidos en dicho artículo 145.2 LRJPAC? Éstas son sólo algunas de las preguntas que suscita la presencia de la aseguradora y que la normativa reguladora de la responsabilidad administrativa (actualmente, la LRJPAC, que también en este punto ha sido fiel a la normativa que la precedió, no refiriéndose en ningún momento al fenómeno asegurativo) deja sin respuesta.

Tres destacadas excepciones, sin embargo, a esta generalizada indiferencia hacia el seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración son los trabajos de GAMERO (GAMERO CASADO, Eduardo, «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas», en *REDA*, núm. 103, julio-septiembre de 1999), REBOLLO (REBOLLO PUIG, Manuel, «El Procedimiento Administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Especial referencia a la Comunidad Andaluza», en HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo [Coord.], *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Granada, Junta de Andalucía/Comares, 2000, pp. 343-349) y MONTORO (MONTORO CHINER, María Jesús, «L'assegurament de la responsabilitat patrimonial de les 'Administracions públiques'», Ponencia presentada a las III Jornadas de órganos asesores y consultivos celebradas en Barcelona los días 9 y 10 de noviembre de 2000, en prensa) (y la —todavía escasa— doctrina allí citada), que abordan estos y otros problemas, proponiendo soluciones por vía interpretativa y poniendo de relieve la necesidad de una intervención normativa que colme esta grave laguna de nuestro ordenamiento.

[251] No sólo lo hace (a todos los niveles —estatal, autonómico y local—, y con una especial intensidad), sino que, además, lo puede hacer. La Administra-

un seguro privado. Seguro de responsabilidad civil, por un lado, y Seguridad Social y seguros privados de daños directos y de personas, por otro, también se encuentran presentes, por tanto, en el sector de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Y también en este sector ejercen una significativa modulación de las funciones asignadas a la responsabilidad (fundamentalmente, de las funciones de reparación y de prevención). Modulación que se produce en unos términos semejantes a los ya expuestos en relación con la responsabilidad civil de los particulares. A lo allá dicho, pues, me remito.

---

ción, en efecto, puede suscribir contratos de seguro de responsabilidad civil. Así se desprende de los artículos 5, 9 y 206.6.*a)* de la Ley de contratos de las Administraciones públicas (LCAP; texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), que aluden expresamente a los contratos de seguro suscritos por la Administración, incluyéndolos entre los contratos privados de la Administración y sometiéndolos a determinadas normas de preparación y adjudicación (nada más: nada establece la LCAP sobre el contenido de dichos contratos; ninguna respuesta ofrece a los interrogantes antes enunciados); la alusión genérica a los contratos de seguro permite entender que la Administración podrá suscribir todo tipo de pólizas de seguro, también, pues, de responsabilidad civil.

Esta aclaración podrá parecer superflua, pero no lo es, ya que en alguna ocasión se ha negado la posibilidad de que las Administraciones públicas aseguren su responsabilidad patrimonial. Así lo ha hecho, señaladamente, la Dirección General de Seguros, en una resolución de 26 de junio de 1996 (citada, comentada y transcrita por GAMERO CASADO, Eduardo, «Los contratos de seguro...», *op. cit.*, pp. 359-364) en la que afirma la incompatibilidad entre la LCS (y la regulación que del contrato de seguro privado de responsabilidad civil efectúa en sus artículos 73 a 76) y la LRJPAC, y, más genéricamente, entre el seguro de responsabilidad civil y la garantía que la responsabilidad patrimonial de la Administración entraña.

CAPÍTULO CUARTO

LA EXCESIVA AMPLITUD DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Hacia una responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos

Una vez delimitada el área de la responsabilidad patrimonial de la Administración —claramente deslindada de la de instituciones tan cercanas a ella como la delimitación de derechos y la expropiación forzosa— y enunciadas cuáles son y —sobre todo— cuáles deben ser sus funciones, nos encontramos ya en condiciones de abordar el primero de los tres grandes defectos que presenta el sistema vigente en España: su excesivo alcance.

Cuestionar la idoneidad de la cláusula del artículo 139.1 LRJPAC y la responsabilidad objetiva global de la Administración (de las Administraciones) española(s) que la misma establece sin conocer y tener en cuenta el fructífero debate que sobre la dicotomía responsabilidad objetiva-responsabilidad por culpa se ha producido y se está produciendo en la doctrina iusprivatista del nuestro y de otros países, es sin duda equivocado. Comenzaré describiendo, pues, cuál es, a grandes rasgos, la presencia que tiene y ha tenido la responsabilidad objetiva en el Derecho civil de daños y cuáles son los principales argumentos que se han esgrimido en su defensa. A continuación examinaré qué grado de penetración tiene la responsabilidad objetiva en el Derecho público de daños y en la responsabilidad de la Administración de países cercanos al nuestro. Finalmente veremos por qué y en qué medida conviene limitar la responsabilidad objetiva de la Administración española.

1. La responsabilidad objetiva y su fundamentación en el Derecho civil de daños

1.1. Breve panorámica sobre la evolución de la responsabilidad objetiva en el Derecho civil

Como es sabido, durante la mayor parte del siglo XIX rigió sin adversario alguno la responsabilidad por culpa. El principio «no hay responsabilidad sin culpa» era visto como una conquista de civilización y sensibilidad jurídica y moral, y la responsabilidad objetiva como un estadio primitivo de la evolución del Derecho [252]. El imperio de la culpa fue patente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, como, sobre todo, en los códigos civiles decimonónicos de los distintos países europeos, donde las hipótesis de responsabilidad objetiva, de existir, eran auténticamente residuales, y carecían de una fundamentación específica [253].

El principio de no responsabilidad sin culpa comenzó a resquebrajarse dogmáticamente a finales del siglo XIX. Fue enton-

---

[252] Según Rodotà, la vinculación del progreso civil de un pueblo al abandono de concepciones primitivas y su sustitución por la más refinada de la culpa se debe a Jhering (Rodotà, Stefano, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 64-65). De Jhering es, en efecto, la célebre frase que resumía el entonces indiscutido primado de la culpa: «No es el daño lo que obliga a indemnizar, sino la culpa» (Von Jhering, Rudolf, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, p. 40 —cita extraída de Rinck, Gerd, *Gefährdungshaftung*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1959, p. 1—).

[253] Fiel reflejo del imperio de la culpa son, p. ej., el Código civil español (1889) y el *BGB* alemán (1900). Ambos parten de una regla general de responsabilidad por culpa, sólo exceptuada en supuestos muy puntuales (p. ej., responsabilidad por los daños causados por animales: artículo 1.905 CC y § 833.1 *BGB* —único supuesto este último de responsabilidad objetiva contenido en el *BGB* y que vio reducido su alcance, además, en 1908—).

La responsabilidad objetiva fue introducida por el legislador, mediante Leyes especiales, en supuestos aislados como, señaladamente, el del ferrocarril, medio de transporte emergente y más peligroso que los existentes hasta la fecha. Paradigmática en este sentido fue la Ley prusiana del ferrocarril de 1838 (§ 25). La doctrina, sin embargo, ignoró durante mucho tiempo la presencia de supuestos de responsabilidad objetiva como éste (Rinck, Gerd, *Gefährdungshaftung*, *op. cit.*, p. 3).

ces cuando la doctrina privatista (francesa y austriaca, principalmente: JOSSERAND, SALEILLES, UNGER y MATAJA, sobre todo [254]) empezó a ocuparse de la responsabilidad objetiva y de las —todavía escasas— normas que la contemplaban, y cuando constató por vez primera la necesidad de superar, en determinados ámbitos, el dogma de la culpa. Surgió así la *teoría del riesgo* y, con ella, la primera fundamentación de la responsabilidad objetiva [255].

La importancia teórica y práctica de la responsabilidad objetiva aumentó considerablemente durante la primera mitad del siglo XX. En dicho período, el riesgo se convirtió en un criterio de imputación ordinario, habitual, que pasó a convivir con normalidad con el criterio de la culpa. Determinados sectores (la gran mayoría) debían seguir quedando sujetos al requisito de la culpa. Otros, sin embargo (los medios de transporte y el desarrollo de actividades industriales peligrosas, sobre todo), debían ser sometidos a la responsabilidad objetiva, a la responsabilidad por

---

[254] En JOSSERAND, Louis, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897; SALEILLES, Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897 (ambas citas han sido extraídas de EWALD, François, «La faute civile, droit et philosophie», en *Droits*, núm. 5, 1987, p. 49); UNGER, Josef, *Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz*, 2.ª ed., Jena, 1893, y MATAJA, Victor, *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888 (estas dos últimas citas han sido extraídas de RÜMELIN, Max, *Schadensersatz ohne Verschulden*, Tübingen, J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1910, p. 2 [nota núm. 2], quien, por cierto, también contribuyó de forma importante, en un segundo momento, a principios de siglo —junto a autores como MÜLLER-ERZBACH—, a la fundamentación de la responsabilidad objetiva). Otro de los primeros paladines de la responsabilidad objetiva fue O. VON GIERKE (VON GIERKE, Otto, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889 —cita extraída de ENGLARD, Izhak, *The Philosophy of Tort Law*, Aldershot, Dartmouth, 1993, pp. 97-98—).

[255] El ámbito que propició las primeras reacciones doctrinales en favor de la responsabilidad objetiva fue, como es sabido, el de los accidentes laborales. La teoría del riesgo nació, en efecto, para fundamentar la responsabilidad objetiva del empresario por los daños sufridos por sus trabajadores en el ejercicio de sus funciones. Esta objetivación reclamada por la doctrina (y afirmada por la Corte de casación francesa en el célebre *arrêt Teffaine*, de 16 de junio de 1896) tuvo su consagración legislativa en la Ley francesa de 9 de abril de 1898, de responsabilidad por accidentes laborales (EWALD, François, «La faute civile...», *op. cit.*, p. 49).

riesgo. La responsabilidad objetiva había conseguido normalizarse.

> Fundamental, sin duda, en la consolidación del riesgo (de la responsabilidad objetiva) como segundo gran título de imputación de la responsabilidad civil, junto a la culpa, fue la obra de ESSER. Dicho autor, además de efectuar una de las fundamentaciones más influyentes de la responsabilidad objetiva [256], acuñó una feliz expresión —todavía manejada por la doctrina alemana— que sintetizaba perfectamente la posición de paridad y autonomía que, a su juicio, correspondía al riesgo y a la culpa en todo sistema de responsabilidad civil: la responsabilidad civil era un sistema «de doble vía» (*zweispurig*) [257].

Esta necesidad de conceder una mayor importancia a la responsabilidad objetiva puesta de relieve por crecientes sectores de la doctrina iusprivatista de todo el mundo fue atendida por los legisladores de los principales países occidentales, que en los años sesenta habían extendido ya la responsabilidad sin culpa a un buen número de supuestos. En aquel momento, en efecto, Leyes especiales de muchos países de nuestro entorno sometían a responsabilidad objetiva ámbitos como la energía nuclear, el ferrocarril, la navegación aérea o la circulación de vehículos a motor.

Los años sesenta y setenta constituyeron, probablemente, el período de mayor auge de la responsabilidad objetiva. En dichos años, numerosos autores dieron un paso más en el proceso de progresiva implantación de la responsabilidad objetiva y se mostraron partidarios de que ésta *sustituyera* a la responsabilidad por culpa. La preeminencia que un siglo antes había tenido la culpa debía corresponder, pues, ahora, a la responsabilidad objetiva. Culpa y responsabilidad objetiva no debían ya convivir en un plano de igualdad y de recíproca autonomía —como había

---

[256] En ESSER, Josef, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*, München, C. H. Beck, 1941 (en especial, en las pp. 69 y ss.).

[257] Éste es, como se sabe, el título de otro trabajo clave de dicho autor: ESSER, Josef, «Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts», en *JZ*, núm. 5, 5 de marzo de 1953, p. 129.

sostenido la doctrina inmediatamente precedente—, sino que la primera debía ceder, tendencialmente, en favor de la segunda.

Una de las críticas más importantes a la responsabilidad por culpa fue la llevada a cabo por CALABRESI [258]. Unos años antes, un libro fundamental de TRIMARCHI sostuvo la necesidad de extender la responsabilidad objetiva a toda actividad empresarial; en general, a toda actividad mínimamente peligrosa que presentara las notas de continuidad y/u organización [259]. Autores que se manifestaron partidarios de una preeminencia de la responsabilidad objetiva fueron, p. ej., FLETCHER [260], EPSTEIN [261] y, bastante antes, STARCK [262].

---

[258] CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes...*, *op. cit.*, pp. 241-307. Tras dicha crítica, CALABRESI concluía que el sistema de responsabilidad por culpa no resultaba adecuado para lograr ni uno solo de los fines de la responsabilidad civil, ni siquiera el de la consecución de la justicia (*op. cit.*, pp. 307-308), y que era posible desarrollar un sistema mixto —de tipo objetivo— que lograra satisfacer todos los objetivos relacionados con la reducción del coste de los accidentes de una forma más adecuada que el sistema de la culpa (*op. cit.*, pp. 312-313); en cualquier caso, para este autor, «el sistema de responsabilidad por culpa es tan deficiente que, incluso no pudiendo elegir con absoluta certeza entre sus posibles sustitutos, cualquier alternativa será seguramente mejor que la realidad actual» (*op. cit.*, p. 317). CALABRESI, significativamente, ponía fin a su libro pronosticando que, en un futuro (escribía en 1970), «la asignación fundamental de los costes de los siniestros no se realizará de acuerdo con este criterio [el de la culpa]» (*op. cit.*, p. 318).

Las tesis de CALABRESI tuvieron, como se sabe, una gran acogida y repercusión. Una adhesión importante fue la RODOTÀ, quien, en la presentación de la traducción italiana de *El coste de los accidentes*, no dudó en afirmar que «no se podrá no compartir una conclusión que, sin pecar de deformación o de brutalidad, puede ser así sintetizada: cualquier sistema de responsabilidad civil, sean cuales sean las funciones consideradas, se encuentra en grado de producir mejores efectos que uno basado en la culpa» (RODOTÀ, Stefano, «Presentazione», en CALABRESI, Guido, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* [trad. de DE VITA, Anna; VARANO, Vincenzo; VIGORITI, Vincenzo], Milano, Giuffrè, 1975, p. XII).

[259] Se trata de TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961 (en especial pp. 34-46).

[260] FLETCHER, George P., «Fairness and Utility in Tort Theory», en *Harv. L. Rev.*, núm. 3, enero de 1972.

[261] Por primera vez en EPSTEIN, Richard. A., «A Theory of Strict Liability», en *J. Leg. Studies*, núm. 1, enero de 1973.

[262] STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972, pp. 34-44 (circunscribiendo la responsabilidad objetiva a los daños irrogados a la vida, a la integridad física y a la integridad material de los bienes).

Debe señalarse, sin embargo, inmediatamente, que esta preeminencia de la responsabilidad objetiva auspiciada y fundamentada por amplios sectores doctrinales de la época no tuvo acogida en los diferentes ordenamientos jurídicos positivos. La culpa, en efecto, siguió ocupando un lugar destacado en todos los sistemas de responsabilidad civil; de hecho, siguió siendo, con gran frecuencia, el título de imputación básico, la regla general, sólo exceptuada en las —más o menos numerosas— hipótesis expresamente previstas de responsabilidad objetiva.

Este auge —doctrinal— de la responsabilidad objetiva, esto es, de la responsabilidad civil más amplia posible, tuvo pronto una consecuencia imprevista y paradójica, pero perfectamente explicable: la crisis de la propia responsabilidad civil. La defensa de una responsabilidad civil tan amplia como la objetiva y la correlativa preocupación por indemnizar al mayor número posible de víctimas, la desvinculación de la responsabilidad de todo componente de reproche (en la responsabilidad objetiva, como es notorio, la conducta del sujeto llamado a indemnizar no tiene por qué haberse apartado de un modelo preestablecido, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad por culpa) y el deseo ampliamente compartido de que la responsabilidad objetiva permitiera, a través del seguro, una amplia socialización del daño (la responsabilidad objetiva siempre se ha vinculado al seguro de responsabilidad civil, el cual, como se sabe, constituye un importante instrumento de socialización del daño, de distribución de su coste entre una pluralidad de personas —el conjunto de asegurados—) sentaron las bases para que numerosos autores dieran un paso más y creyeran oportuno sustituir (en determinados sectores, al menos —sobre todo, en el sector de los accidentes de tráfico y, en general, en lo concerniente a los daños corporales producto de accidentes—) el mecanismo resar-

---

Antes ya en STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, y en STARCK, Boris, «Domaine e fondement de la responsabilité sans faute», en *Rev. trim. dr. civ.*, 1958 (citas extraídas de STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, *op. cit.*, p. 34, nota núm. 36).

Como tendremos ocasión de comprobar, el pensamiento de este autor ha sido el que más influencia ha ejercido en la fundamentación de la responsabilidad objetiva de la Administración española.

citorio de la responsabilidad civil por otros que realizaran las nuevas finalidades a ella atribuidas (garantizar una indemnización a todas las víctimas de accidentes y llevar a cabo la mayor difusión posible de los daños) de un modo más eficaz y eficiente: los fondos públicos —estatales— de compensación de daños. La responsabilidad civil moría, paradójicamente, de éxito, ya que entró en crisis en su momento de máximo esplendor, el momento de apogeo de su manifestación más amplia y ambiciosa, la responsabilidad objetiva [263].

> Un sistema de fondos públicos de compensación de daños (mediante el cual toda víctima que sufra un daño será indemnizada por la colectividad, con cargo a recursos públicos) se diferencia del mecanismo resarcitorio de la responsabilidad civil por la falta de la *bilateralidad* propia de ésta: en la responsabilidad civil, ya sea objetiva o subjetiva, se establece una relación entre la víctima y el daño y quien es llamado a indemnizarlo, una relación denominada «imputación» que justifica el deber indemnizatorio y que tiene como consecuencia que la cuestión de la reparación del daño producido sea, fundamentalmente (aunque intervengan terceros como, señaladamente, las compañías aseguradoras), una cuestión de dos, una cuestión bilateral; en un sistema de fondos públicos, en cambio, no se imputa el daño a persona alguna, no se establece relación alguna entre el daño y la víctima y quien deberá indemnizarla, no se obliga a nadie a asumir el coste de un daño derivado de su comportamiento, la persona que ha causado el daño simplemente desaparece, no es tenida en cuenta, el problema de la reparación no es ya una cuestión de dos, bilateral, considerándose únicamente la persona de la víctima, la circunstancia de que ha sufrido un daño. El lenguaje cotidiano da perfecta cuenta de esta diferencia: nadie diría, en efecto, que un fondo público que compense un daño lo haga porque sea «responsable» del mismo. La bilateralidad de la res-

---

[263] La crisis de la responsabilidad civil fue constatada por autores como VINEY, Geneviève, «De la responsabilité personnelle à la répartition des risques», en *Arch. philos. droit*, núm. 22, 1977, pp. 16-17; BATIFFOL, Henri, «Préface», en *Arch. philos. droit*, núm. 22, 1977, p. 1; TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 1-7 (ya en 1981, cuando apareció la primera edición de esta obra); ENGLARD, Izhak, «The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory», en *J. Leg. Studies*, núm. 1, enero de 1980, pp. 27-30; o SALVI, Cesare, «Il paradosso della responsabilità civile», en *Riv. crit. dir. priv.*, núm. 1, marzo de 1983, pp. 126-129.

ponsabilidad civil y la unilateralidad de los mecanismos públicos de compensación de daños se manifiestan, significativamente, en el terreno de sus respectivas funciones: así, mientras las funciones de los fondos públicos de compensación se proyectan principalmente sobre la víctima (su función primordial, sin duda, consiste en indemnizar a la víctima), las de la responsabilidad civil lo hacen tanto sobre ella (con la responsabilidad se persigue, como ya sabemos, reparar el daño sufrido y, también, prevenir los comportamientos negligentes de la víctima) como sobre el sujeto llamado a satisfacer la indemnización (funciones preventiva, demarcatoria y de control) [264].

Sistemas de fondos públicos sustitutivos de la responsabilidad civil fueron defendidos por autores como TUNC [265], VINEY [266], FRANKLIN [267], VON HIPPEL [268], WEYERS [269] o KÖTZ [270]. Su plasmación más importante tuvo lugar, sin duda, en Nueva Zelanda, donde una Ley de octubre de 1972 y otra de noviembre de 1973

---

[264] Sobre las funciones de la responsabilidad civil véase lo dicho *supra*, en el capítulo precedente.

[265] Para este autor, sería deseable que los daños corporales fruto de accidentes escaparan del ámbito de la responsabilidad civil y fueran cubiertos, en un futuro (cuando el estado de la economía lo permita y se superen los muchos obstáculos que, según TUNC, dificultan actualmente su implantación en los grandes y «viejos países industrializados» —como Francia—), por sistemas públicos de compensación como el neozelandés (que será expuesto a continuación) (TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 83 y 177-179).

[266] En VINEY, Geneviève, «De la responsabilité personnelle...», *op. cit.*, pp. 16-22.

[267] En FRANKLIN, Marc A., «Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement», en *Va. L. Rev.*, núm. 4, mayo de 1967, pp. 795-814.

[268] VON HIPPEL, Eike, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen. Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin/Tübingen, De Gruyter/J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, pp. 42-124.

[269] En WEYERS, Hans-Leo, *Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen*, 1971, pp. 647 y ss. (cita extraída de MAGNUS, Ulrich, *Schaden und Ersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen*, Tübingen, J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1987, p. 22). En parte, también, en ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht...*, *op. cit.*, pp. 522-529 (en especial, p. 529).

[270] En KÖTZ, Hein, *Sozialer Wandel im Unfallrecht*, 1976, *passim* (cita extraída de MAGNUS, Ulrich, *Schaden und Ersatz...*, *op. cit.*, p. 22). También, en parte, en KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, *op. cit.*, pp. 17, 167-168 y 235-237.

crearon tres fondos públicos compensatorios que eliminaron la responsabilidad civil en el campo que le ha sido propio tradicionalmente, el de los accidentes: el primer fondo cubría todos los daños corporales derivados de accidentes —de todo tipo; no sólo, pues, los accidentes laborales— y enfermedades profesionales que los trabajadores —incluidos los independientes— pudieran sufrir, y se nutría de las cantidades aportadas al mismo por el empresario (un porcentaje sobre el salario del trabajador, porcentaje que variaba según el tipo de actividad: de un 0,5 por 100, en el caso de, p. ej., empresas de contabilidad, a un 5 por 100 en, p. ej., la actividad minera) o por el propio trabajador, de ser independiente (en este caso la aportación debía ser de un 1 por 100 sobre los ingresos profesionales); el segundo fondo cubría a las víctimas de accidentes de la circulación, era subsidiario respecto del primero (sólo entraba en juego cuando la víctima no fuera trabajadora) y se alimentaba de gravámenes anuales sobre los vehículos; el tercero, financiado a cargo de los presupuestos públicos, compensaba a todas las víctimas de accidentes ocurridos en Nueva Zelanda no cubiertas por los dos fondos precedentes [271].

[271] Los datos sobre la experiencia neozelandesa han sido extraídos de TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 79-81.

Es importante recalcar que el neozelandés *no* es un sistema se responsabilidad civil de la Administración, sino un mecanismo público de compensación de daños que carece de la nota de la bilateralidad antes aludida y que caracteriza a la responsabilidad civil; en efecto, cuando la víctima de un accidente recibe, en Nueva Zelanda, la compensación prevista en dichos fondos, no está obteniendo una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración (de hecho, muchos de los daños que dichos fondos indemnizan desencadenarían —si se aplicaran los criterios habituales de imputación de la responsabilidad civil— la responsabilidad civil de los particulares), sino que ve cumplida, en realidad, una especie de prestación de seguridad social garantizada por el ordenamiento de ese país.

Discrepo, por ello, de JORDANO FRAGA, cuando, oponiéndose a los argumentos suministrados por PANTALEÓN en contra de la responsabilidad objetiva de la Administración española, sostiene que «No es cierto que no haya ningún sistema [de responsabilidad patrimonial de la Administración] como el nuestro» puesto que «por ejemplo, [el de] Nueva Zelanda es más progresivo incluso» (JORDANO FRAGA, Jesús, «La reforma del artículo 141...», *op. cit.*, p. 324); como acabo de señalar —y afirma pacíficamente la numerosa doctrina civilista que se ha acercado al sistema neozelandés de compensación de daños—, el de Nueva Zelanda no es, contra lo que sostiene JORDANO FRAGA, un sistema de responsabilidad civil de la Administración.

La evolución posterior, sin embargo, ha desmentido —al menos de momento— las predicciones de quienes auguraban la desaparición de la responsabilidad civil y su sustitución por sistemas alternativos de compensación de daños como el de fondos públicos neozelandés [272]. La responsabilidad civil da, en cambio, muestras de gran vitalidad, vitalidad de la que son exponente, sin duda, la enorme (y creciente) litigiosidad que dicha institución suscita en todos los países y la gran dedicación que le dedica —que le sigue dedicando— la doctrina especializada.

En la actualidad se constata la convivencia de la responsabilidad civil con dichos sistemas alternativos —públicos— de compensación de daños [273] y la consolidación y confirmación del seguro de responsabilidad civil [274] como instrumento en cierta

---

[272] Dicha evolución ha llevado, en efecto, a que muchos autores que presagiaron el ocaso de la responsabilidad civil se hayan visto obligados a rectificar sus predicciones. Así, p. ej., ALPA y BESSONE (ALPA, Guido; BESSONE, Mario, *La responsabilità civile. II. Rischio d'impresa. Assicurazione. Analisi economica del diritto*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 1980, pp. 312-313 —rectificando expresamente lo sostenido en la primera edición de dicha obra, de 1976—) y ENGLARD (ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, p. 116).

Mayor confirmación parece recibir, pues, la apuesta efectuada por CALABRESI (CALABRESI, Guido, «La responsabilità civile come diritto della società mista», en *Pol. dir.*, núm. 6, diciembre de 1978) en favor de la responsabilidad civil como institución paradigmática de una sociedad mixta, ni puramente liberal-individualista (donde la responsabilidad civil es desplazada por el contrato) ni puramente colectivista (donde queda desplazada por la combinación de las sanciones penales y la seguridad social).

[273] Así, p. ej., en España, el sistema de ayudas públicas destinadas a indemnizar a las víctimas del terrorismo (ayudas contenidas en una gran variedad de normas; su enumeración y articulación puede encontrarse en mi trabajo «La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su desarrollo reglamentario», en *JA*, núm. 8, julio de 2000, en especial en las pp. 38-42) o de delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual). Aunque, sin lugar a dudas, el mecanismo público de compensación de daños más importante es, en nuestro país —como en todos los que se configuran como Estado social—, el sistema de prestaciones de la Seguridad Social (diseñado en sus rasgos fundamentales por la Ley general de la Seguridad Social [texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio]).

[274] Tras las incertidumbres que suscitó el espectacular incremento de las primas de las pólizas de responsabilidad civil producido en los Estados Unidos de América a mediados de los años ochenta (sobre dicho fenómeno TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 171-176).

forma ecléctico que protege, al mismo tiempo, los intereses de las víctimas y de quienes irrogan daños.

Tampoco se ha impuesto —y esto es lo que ahora más nos interesa— de forma general la responsabilidad objetiva sobre la responsabilidad por culpa. La culpa sigue siendo, en casi todos los sistemas de responsabilidad civil, el criterio de imputación básico, la regla general, sólo exceptuada en determinados ámbitos sometidos —por Ley especial, normalmente— a responsabilidad objetiva. Y es que resulta indudable que en los últimos años se asiste a un verdadero resurgimiento de la responsabilidad por culpa [275].

Los últimos años han visto, en efecto, cómo ámbitos que parecían ya definitivamente sometidos a la responsabilidad objetiva han dejado de serlo. El caso paradigmático es, sin duda, el de la responsabilidad por productos defectuosos, caballo de batalla de la responsabilidad objetiva durante tantos años y que ahora, precisamente cuando ha conseguido implantarse en Europa, ha vuelto —en gran medida— a los dominios de la culpa en el país que la objetivó primero, los Estados Unidos de América [276].

---

[275] Resurgimiento fomentado y potenciado por todos aquellos autores que, ante el predicamento que llegó a alcanzar la responsabilidad objetiva, dedicaron sus esfuerzos a modernizar la teoría de la culpa y a desvincularla del aura moralizante y regresiva que la había caracterizado con anterioridad. Entre ellos destaca, por supuesto —desde la perspectiva del análisis económico del Derecho—, POSNER (por primera vez en POSNER, Richard A., «A Theory of Negligence», en *J. Leg. Studies*, núm. 1, enero de 1972); muy influyente ha sido, también —sobre todo en Italia—, un trabajo de BUSNELLI publicado en 1976: BUSNELLI, Francesco Donato, «Nuove frontiere della responsabilità civile», en *Jus*, núm. 1, 1976.

[276] Como explica SALVADOR CODERCH, «la regla de la responsabilidad objetiva por defectos de producto surgió en los Estados Unidos de América en 1944 [en la conocida sentencia del caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*], se generalizó allí en la década de los años sesenta [a través del *Restatement (Second) of Torts*, 1965, sección 402 A] y se recibió en Europa una generación más tarde, a partir de los trabajos preparatorios de la Directiva de 1985 y con las regulaciones de los Estados miembros que la han ido implementando»; tras el nuevo *Restatement (Third) of Torts (Products Liability)*, de 1997, sin embargo, en Derecho norteamericano de responsabilidad por producto «la responsabilidad objetiva se reserva para los casos de defectos de fabricación, pero la responsabilidad por culpa vuelve a ser el régimen propio

No es de extrañar, por ello, en este nuevo contexto, que SALVADOR CODERCH haya llegado a afirmar, contundentemente, que «los civilistas —y, con mayor razón, los administrativistas [tomemos, pues, nota]— ya no podemos seguir cerrando los ojos ante el hecho evidente de que el estándar de la responsabilidad civil objetiva, tan trabajosamente elaborado durante casi un siglo de reflexión jurídico-política, está en franca crisis» [277]. Repitá-

---

de los defectos de diseño y por falta de instrucciones o advertencias suficientes» (SALVADOR CODERCH, Pablo, «Prólogo», en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices..., op. cit.*, pp. 8-9 y 10; más detalladamente, junto a SOLÉ, en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices..., op. cit.*, pp. 81 y ss.).

Conviene señalar que la solución a la que ha llegado el nuevo *Restatement of Torts* (someter a culpa la responsabilidad por defectos de diseño y falta de instrucciones) es la que para algunos autores (como p. ej., KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht, op. cit.*, pp. 178-179) recoge la Ley alemana de 15 de diciembre de 1989, de responsabilidad por productos defectuosos (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte* [*Produkthaftungsgesetz* —*ProdHaftG*—]).

[277] SALVADOR CODERCH, Pablo, «Prólogo», en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices..., op. cit.*, p. 8. Las causas de dicha crisis son, para este autor, el resurgimiento de la responsabilidad por culpa y la circunstancia de que se prescinda, cada vez con más frecuencia, en los ámbitos de responsabilidad objetiva, del principio de reparación integral contenido en el artículo 1.902 CC. En sus propias palabras: «el estándar de la responsabilidad objetiva está siendo objeto de una erosión continua, pues o bien cede terreno ante el resurgimiento de su viejo rival, la responsabilidad por culpa, o bien, se desvirtúa por alguno de los procedimientos siguientes: *i)* limitar legalmente los conceptos indemnizatorios (exclusión de la indemnización por daños morales, restricción de la indemnización por lucro cesante); *ii)* baremarlas cuantitativamente también por ley (establecimiento de baremos en las indemnizaciones por daños corporales, por ej.); *iii)* establecer una franquicia, etc. [...], o establecer criterios de valoración de daños que no se ajustan a los precios de mercado cuando existe realmente un mercado para los bienes destruidos o dañados. Estas soluciones respetan sólo formalmente el estándar de responsabilidad objetiva, pues implican prescindir del *principio de reparación integral* del derecho común (*art. 1.902 CC español de 1889*) y, en la práctica de la mayor parte de los casos, sitúan a la víctima demandante en peor posición que aquella en que se habría encontrado de haber sido de aplicación al caso el derecho común de la negligencia» (*op. cit.*, p. 9).

Una defensa de la culpa como criterio básico de imputación de la responsabilidad civil ha sido efectuada recientemente, en la doctrina española, por PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, pp. 448, 455 —nota núm. 35— y 465, quien constata que la responsabilidad objetiva ha perdido terreno en los trabajos doctrinales más importantes sobre responsabilidad extracontractual de los últimos quince años.

moslo, porque nos interesa sobremanera: tras un siglo de evolución expansiva, la responsabilidad objetiva se encuentra, actualmente, en crisis. En retirada [278].

1.2. Los argumentos suministrados por la doctrina civilista en favor de la responsabilidad objetiva

A lo largo de la ya centenaria historia dogmática de la responsabilidad objetiva han sido muchos y muy variados los argumentos manejados en su justificación y defensa [279]. Recordemos algunos de los más importantes, de los más compartidos [280]:

---

[278] Parece, pues, que se está cumpliendo y completando, respectivamente, la doble parábola —evangélica y geométrica— que trazó en 1988 Busnelli y que según Díez-Picazo sintetiza perfectamente la evolución experimentada por la institución de la responsabilidad civil (Busnelli, Francesco Donato, «La parabola della responsabilità civile», en *Riv. crit. dir. priv.*, II, diciembre de 1988, pp. 643-646; Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 242).

[279] Aunque, como señala Englard, en su mayoría fueron ya formulados por la doctrina de finales del siglo XIX; la discusión posterior, a menudo, no ha hecho más que volver sobre ellos, depurándolos y otorgándoles mayor sofisticación en el marco, sobre todo, del análisis económico del Derecho (Englard, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 2 y 100).

[280] No aludiré a argumentos que han perdido relevancia, como, p. ej., los basados en los principios *richesse oblige* (debe pagar quien tenga más recursos) y *assurance oblige* (que responda quien esté asegurado). Ambos principios, que trataron de ser fundamentados en una genérica exigencia de equidad, y que pueden servir tanto para imponer una responsabilidad objetiva como para excluir todo tipo de responsabilidad (en el caso de que sea la víctima quien tenga más recursos o se encuentre asegurada, respectivamente), fueron objeto de la contundente crítica de Trimarchi, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, *op. cit.*, pp. 28-31.

Tampoco me ocuparé, en esta sede, del argumento de garantizar la intangibilidad de derechos absolutos defendido, sobre todo, por Starck, Boris, *Droit civil. Obligations*, *op. cit.*, pp. 34-44 (y, más extensamente, en dos obras anteriores más arriba citadas). No lo haré porque no se trata de un argumento muy extendido en Derecho privado y porque, en cualquier caso, su exposición parece más adecuada en el contexto de los argumentos suministrados en defensa de la responsabilidad objetiva de la Administración, pues es allí, como veremos, donde la teoría de la garantía —curiosamente— ha tenido verdadera influencia. Remito, pues, a lo que se dirá *infra*, en el epígrafe 2.2 del presente capítulo.

1. La responsabilidad objetiva debe recaer sobre quien cree un *riesgo especial* o controle una fuente de peligro. La responsabilidad sin culpa se vincula así a actividades o situaciones que comportan una especial peligrosidad, esto es, actividades o situaciones fácilmente (habitualmente) generadoras de daños. Dichas actividades o situaciones, pese a su peligrosidad, son admitidas por el ordenamiento jurídico debido a su utilidad social, y a cambio de que su titular asuma el coste de todos los daños que las mismas puedan producir; a cambio, pues, de quedar sometidas a responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva, de alguna forma, se convierte así en una especie de precio que debe pagar quien quiera desempeñar actividades especialmente peligrosas [281].

Un riesgo es especial, sobre todo, cuando —como se acaba de decir en el texto— es elevado. Pero no sólo. Para DEUTSCH, los criterios materiales (vinculados algunos al propio riesgo,

---

[281] Apuntan al riesgo (al riesgo especial) como fundamento de la responsabilidad objetiva, entre muchos otros, RÜMELIN, Max, *Schadensersatz ohne Verschulden*, *op. cit.*, pp. 30-32; ESSER, Josef, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung...*, *op. cit.*, p. 1; RINCK, Gerd, *Gefährdungshaftung*, *op. cit.*, pp. 4-5; KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, *op. cit.*, pp. 137, 139-140; DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.ª ed., Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1996, pp. 405-406, 410, 423; ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht...*, *op. cit.*, pp. 519-520 y 637 y ss.; HAGER, Johannes, «Vorbemerkung...», *op. cit.*, p. 17; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987, pp. 152-166; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, pp. 449-450; de hecho, también POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, *op. cit.*, pp. 170-171. Y ya antes, a finales del siglo XIX, los autores más arriba citados (JOSSERAND, SALEILLES, UNGER y MATAJA). La vinculación tradicional de la responsabilidad objetiva al riesgo especial se pone también de relieve en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 108-118 (para quien, sin embargo, «parece profundamente anacrónico [...] continuar hablando de riesgo, de creación de riesgo, y de doctrina del riesgo» —*op. cit.*, p. 118—). En la doctrina italiana ha sido TRIMARCHI quien más ha insistido en la relación existente entre riesgo y responsabilidad objetiva (TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, *op. cit.*, *passim*). El riesgo, a su vez, como recuerda CAVANILLAS, ha sido el argumento que más ha utilizado la jurisprudencia española cuando ha querido objetivar la responsabilidad civil (CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación...*, *op. cit.*, pp. 26-28).

otros al daño potencial) que convierten a un riesgo [282] en especial son: que el daño sea excepcionalmente grave (energía nuclear) o frecuente (circulación viaria), o que el riesgo sea poco común (*ungewöhnlich*), difícil de dominar o inevitable [283].

Riesgos especiales que han sido sometidos a responsabilidad objetiva en casi todos los países son, p. ej., los vinculados a los modernos medios de transporte o a la energía nuclear.

Que la circunstancia de crear o dominar un riesgo especial se erige y ha erigido siempre en argumento fundamental de la responsabilidad objetiva lo acredita ya el solo hecho de que en los principales sistemas continentales a esta última se la conozca también —indistintamente— como responsabilidad por *riesgo* (*responsabilité pour risque*, *responsabilità per rischio*, *Gefährdungshaftung*) [284]. La vinculación de la responsabilidad objetiva al riesgo, al riesgo especial (*besondere Gefahr*), es especialmente clara en Alemania. En dicho país, incluso los autores más favorables a la responsabilidad objetiva, partidarios de que los supuestos actualmente tipificados por las Leyes sean susceptibles de aplicación analógica [285] y hasta de que se incluya en el *BGB* una cláusula general de responsabilidad sin culpa, no dudan en vincularla, siempre, a un

---

[282] Riesgo, según DEUTSCH, es «una posible transformación hacia lo malo» («*eine mögliche Veränderung zum Schlechten*») (DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, *op. cit.*, p. 410).

[283] DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 410-411.

[284] De hecho, es un lugar común asociar, históricamente, el nacimiento y desarrollo de la responsabilidad objetiva al nacimiento y desarrollo de la sociedad industrial-tecnológica y la multiplicación exponencial de riesgos (y daños) que la misma trajo consigo.

[285] En Alemania, como es sabido, existe desde hace ya tiempo una viva polémica doctrinal en torno a si los supuestos de responsabilidad objetiva previstos por el legislador (en Leyes especiales —con la única excepción del § 833.1 *BGB*, que ya conocemos, regulador de la responsabilidad por animales—) son o no susceptibles de aplicación analógica. Un sector doctrinal importante, pero minoritario, cree que ello es necesario para evitar el desfase temporal que indefectiblemente se produce entre el momento de aparición de nuevos riesgos y su expreso sometimiento a responsabilidad objetiva por parte del legislador. La doctrina mayoritaria y el *BGH*, sin embargo, niegan la aplicación analógica de los supuestos de responsabilidad objetiva, alegando, con frecuencia, la gran inseguridad que ello comportaría.

riesgo especial [286]. Riesgo especial que, además, constituye un riesgo *típico*: no todo daño derivado de un riesgo creado por la actividad o situación sometida a responsabilidad objetiva desencadenará el nacimiento de ésta, sino únicamente el que constituya realización de alguno de los riesgos específicos de la actividad o situación tenidos en cuenta por el legislador a la hora de sujetarla a este tipo de responsabilidad [287].

La necesidad de que el riesgo, además de especial, sea típico, explica que la responsabilidad objetiva se haya extendido, sobre todo, a actividades, y no ya a actos aislados: la actividad organizada, la actividad dotada de una cierta continuidad (como, señaladamente, la actividad empresarial) permite, por su duración y regularidad, observar y calcular estadísticamente los daños que la misma comporta y, de este modo, tipificar los riesgos a ella inherentes, los —únicos— riesgos a los que se asociará la responsabilidad objetiva. Esta tipificación de riesgos otorga, así, la necesaria seguridad jurídica a la responsabilidad objetiva, permitiendo (lo que es crucial, como se verá) su asegurabilidad.

2. La vinculación de la responsabilidad objetiva a la creación o dominio de un riesgo especial ha venido siempre acompañada, consciente o inconscientemente, explícita o implícitamente, de la necesidad de que quien cree o controle dicho riesgo obtenga de ello un *beneficio*. Beneficio entendido, unas veces, como mera utilidad privada (la que obtienen, p. ej., el conductor al utilizar su vehículo o el cazador al disparar su escopeta), y otras —las más frecuentes— como beneficio económico, como lucro. Esta asociación de la responsabilidad objetiva a la obtención de un beneficio económico permite entender —junto a otras razones— por qué el campo natural y más habitual de expansión de la misma ha sido, desde sus mismos orígenes, el de la actividad empresarial.

> La empresa, esto es, la organización de medios humanos y materiales finalizada a la obtención de un rendimiento econó-

[286] KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, *op. cit.*, p. 148; DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 450-453.

[287] KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, *op. cit.*, pp. 142-145.

mico, de un lucro, ha sido, en efecto, la destinataria de gran parte de las modernas normas de responsabilidad objetiva. Piénsese, p. ej., en la responsabilidad que ya durante el siglo XIX se vinculó a la explotación de ferrocarriles o a los accidentes laborales, o la después ligada al uso pacífico de la energía nuclear, a la fabricación de productos defectuosos o a la contaminación medioambiental.

La convicción de que quien se lucra (o, en general, beneficia) al crear o dominar un riesgo debe responder objetivamente de los daños que la realización de dicho riesgo pueda ocasionar se remonta por lo menos —y sobre todo— a UNGER (y su conocida fórmula: interés propio-riesgo propio [*eigenes Interesse-eigene Gefahr*]) y queda recogida en las máximas latinas *cuius commoda eius incommoda* y *ubi emolumentum ibi onus*, tan frecuentemente citadas en sede de responsabilidad objetiva [288].

3. Un importante argumento en defensa de la responsabilidad objetiva aducido y desarrollado, sobre todo, por quienes afrontan el estudio de la responsabilidad civil desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, es el de la supuesta mayor *eficacia preventiva* de este tipo de responsabilidad. TRIMARCHI y, mucho antes, MATAJA, verdaderos precursores —inicialmente desconocidos— del análisis económico del Derecho, erigieron ya a la eficacia preventiva de la responsabilidad objetiva en el principal argumento para su mantenimiento.

---

[288] La obtención de un beneficio fue ya erigido en argumento de la responsabilidad objetiva a finales del siglo XIX y principios del XX por autores como UNGER —sobre todo—, A. MERKEL, JOSSERAND, SALEILLES, COVIELLO, BARASSI, RÜMELIN, MÜLLER-ERZBACH (TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, *op. cit.*, pp. 13-14; RINCK, Gerd, *Gefährdungshaftung*, *op. cit.*, p. 4) o DUGUIT (DUGUIT, Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2.ª ed., Paris, Félix Alcan, 1920, p. 140). Más recientemente, entre otros, ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht...*, *op. cit.*, pp. 519-520 y 637; DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 406 y 423; HAGER, Johannes, «Vorbemerkung...», *op. cit.*, p. 18; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, pp. 449-450. Dicho argumento ha sido, como se sabe, frecuentemente utilizado por la jurisprudencia española cuando ha querido objetivar la responsabilidad civil (CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación...*, *op. cit.*, pp. 28-30).

> Para TRIMARCHI, la atribución al empresario del riesgo de empresa, esto es, su sometimiento a responsabilidad objetiva, constituye una presión económica sobre quien posee el control de las condiciones generales del riesgo que permite que sea racionalizada, desde un punto de vista social, la producción, y se reduzca el riesgo de causación de daños. Dicha racionalización podrá producirse, según los casos, mediante la adopción de medidas suplementarias de seguridad, mediante la sustitución del método de producción o, en los casos extremos, mediante la abolición de un sector marginal de la empresa o el cierre de la empresa misma. La responsabilidad objetiva impide, de esta forma, que subsistan en el mercado empresas que no son capaces de hacer frente al coste de los daños que las mismas generan, es decir —en terminología de TRIMARCHI—, que subsistan empresas que destruyan un valor mayor del que producen [289].

Actualmente parece existir consenso acerca de que la responsabilidad objetiva *no estimula mayores inversiones en medidas de seguridad* que la responsabilidad por culpa, al menos si la culpa es configurada con arreglo a la fórmula económica de HAND. Ello se entiende fácilmente: aunque un empresario (p. ej.) responda objetivamente, no adoptará medidas de seguridad que sean más caras que el montante de las indemnizaciones por daños que tenga que satisfacer en el caso de que no las adopte. El empresario, en efecto, si se comporta de una forma económicamente racional, invertirá en seguridad sólo en la medida en que dicha inversión sea inferior al coste de las indemnizaciones por daños que eventualmente tenga que satisfacer; en el momento en que la adopción de ulteriores medidas de seguridad sea más caro que prescindir de ellas e indemnizar a las eventuales víctimas, el empresario dejará de adoptarlas y preferirá pagar las indemnizaciones. Tanto bajo una regla de responsabilidad objetiva como de responsabilidad por culpa, pues, se adoptarán las mismas medidas de seguridad: aquellas que valga la pena

---

[289] TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, *op. cit.*, pp. 34-36 (en las pp. 36-38, TRIMARCHI ofrece las razones por las que a su juicio la responsabilidad objetiva tiene una mejor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa). Conclusiones semejantes habían sido alcanzadas, ya en 1888, por MATAJA (ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 98-99; DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 408 y 423-424).

adoptar desde una perspectiva económica, aquellas que (según la fórmula de HAND) tengan un coste inferior al resultado de multiplicar el importe de los eventuales daños por la probabilidad de que se produzcan. La diferencia entre la responsabilidad por culpa y la objetiva no radica, entonces, en las medidas de seguridad que una y otra estimulan, sino en quién deberá soportar el daño que eventualmente se produzca y que no valía la pena —desde una perspectiva económica— tratar de evitar: la víctima, en el caso de la responsabilidad por culpa, o el empresario, en el caso de la responsabilidad objetiva [290].

Sin embargo, que responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa estimulen la adopción de las mismas medidas de seguridad, la adopción del mismo nivel de diligencia, no significa que ambas posean la misma eficacia preventiva en todos los casos: al contrario, actualmente se sostiene que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la *calidad* de la actividad), sí incide en el *nivel de la actividad* (incide en la *cantidad* de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños [291].

Como recuerda POSNER, dos métodos distintos para la reducción de la probabilidad de un accidente son tener un mayor cui-

[290] Que la responsabilidad objetiva, por las razones acabadas de apuntar, no estimula mayores inversiones en medidas de seguridad que la responsabilidad por culpa lo afirman POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, *op. cit.*, p. 168; KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, *op. cit.*, p. 138; BISBAL MÉNDEZ, Joaquim, «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 77-78, 96-97 y 123 (aunque señala que algunas dificultades que presenta el funcionamiento de la responsabilidad por culpa pueden llevar a que, en la práctica, la responsabilidad objetiva conduzca a un menor número de accidentes); SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, pp. 149-150.

[291] SHAVELL, Steven, «Strict Liability versus Negligence», en *J. Leg. Studies*, núm. 1, enero de 1980, pp. 2-6 y 10-17; POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, *op. cit.*, pp. 168-169; COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, *op. cit.*, pp. 397-398; KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, *op. cit.*, pp. 138-139; SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, p. 150.

dado (adoptar mayores medidas de seguridad, ser más diligente) o ejercer un menor nivel de actividad: «Un procedimiento para evitar un accidente automovilístico consiste en conducir más lentamente, otro procedimiento consiste en conducir menos» [292]. Pues bien, la responsabilidad por culpa incide sólo en el aspecto cualitativo, el relativo al nivel de diligencia adoptado, pero no en el cuantitativo: un conductor sujeto a responsabilidad por culpa sólo se preocupará de conducir con cuidado, siéndole indiferente recorrer, en un año, 1.000 ó 100.000 kilómetros (recorrer más o menos kilómetros no le hará responder más o menos si conduce siempre de forma diligente: su responsabilidad depende sólo de la diligencia, no de la distancia recorrida); en cambio, el conductor sujeto a responsabilidad objetiva sí tendrá en cuenta la distancia recorrida, se verá estimulado a reducir su nivel de actividad (a conducir menos), ya que deberá indemnizar todos los accidentes que provoque (conduciendo con o sin diligencia) y el riesgo de producirlos aumenta a medida que se incrementa el número de kilómetros recorridos.

No obstante, debe señalarse, inmediatamente, que esta ventaja de la responsabilidad objetiva se circunscribe (o, mejor dicho, resulta indiscutible en) a aquellos casos —que no son, ni mucho menos, los más frecuentes— en que sólo la conducta del sujeto productor del daño, y no la de la víctima, puede incidir en la probabilidad o gravedad del daño (casos *unilaterales*) [293]; cuando, en cambio, también el comportamiento de la víctima potencial y su elección tanto sobre el nivel de diligencia como sobre el nivel de actividad pueden influir en la probabilidad o la magnitud del daño (casos *bilaterales*), dicha ventaja preventiva de la responsabilidad objetiva se relativiza. Se relativiza, en efecto, porque la responsabilidad objetiva del productor potencial del daño conducirá, por lo antes dicho, a que reduzca su nivel de actividad, pero desincentivará a la víctima a hacer lo propio: si el sujeto productor del daño responde objetivamente, la víctima sólo tendrá el incentivo de actuar diligentemente (para evitar que se declare su concurrencia de culpa y se reduzca o

---

[292] POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, *op. cit.*, p. 168.

[293] Ejemplos de casos unilaterales apuntados por SHAVELL son el del avión que se estrella sobre una casa o el del médico que opera a un paciente anestesiado (SHAVELL, Steven, «Strict Liability...», *op. cit.*, pp. 1-2, nota núm. 1).

incluso excluya su indemnización), pero no el de reducir su nivel de actividad y, con ello, el riesgo de sufrir un daño; si, en cambio, el sujeto productor del daño queda sometido a una responsabilidad por culpa, la víctima se verá incentivada no sólo a actuar diligentemente, sino, también, a reducir su nivel de actividad. La reducción en el nivel de actividad del sujeto potencialmente productor del daño (reducción que a su vez, como ya sabemos, comporta un menor riesgo de daños) estimulada por la responsabilidad objetiva queda, pues, de algún modo, compensada, en los casos bilaterales, por el desincentivo que este tipo de responsabilidad supone para la víctima. La cuestión, entonces, consiste en elegir cuál de los dos niveles de actividad, si el del sujeto potencialmente productor del daño o el de la víctima potencial, se quiere (conviene) reducir [294].

> Además, como señala GÓMEZ POMAR, la supuesta ventaja comparativa de la responsabilidad objetiva sobre la responsabilidad por culpa en los casos unilaterales sólo resulta relevante en relación con aquellas actividades que quepa calificar de *intrínsecamente peligrosas*; respecto de actividades poco peligrosas (esto es, aquellas que, de ser realizadas con la diligencia exigida, presentan un riesgo reducido de generar daños) dicha ventaja «no resulta demasiado relevante» porque «[a]unque el volumen de la actividad del causante supere lo deseable socialmente, el daño resultante no es significativo» [295].

---

[294] SHAVELL, Steven, «Strict Liability...», *op. cit.*, pp. 6-8 y 17-19; COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, *op. cit.*, pp. 398-399; POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, *op. cit.*, p. 170. Como observa POSNER, «la responsabilidad estricta [es decir, la responsabilidad objetiva] alienta los cambios de nivel de la actividad en los lesionadores potenciales pero los desalienta en las víctimas potenciales, mientras que la responsabilidad por negligencia alienta los cambios de nivel de la actividad en las víctimas potenciales pero los desalienta en los lesionadores potenciales» (*op. cit.*, p. 170).

[295] GÓMEZ POMAR, Fernando, «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», en *InDret*, http://www.indret.com, núm. 1, enero-marzo de 2001, pp. 3-4. Obsérvese que este argumento de la mayor eficacia preventiva de la responsabilidad objetiva ofrecido por el análisis económico del Derecho acaba reconduciéndose, de esta forma, al ya clásico del *riesgo*, antes examinado: deben someterse a responsabilidad objetiva —sólo— las actividades especialmente peligrosas. El análisis económico del Derecho se limita pues, en el fondo —aunque no es poco—, aquí, a otorgar mayor fundamento al tradicional argumento del riesgo, a apuntalarlo y hasta revitalizarlo.

4. Otro argumento manejado con frecuencia en defensa de la responsabilidad objetiva es el de que resulta un buen mecanismo de *reducción del coste social —coste secundario— de los accidentes*. La responsabilidad objetiva, en efecto, permite una amplia pulverización del daño, su difusión entre un gran número de personas, y ello resulta beneficioso desde un punto de vista social, puesto que, económicamente, es mucho mejor que un daño (de, p. ej., 1.000) sea repartido entre un grupo de personas (si el grupo es de mil personas, el daño soportado por cada una será sólo de 1) que no que recaiga íntegramente sobre una sola (si no hay difusión, el daño soportado será de 1.000, esto es, mil veces superior) [296]. Naturalmente, la responsabilidad objetiva, por sí sola, no produce necesariamente la pulverización: ésta sólo se realizará si la responsabilidad objetiva viene acompañada de un seguro de responsabilidad civil (que permite que el daño se reparta entre toda la comunidad de asegurados, en lugar de recaer sobre el responsable, que se limita a pagar la prima del seguro) o/y se impone a un sujeto (el empresario) capaz de incluir el coste de los daños que cause en el precio de bienes o servicios y distribuirlo, en el mercado, entre los consumidores.

> La responsabilidad por culpa, acompañada de un seguro de responsabilidad civil o impuesta sobre un empresario también puede, por supuesto, propiciar una cierta pulverización del daño; pero siempre será una pulverización menor que la que puede realizar la responsabilidad objetiva, ya que únicamente distribuirá los daños producidos con culpa, no el resto (el resto, los daños no imputables a dolo o culpa, no se distribuirán, sino que se quedarán donde han caído, esto es, los soportará sólo la víctima).

Contra lo que podría pensarse, esta ventaja de la responsabilidad objetiva ha sido apuntada como una de sus principales virtudes ya desde finales del siglo XIX. No por casualidad, en efecto, se ha vinculado siempre la responsabilidad objetiva al seguro de responsabilidad civil (a menudo, incluso, obligatorio) y/o a la actividad empresarial [297].

---

[296] CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes...*, *op. cit.*, pp. 55-56.

[297] La virtud pulverizadora del daño de la responsabilidad objetiva fue ya puesta de relieve por MATAJA (ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 98-99). Más recientemente, entre muchos otros, por DEUTSCH, Erwin,

La necesidad de que la responsabilidad objetiva venga acompañada del seguro, necesidad exigida, en gran medida, por el benéfico efecto pulverizador que de la unión de ambas instituciones se deriva, ha condicionado, por supuesto, enormemente, la configuración y alcance que la responsabilidad objetiva ha recibido en Derecho civil. Estrechamente vinculada, sin duda, a la intención de propiciar el aseguramiento de la responsabilidad objetiva se encuentra la circunstancia de que este tipo de responsabilidad se haya asociado siempre a riesgos típicos, estadísticamente calculables y calculados, de actividades perfectamente delimitadas —como hemos visto más arriba—, que casi nunca nazca en los imprevisibles supuestos de fuerza mayor o que se encuentre sometida, casi siempre, a límites indemnizatorios cuantitativos. Sólo una responsabilidad objetiva así configurada (esto es, una responsabilidad objetiva cuyo riesgo de surgimiento resulte predecible, calculable) puede ser asegurada.

5. Un quinto argumento esgrimido en favor de la responsabilidad objetiva es el de que favorece la *reducción de los costes de administración —costes terciarios—* del sistema de compensación de daños. Todo sistema de responsabilidad civil (en general, todo sistema de compensación de daños) tiene unos costes de administración, más o menos altos (honorarios de abogados, gastos judiciales, coste de la gestión y margen de beneficio de las compañías aseguradoras...). Administrar un sistema de responsabilidad objetiva sería más barato que administrar un sistema de responsabilidad por culpa porque su nacimiento se somete a menos requisitos (no es preciso, sobre todo, probar la culpa, con el ahorro en peritajes que ello puede conllevar) y el procedimiento para hacerla efectiva resulta, así, más fácil y rápido [298].

Allgemeines Haftungsrecht, *op. cit.*, p. 408; HAGER, Johannes, «Vorbemerkung...», *op. cit.*, p. 18; SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, pp. 150-151.

La posibilidad de asegurar la responsabilidad objetiva no ha tropezado nunca con las objeciones morales que suscitó, en un primer momento, el aseguramiento de la responsabilidad por culpa.

[298] La menor complejidad (el menor margen de discusión) de la responsabilidad objetiva facilitaría, además, el arreglo extrajudicial —más rápido y

A menudo se señala, sin embargo, que dicho ahorro puede venir compensado, en la práctica, por un paralelo aumento en el número de reclamaciones (aumento de reclamaciones derivado, precisamente, del menor número de requisitos a que se somete la responsabilidad objetiva) [299]. Por ello, parece que la conclusión a la que puede llegarse es la siguiente: la responsabilidad objetiva genera menores costes de administración que la responsabilidad por culpa *a un mismo número de reclamaciones* [300].

---

económico— de las partes (POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, *op. cit.*, p. 171).

[299] Es lícito pensar que bajo un sistema de responsabilidad objetiva habrá más reclamaciones —porque más prosperarán: el daño sufrido por las víctimas será trasladado a otro sujeto en muchas más ocasiones, y dicha traslación genera costes de administración— que bajo un sistema de responsabilidad por culpa (COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, *op. cit.*, p. 411); ello, como recuerda POSNER, se exceptuará en aquellos supuestos en que el sometimiento a responsabilidad objetiva genere los estímulos adecuados para que se produzca una reducción del número de accidentes: a menos accidentes, menos reclamaciones y menores costes de administración (POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, *op. cit.*, p. 171).

Por supuesto, lo que menores costes de administración genera es la ausencia de toda responsabilidad, que la víctima no sea indemnizada y se deje el daño allí donde ha caído (COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, *op. cit.*, p. 410).

[300] POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, *op. cit.*, pp. 171-172; COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, *op. cit.*, pp. 410-411.

GÓMEZ POMAR cree también que «bajo un régimen de responsabilidad objetiva es esperable que se produzcan más reclamaciones indemnizatorias y, por tanto, mayor número de litigios y de costes procesales globales que bajo un régimen de culpa». Y añade un argumento adicional en contra del apuntado —sólo aparente— menor coste terciario (coste procesal) de la responsabilidad objetiva: «con regla de la culpa o sin ella, siempre será necesario examinar en el proceso, además de la causalidad material, la imputación objetiva del daño causado a la conducta del causante. Y como este juicio de imputación objetiva no es conceptualmente distinguible del análisis coste-beneficio de la conducta del causante a la vista de sus costes de precaución, de la probabilidad del accidente y de la magnitud del daño, el proceso no resultará significativamente menos costoso bajo una regla de responsabilidad objetiva» (GÓMEZ POMAR, Fernando, «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», *op. cit.*, p. 3). A mi modo de ver, sin embargo, imputación objetiva no equivale a responsabilidad por culpa y menos aún a responsabilidad por culpa según la fórmula de HAND. En mi opinión, puede aplicarse perfectamente la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad objetiva sin convertirla en una responsabilidad por culpa; la imputación objetiva puede prescindir perfectamente de la culpa, una y

2. La responsabilidad objetiva y su fundamentación en el Derecho público de daños

2.1. La responsabilidad objetiva de la Administración en Derecho comparado

2.1.1. *Italia*

En Italia, la responsabilidad objetiva se circunscribe a ámbitos muy delimitados de la actuación de la Administración. No existe, en dicho país, una responsabilidad objetiva global de la Administración. Ésta queda sometida a la cláusula general de responsabilidad por culpa del artículo 2.043 del Código civil de 1942 (CC [it.]), y sólo excepcionalmente (en los supuestos contenidos en artículos específicos del CC [it.] y otras Leyes especiales, igualmente aplicables a los particulares) pasa a sujetarse a responsabilidad objetiva. El requisito de la culpa se ha visto reforzado, además, por la reciente jurisprudencia de la *Cassazione* (sentada en la capital sentencia 500/1999, de 22 de julio), que ha insistido en la necesidad de que la misma concurra para que nazca la responsabilidad administrativa y ha acabado con la presunción —en la práctica *iuris et de iure*— de culpabilidad de los actos administrativos contrarios a Derecho existente durante mucho tiempo en dicho país.

La Administración italiana queda así sometida al mismo régimen de responsabilidad civil que los particulares, no a uno más estricto. De hecho, la historia de la responsabilidad administrativa italiana es la historia de la lucha de la doctrina con una jurisprudencia reacia a acabar con los privilegios que la Administración ha tenido, en ese país, en dicha materia [301].

---

otra constituyen nociones conceptualmente distinguibles. He intentado demostrarlo en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, donde aplico —tras las necesarias modificaciones— la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad —sin duda objetiva— de la Administración española. Vuelvo sobre la teoría de la imputación objetiva *infra*, en el epígrafe 4.3. del presente capítulo.

[301] Remito aquí a la detallada exposición que efectúo del sistema italiano de responsabilidad administrativa y del enorme impacto que en él ha tenido la citada sentencia núm. 500/1999 de la *Corte di cassazione* (al poner fin —entre

2.1.2. *Alemania*

Tampoco en Alemania existe una responsabilidad objetiva global de la Administración [302]. La presencia de culpa en la actuación administrativa es fundamental para que nazca la responsabilidad civil de la Administración *stricto sensu* (para que nazca la *Amtshaftung*). La culpa desaparece en aquellas instituciones ligadas a la expropiación forzosa [303] y a la idea de sacrificio especial creadas y desarrolladas por la jurisprudencia alemana para compensar (en determinados ámbitos, y en relación con determinados bienes y derechos) el limitado alcance que la *Amtshaftung* tiene en dicho país, pero sigue presente (al menos en el *enteignungsgleicher Eingriff*, la institución más importante —con gran diferencia— de todas ellas), como elemento crucial, la necesidad de que la Administración se haya apartado de un modelo de conducta preestablecido, el que para ella fija el ordenamiento; la necesidad, en definitiva, de que su actuación sea *antijurídica*. La actuación irreprochable, ajustada al ordenamiento, de la Administración alemana, sólo dará, pues, derecho a indemnización, en términos generales, en los acotados y típicos supuestos de responsabilidad por riesgo especial (*Gefährdungshaftung*) previstos por Leyes especiales [304] y aplicables por igual a la Administración y a los particulares.

Leyes especiales que contemplan supuestos de responsabilidad objetiva son, p. ej., la Ley de circulación viaria de 19 de diciembre de 1952 (*Straßenverkehrsgesetz*; § 7), la Ley de res-

---

muchas otras importantes novedades— al famoso y típicamente italiano principio de la no resarcibilidad de los intereses legítimos) en mi trabajo «La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos», *op. cit.*

[302] Sobre los rasgos fundamentales del sistema alemán de prestaciones indemnizatorias públicas recuérdese lo dicho, *supra*, en el capítulo segundo (en especial, en el epígrafe 1).

[303] Vinculación a la expropiación forzosa puramente formal —o histórica—, puesto que, como hemos visto en el capítulo segundo, dichas instituciones pertenecen, hoy en día, claramente, a la órbita de la responsabilidad civil de la Administración.

[304] Como ya sabemos, el único supuesto de responsabilidad objetiva contenido en el *BGB* es el del § 833.1 (responsabilidad por los daños causados por animales).

ponsabilidad civil en la versión publicada el 4 de enero de 1978 [305] (*Haftpflichtgesetz*; el § 1 somete a responsabilidad objetiva la explotación de ferrocarriles y teleféricos, y el § 2 el control y conducción de electricidad, gases, vapores y fluidos), la Ley de navegación aérea en la versión publicada el 27 de marzo de 1999 [306] (*Luftverkehrsgesetz —LuftVG—*; § 33), la Ley de uso pacífico de la energía nuclear y de protección de sus peligros de 23 de diciembre de 1959 (*Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren —Atomgesetz—*; §§ 25-26 [307]), la ya citada Ley de responsabilidad por productos defectuosos de 15 de diciembre de 1989 (*Produkthaftungsgesetz —ProdHaftG—*; § 1) o la Ley del medicamento de 24 de agosto de 1976 (*Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln —Arzneimittelgesetz—*; § 84).

La jurisprudencia alemana se ha negado en reiteradas ocasiones [308] a admitir una genérica responsabilidad objetiva de la Administración, una responsabilidad objetiva de Derecho público que vaya más allá de los concretos supuestos —procedentes del Derecho privado— enunciados por las Leyes y defendida, sobre todo, por FORSTHOFF [309]. Una buena prueba del limitado papel que la responsabilidad objetiva de la Administración tiene y ha tenido en Alemania puede verse, precisamente, en el hecho de que FORSTHOFF, el máximo defensor de este tipo de responsabilidad en la doctrina iuspublicista de dicho país, la circunscriba exclusivamente a aquellas situaciones de riesgo individuales y extraordinarias creadas por el poder público [310].

---

[305] Esta Ley tiene su origen en la Ley de responsabilidad civil del Imperio de 7 de junio de 1871 —conocida como *Reichshaftpflichtgesetz*—, que dio continuidad, para todo el territorio alemán, a la responsabilidad objetiva de los ferrocarriles prevista en la Ley prusiana del ferrocarril de 1838, antes citada.

[306] La primera versión de esta Ley es de 1 de agosto de 1922.

[307] Preceptos modificados, con posterioridad, para adaptarlos a los Tratados internacionales existentes sobre la materia.

[308] Referencias en RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, p. 763, nota núm. 156.

[309] FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, pp. 359-364.

[310] FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, p. 363. FORSTHOFF, en efecto, creyendo insuficiente el sistema de resarcimientos públicos alemán, considera necesario ampliar el alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración de su país, siguiendo el ejemplo de la doctrina del Consejo de Estado francés. La responsabilidad objetiva, sin embargo, para dicho autor, debe estar sometida a límites estrictos, seguros y controlables, que eviten el desborda-

Por lo demás, la culpa y la antijuricidad seguirán dominando la responsabilidad civil de la Administración alemana en el caso —muy probable— de que la futura Ley (tan esperada por la doctrina alemana, y que tiene ya vía libre, como sabemos, tras la reforma constitucional de 1994) que regule de forma unitaria dicha institución mantenga los rasgos fundamentales de la frustrada *StHG* de 1981. La *StHG* partía de una cláusula general de responsabilidad de la Administración por los daños derivados del comportamiento antijurídico del poder público (§ 1.1). El § 2.1, sin embargo, matizaba dicha cláusula señalando que la Administración quedaría exonerada del pago de la indemnización cuando la infracción del deber (el comportamiento antijurídico) generadora del daño no hubiera podido ser evitada ni aun observando la diligencia exigida, según las circunstancias, en el ejercicio del poder público. El § 2.1 mantenía, de esta forma, la responsabilidad por culpa de la Administración; culpa cuya prueba, sin embargo, invertía, beneficiando así a las víctimas de la acción pública. Esta responsabilidad por culpa introducida por el § 2.1 no alcanzaba, sin embargo, a todos los supuestos. Quedaban fuera de su alcance (por expreso mandato del § 2.2 y del tercer inciso del propio § 2.1) la lesión de derechos fundamentales y los daños derivados de fallos en el funcionamiento de dispositivos técnicos [311]; en ambas casos, la responsabilidad de la

---

miento de las reclamaciones de indemnización. Ello exige que la responsabilidad objetiva nazca sólo cuando la Administración cree una situación de peligro individual y extraordinaria (*eine individuelle und außergewöhnliche Gefahrenlage*), un riesgo especial, incrementado (*besondere, erhöhte Gefahr*), que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos; y que el daño (que tenga una cierta entidad: los daños insignificantes —*Bagatellschäden*— no han de ser, según este autor, indemnizados) sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro. Esta responsabilidad permitirá conceder indemnización en supuestos como (los ejemplos también son de FORSTHOFF) el del policía que, haciendo un uso reglamentario y no imprudente de su arma, hiere a un tercero durante la persecución de un delincuente; o el del tren cuyas chispas provocan un incendio forestal (FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, pp. 359-364).

[311] La doctrina y jurisprudencia alemanas han dedicado una atención considerable a la imputación de responsabilidad en el caso de daños derivados de fallos en dispositivos técnicos empleados por la Administración en el ejercicio (o incluso sustitución) de las funciones públicas. Centrada primero la atención en los daños ocasionados por el mal funcionamiento de los semáforos, se ha

Administración se vinculaba, pues, al solo dato de la antijuricidad [312]. Como puede apreciarse, la culpa y la antijuricidad constituían los ejes vertebradores de la *StHG* [313].

2.1.3. *Francia*

Ni siquiera en Francia, país pionero en la construcción de hipótesis de responsabilidad sin culpa del poder público [314], existe una responsabilidad objetiva global de la Administración. La regla general, en Francia, hoy en día, pese a la consolidación e incluso expansión de los supuestos de responsabilidad objetiva, sigue siendo, sin lugar a dudas, la responsabilidad por culpa de la Administración, la responsabilidad por la denominada *faute de service* [315].

---

dirigido, después, a la informática (cada vez más presente en la actuación administrativa) y los errores (y daños) que la misma puede producir y produce, hasta tal punto que se ha acuñado, incluso, un término específico: la «responsabilidad informática» (*Computerhaftung*).

[312] Aunque a cambio de una menor cobertura indemnizatoria: ni la lesión de derechos fundamentales ni el fallo de dispositivos técnicos permitían reclamar el resarcimiento del lucro cesante y el daño moral (§ 2.3).

[313] La *StHG* declaraba aplicables a la Administración los puntuales supuestos (previstos también para los particulares) de responsabilidad objetiva (*Gefährdungshaftung*) contenidos en Leyes especiales (§ 15.2).

[314] De hecho, como recuerda CHAPUS, la responsabilidad objetiva, en Francia, surgió antes en Derecho administrativo que en Derecho civil: la Administración fue sometida a responsabilidad objetiva ya en 1895, en el *arrêt Cames* (CHAPUS, René, *Droit administratif général*, vol. I, 10.ª ed., Paris, Montchrestien, 1996, pp. 1214 y 1225). Los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración establecidos por el *Conseil d'État* francés han tenido gran influencia en otras experiencias jurídicas. Recuérdese, p. ej., lo que antes se ha dicho sobre el pensamiento de FORSTHOFF. Y es que, durante la primera mitad del siglo XX, Francia fue, seguramente, el país dotado de un régimen de responsabilidad administrativa más amplio; así lo creyó, al menos, DUGUIT (DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, III, 3.ª ed., Paris, Fontemoing & Cie., 1930, pp. 459-460 y 843).

[315] LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute dans la responsabilité administrative», en *Droits*, núm. 5, 1987, pp. 66 y 69; MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, 3.ª ed., Paris, PUF, 1996, p. 61; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1178; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, Paris, Litec, 1999, p. 247; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, 17.ª ed., Paris, Dalloz, 1998, pp. 268 y 271-272; DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves,

La *faute de service* es entendida como una culpa objetiva, como un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos, representa la desviación de la Administración del modelo de conducta para ella fijado. Lo más habitual es que toda falta de servicio, grave o no, desencadene la responsabilidad administrativa, y que deba ser la víctima quien pruebe la existencia de la misma. En no pocas ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia francesa exige que la falta de servicio sea *grave* para que nazca la responsabilidad de la Administración; dicha jurisprudencia también ha establecido, por otro lado, *presunciones de culpa*, de falta de servicio, que eximen a la víctima de probar su concurrencia.

> La responsabilidad de la Administración francesa, por tanto, no sólo se vincula, normalmente, a la culpa, sino que a veces se circunscribe, incluso, a la culpa grave (*faute lourde*). La jurisprudencia ha ido reduciendo progresivamente el número de supuestos sometidos a culpa grave. Abandonada recientemente la exigencia de culpa grave en el ámbito médico, subsiste —en algunas ocasiones, al menos— en el ámbito de la actuación policial, fiscal, de control y tutela (control y tutela sobre otras Administraciones o entes públicos, sobre entes de Derecho privado, control en fronteras, control de la navegación aérea...), en la actividad de vigilancia de los servicios penitenciarios y en el sector de los servicios de extinción de incendios. En general puede afirmarse que la necesidad de culpa grave suele reservarse a aquellos casos en que la concreta actuación administrativa presenta una especial dificultad [316].

Traité de droit administratif, I, 14.ª ed., Paris, LGDJ, 1996, pp. 923-924, 927 y 936; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de droit administratif*, 4.ª ed., Paris, Montchrestien, 1995, pp. 681, 695 y 707; BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, 4.ª ed., Paris, Presses des Sciences Politiques/Dalloz, 1997, pp. 273 y 285; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 106-107, 122-125, 160.

[316] CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1187-1207; MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 67-71; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 270-271; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, pp. 702-703; DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 929-935; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 248-250 (citando un *arrêt* de 1998 que parece relativizar la exigencia de culpa grave en el sector de la extinción de incendios); VEDEL, Georges;

En cuanto a la presunción de culpa, tendente a beneficiar a las víctimas (a diferencia de los supuestos de culpa grave), la jurisprudencia francesa la prevé en dos grandes supuestos: daños que puedan sufrir los *usuarios* de obras y vías públicas (peatones, ciclistas, conductores, p. ej.), y determinados daños sufridos por pacientes de hospitales públicos (restringida primero la presunción a los daños anormales derivados de actos médicos sencillos, ha sido después ampliada a las infecciones nosocomiales y a los accidentes asociados a materiales defectuosos) [317].

Los principales supuestos de responsabilidad objetiva (*responsabilité sans faute*) de la Administración francesa identificados por el *Conseil d'État* y el legislador son los siguientes: daños accidentales sufridos por *terceros* [318] como consecuencia de la existencia, ejecución o funcionamiento de obras e instalaciones públicas; daños sufridos por los colaboradores ocasionales de la Administración [319]; daños derivados de cosas, métodos o situaciones especialmente peligrosos (explosivos, armas de fuego, productos sanguíneos, obras e instalaciones públicas

---

DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, I, 12.ª ed., Paris, PUF, 1992, pp. 583-590; BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 282-284; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 108-113 y 142-146.

[317] MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 67-68 y 72-74; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1181-1187; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, pp. 701-702; DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, *Traité...*, *op. cit.*, p. 928; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 148-150; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 248.

[318] Y no, en cambio, los *usuarios*. Cuando la víctima tiene la condición de usuaria se beneficia, como hemos visto, de una presunción de culpa, pero no de responsabilidad objetiva (ello, sin embargo, deja de ser así cuando la obra o instalación pública es especialmente peligrosa; véase, al respecto, lo que se dirá a continuación). Los *participantes* (mediante retribución) en la construcción, explotación o mantenimiento de la obra o instalación pública ni siquiera gozan de la presunción de culpa, quedando sometidos a la regla general de responsabilidad de la Administración por culpa probada.

[319] Esto es, aquellos particulares que colaboran con la Administración en, p. ej., la extinción de un incendio o la detención de un delincuente que escapa. La responsabilidad objetiva beneficia tanto a los colaboradores forzosos, como a los voluntarios, como a los espontáneos (aquellos cuya colaboración es en un primer momento desconocida por la Administración).

especialmente peligrosas [320], permitir que presos y enfermos mentales puedan salir a la calle para facilitar su reinserción social, vacunas obligatorias, métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias todavía poco conocidas, etc.); daños permanentes o duraderos, no accidentales, inherentes a la existencia, ejecución o funcionamiento de obras e instalaciones públicas [321]; inaplicación de una resolución judicial (de, p. ej., desalojo de una vivienda ocupada sin título) por parte de la Administración, por razones de interés general (normalmente, para evitar alteraciones del orden público), y supuestos análogos de no ejercicio justificado de competencias de policía administrativa; en general, adopción de medidas justificadas, pero generadoras de graves perjuicios [322, 323].

Limitada, fundamentalmente, a estos supuestos, la responsabilidad objetiva de la Administración se encuentra, además, en

---

[320] Cuando las obras o instalaciones públicas son especialmente peligrosas, la responsabilidad objetiva beneficia también a sus usuarios, y no ya sólo a los terceros. Obras o instalaciones públicas especialmente peligrosas son, p. ej., según la jurisprudencia francesa, las de conducción y distribución de gas, agua y electricidad.

[321] El caso paradigmático es el de las obras públicas cuya realización causa graves perjuicios a los negocios y hoteles de la zona, dificultando o impidiendo el acceso de la clientela a los mismos. Pero no es el único. Se incluyen también aquí, p. ej., los daños permanentes o duraderos que puedan sufrir quienes habitan cerca de autopistas, aeropuertos, fábricas, centrales eléctricas y nucleares o cementerios.

[322] Así, p. ej., decidir no llevar a cabo finalmente una expropiación, o no construir una vía pública previamente proyectada (perjudicando a una empresa que construyó un gran aparcamiento de vehículos confiando en que prosperaría el proyecto de la Administración), o demoler algunos edificios (haciendo perder su clientela al farmacéutico de la zona), o impedir que un barco de carga perecedera entre en el puerto, o no autorizar el despido de trabajadores de una empresa en protección de la vida económica local.

[323] CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1215-1249; MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 88-98; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 271-275; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, pp. 708-717; DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 936-947; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 597-609; BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 285-296; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 159-166.

Francia, subordinada a dos requisitos adicionales [324]: el daño sufrido por la víctima debe ser *anormal* y *especial*. El de la anormalidad es un requisito básicamente cuantitativo que alude a la entidad, gravedad del daño, mientras que el de la especialidad es de tipo cualitativo y hace referencia a la pertenencia de la víctima a un grupo fácilmente identificable y particularmente afectado por la acción administrativa lesiva [325]. La responsabilidad objetiva de la Administración francesa, por tanto, además de ser excepcional, no indemniza todos los daños que caen en su ámbito operativo.

Señalar, por último, que la doctrina francesa se muestra mayoritariamente contraria a una generalización de la responsabilidad objetiva de la Administración, a una responsabilidad objetiva global por el funcionamiento de los servicios públicos. Este tipo de responsabilidad es admitida sólo en supuestos concretos perfectamente delimitados, como excepción a la que debe seguir siendo la regla general, la responsabilidad por *faute de service* [326].

---

[324] Al menos en aquellos supuestos de responsabilidad objetiva fundamentados —como veremos— en el principio de igualdad antes las cargas públicas. Para algunes autores (p. ej., MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 99-104; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, p. 707) ambos requisitos del daño son exigidos en todos los supuestos de responsabilidad objetiva, pero para otros (p. ej., CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1240; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», *op. cit.*, pp. 71-72; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 625-628) sólo lo son en aquellos que encuentran su fundamento en el referido principio. En cualquier caso, las notas de la anormalidad y la especialidad no son exigidas ni en los supuestos de responsabilidad objetiva establecidos por el legislador, ni en el de los daños sufridos por colaboradores ocasionales de la Administración (MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 103-104).

[325] MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 99-101.

[326] En este sentido, p. ej., CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1215, y LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», *op. cit.*, pp. 73-75. En contra de una responsabilidad objetiva global, también, DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 336-345; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 275.

2.2. Los argumentos suministrados por la doctrina administrativista en favor de la responsabilidad objetiva

La doctrina administrativista, en general, ha dedicado menores esfuerzos que la civilista a sopesar los pros y contras de la responsabilidad objetiva. De hecho, cuando se discute si un determinado ámbito de la actuación administrativa debe quedar sometido o no a responsabilidad objetiva, es frecuente que se produzca una remisión —casi siempre implícita— a las razones aducidas por la doctrina civilista en favor y en contra de dicho régimen de responsabilidad, y que en apoyo de la misma se invoquen, de forma expresa, solamente, un genérico principio de *solidaridad* para con las víctimas de la acción pública y un —todavía más genérico— deseo de llevar la institución de la responsabilidad administrativa a mayores cotas de *progreso social*, cuando no una pura y simple apelación a la *equidad* [327].

A pesar de ello, cabe encontrar, en la elaboración de la doctrina administrativista de los distintos países considerados en el presente trabajo, argumentaciones expresas, más o menos compartidas, en defensa de la responsabilidad objetiva de la Admi-

---

Una de las excepciones más destacadas a este mayoritario sentir doctrinal francés se encuentra en Duguit, ferviente partidario de someter a la Administración a una responsabilidad objetiva global (Duguit, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 466-475 y 494-511). Para Duguit, «siempre que el funcionamiento de un servicio público [en sentido amplio, como sinónimo de actuación administrativa], aun al margen de toda culpa, haya ocasionado un perjuicio a algunos, todos [la colectividad] deberán contribuir a repararlo. Si el Derecho público no ha llegado todavía a esta solución, tengo la convicción de que la alcanzará en un futuro próximo, puesto que forma parte de la lógica de las cosas y de la evolución jurídica» (*op. cit.*, p. 502). Debe decirse que la profecía de Duguit, setenta años después, todavía no se ha cumplido (en Francia, país en que obviamente estaba pensando este autor; sí se ha cumplido, curiosamente, en España —ya en 1954, como sabemos—), y nada parece indicar que vaya a hacerlo.

[327] Además, en los países cuyos supuestos de responsabilidad sin culpa de la Administración han sido introducidos, fundamentalmente, por la jurisprudencia (Francia y Alemania, sobre todo), existe una sorprendente tendencia a aceptar de forma un tanto acrítica las innovaciones jurisprudenciales, aceptación acrítica que impide saber por qué las concretas hipótesis de responsabilidad objetiva son preferibles a alternativas menos generosas con las víctimas.

nistración. Unas veces coinciden con las ofrecidas en Derecho privado. Pero otras no, constituyendo explicaciones de la responsabilidad objetiva exclusivas del Derecho administrativo. Tres son, a mi modo de ver, las principales respuestas ofrecidas por la doctrina administrativista a la pregunta de por qué debe admitirse la responsabilidad objetiva en el Derecho de daños público:

1. Riesgo especial creado por la Administración. La doctrina del riesgo, de gran raigambre, como hemos visto, en el Derecho civil, es también aducida con frecuencia por la doctrina iuspublicista en defensa de la responsabilidad objetiva de la Administración: la Administración debe responder objetivamente cuando cree o domine un riesgo especial, cuando cree o domine un riesgo especialmente elevado de producción de resultados lesivos [328].

No debe confundirse la doctrina del riesgo (del riesgo especial) con el uso que del término «riesgo» se efectúa en el marco de la teoría de la imputación objetiva y que BELADIEZ y yo mismo hemos tratado de aplicar —para explicarla mejor— a la responsabilidad objetiva de la Administración española [329]. Cuando, en el marco de la teoría de la imputación objetiva —en la versión proveniente del Derecho penal—, se sostiene que la Administración, para responder civilmente, debe crear un riesgo, y que dicho riesgo debe realizarse en el resultado lesivo, no se está aludiendo a un riesgo especialmente elevado, a un riesgo excepcional, sino que el término es manejado en su sentido más amplio y convencional, como posibilidad de producción de un resultado lesivo.

Tampoco parece manejar el concepto de riesgo especial la generalizada doctrina española [330] que erige al riesgo creado en

---

[328] Remito aquí a lo dicho *supra*, en el epígrafe 1.2 del presente capítulo, sobre la doctrina del riesgo.

[329] En, respectivamente, BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación...*, *op. cit.*, y MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*

[330] Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, pp. 395-397 (antes, ya, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 212-217).

título autónomo de imputación de daños a la Administración y en concepto en torno al cual articula la distinción entre caso fortuito —generador de responsabilidad administrativa— y fuerza mayor —excluyente de responsabilidad—. No parece manejarlo porque en los supuestos de caso fortuito el riesgo creado por la Administración no tiene por qué ser especialmente elevado [331].

El riesgo especial como argumento en favor de la responsabilidad objetiva de la Administración ha sido manejado, sobre todo, por la doctrina y la jurisprudencia francesas [332]. Encuentran su explicación en el riesgo especial muchos de los supuestos de responsabilidad objetiva introducidos por el *Conseil d'État* y el legislador de dicho país, y a los que ya se ha hecho referencia más arriba [333].

En Alemania, teniendo en cuenta que, como hemos visto antes, el *BGH* se ha mostrado reacio a admitir una genérica y atípica responsabilidad por riesgo especial propia del Derecho

---

[331] Si, en efecto, se atiende a la definición de caso fortuito dominante en la doctrina administrativista española (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, *II*, *op. cit.*, pp. 395-396), se constata que los rasgos que lo caracterizan son la interioridad al servicio administrativo y la indeterminación, pero no la especial peligrosidad de la actuación administrativa en el marco de la cual se produce.

[332] Así, p. ej., MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 106-108; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1216-1225 (no, en cambio, en el resto de supuestos que este autor incluye dentro de la categoría de la responsabilidad por riesgo, ya que en ellos no existe un riesgo especialmente cualificado); RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 272-273; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 251-252 (aunque, al igual que CHAPUS, estos autores incluyen dentro de la responsabilidad por riesgo algunos supuestos no caracterizados por una especial peligrosidad); DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, pp. 298-300; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», *op. cit.*, p. 71; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, p. 708; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 598-602.

[333] Recordémoslos: responsabilidad por explosivos, por el uso de armas de fuego, por obras e instalaciones públicas especialmente peligrosas (como las de conducción y distribución de gas, agua y electricidad, p. ej.), por permitir que presos y enfermos mentales puedan salir a la calle para facilitar su reinserción social, por vacunas obligatorias, por productos sanguíneos o por métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias todavía poco conocidas.

público, dicho argumento se limita a explicar los supuestos de responsabilidad por riesgo (*Gefährdungshaftung*) expresamente previstos por Leyes sectoriales y que resultan de aplicación tanto a la Administración como a los particulares [334].

En cuanto a España, el argumento del riesgo especial es manejado de forma expresa y frecuente por el Tribunal Supremo (sobre todo, por la Sala de lo penal) para fundamentar la responsabilidad objetiva de la Administración al menos en un sector determinado: el de los daños ocasionados por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad al hacer uso de su arma reglamentaria estando fuera de servicio. El Tribunal Supremo suele imputar en estos casos la responsabilidad a la Administración alegando que la decisión organizativa de permitir que los agentes porten armas de fuego aun estando fuera de servicio genera un riesgo especialmente elevado [335].

Al igual que en Derecho privado, el criterio del riesgo especial viene a menudo acompañado, también en sede de responsabilidad de la Administración, de la idea de la obtención de un *beneficio* [336]: la Administración (la colectividad) debe cargar con el daño no sólo porque el mismo derive de una actividad o situación especialmente peligrosa creada o dominada por ella, sino, también (además), porque es la propia Administración (y, a través de ella, la colectividad) quien se beneficia directamente de dicha actividad o situación [337]. La idea del beneficio, sin

---

[334] MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 758-759; RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, p. 764. Quien más ha insistido, en Alemania, como ya se ha dicho, en fundamentar y ampliar los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración sobre la base del riesgo especial ha sido FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, pp. 359-364.

[335] Al respecto, MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 182-197 (y la jurisprudencia y doctrina allí citada). Véase lo que críticamente diré al respecto *infra*, en el epígrafe 2.2.3 del capítulo quinto del presente trabajo.

[336] Téngase en cuenta lo ya dicho *supra*, en el epígrafe 1.2 del presente capítulo.

[337] Vincula expresamente el argumento del riesgo especial a la idea del beneficio obtenido por la colectividad de la acción administrativa lesiva (y peligrosa) FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, p. 361.

embargo, ha recibido mayor atención por parte de la doctrina administrativista en el marco del segundo de los argumentos esgrimidos en defensa de la responsabilidad objetiva de la Administración, del que nos ocupamos a continuación.

2. Principio de igualdad ante las cargas públicas. El principio de igualdad ante las cargas públicas ha sido y es, probablemente, el argumento más repetido por la doctrina administrativista en defensa de la responsabilidad objetiva de la Administración. De lo que no hay duda es de que se trata de un argumento propio del Derecho público, desconocido en el Derecho privado, que tiene en cuenta la especificidad del actuar administrativo y de la relación existente entre la Administración y los particulares. O eso es, al menos, lo que parece. Porque si es analizado con detenimiento, se observa que en la formulación y funcionamiento de dicho principio resulta crucial el elemento del *beneficio*, elemento que, como ya sabemos, juega un papel clave también en la fundamentación de la responsabilidad objetiva efectuada en Derecho civil.

En efecto, el principio de igualdad ante las cargas públicas, nacido como concreta manifestación del principio de igualdad en el ámbito tributario [338], incorpora esencialmente la idea del beneficio cuando es manejado en el ámbito de la responsabilidad de la Administración: en su virtud, los daños que el funcionamiento de los servicios públicos, la actividad administrativa, pueda ocasionar, deben ser siempre —tanto cuando haya culpa o antijuricidad como cuando no— asumidos por la colectividad (a través de la Administración y la institución de la responsabilidad administrativa) porque son producto de una actividad (la desarrollada por la Administración) que a todos (a toda la colectividad) *beneficia*. El

[338] Como es sabido, dicho principio resulta fundamental en el ámbito tributario, imponiendo al legislador el respeto del principio de igualdad (que obliga a tratar de la misma manera los supuestos iguales, pero diferente —no se olvide— los distintos) al diseñar el sistema tributario: los tributos (las «cargas públicas») deben ser repartidos, distribuidos conforme al principio de igualdad, entre todos los ciudadanos. Dicho principio es reconocido, al máximo nivel normativo, por el artículo 31.1 CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

beneficio obtenido por la colectividad de la actuación administrativa lesiva da pie a la entrada del principio de igualdad en el ámbito de la responsabilidad de la Administración: precisamente porque todos se benefician de la actuación administrativa, no parece justo que los daños que la misma genere (daños calificados de auténticas cargas públicas) pesen más sobre unos que sobre otros. La asunción de la indemnización del daño por parte de la colectividad, por parte de la Administración, es vista, así, como mecanismo restablecedor de la igualdad rota y como compensación del sacrificio —en aras de la colectividad— de la víctima.

El principio de igualdad ante las cargas públicas, como el del riesgo especial, ha tenido un particular predicamento en la doctrina y jurisprudencia francesas [339]. Se trata del argumento allí manejado para explicar y fundamentar muchos de los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración de ese país [340].

---

[339] La aplicación y desarrollo de dicho principio en el ámbito de la responsabilidad administrativa se debe en gran medida a DUGUIT, que basó en él y en un conexo principio de solidaridad nacional para con las víctimas de la acción pública su defensa (antes aludida) de la responsabilidad objetiva global de la Administración (DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 469-475, 501-502). Monográficamente, sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas, sigue siendo ineludible citar a DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.* (la primera parte de este libro está dedicada a la operatividad de dicho principio en la legalidad, y la segunda a la que despliega en el ámbito de la responsabilidad civil).

[340] Señaladamente, los supuestos de responsabilidad por daños permanentes o duraderos, no accidentales, inherentes a la existencia, ejecución o funcionamiento de obras e instalaciones públicas; por la inaplicación de resoluciones judiciales por parte de la Administración, por razones de interés general, y supuestos análogos de no ejercicio justificado de competencias de policía administrativa; por la adopción, en general, de medidas justificadas, pero generadoras de graves perjuicios.

Fundamentan estas y otras (pero no todas las) hipótesis de responsabilidad objetiva de la Administración en dicho principio MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 106-108; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1239-1249; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 273-275; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 252-253; DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, pp. 320-321, 369-370; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», *op. cit.*, p. 71; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, p. 708; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 597-598 y 605-609.

No faltan, incluso, en Francia, quienes han visto en dicho principio el fundamento de todos los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración [341] y hasta de la entera institución de la responsabilidad civil de la Administración [342] (es decir, como fundamento tanto de la responsabilidad objetiva como de la responsabilidad por culpa de la Administración).

3. Garantía patrimonial de los administrados. Aunque el principio de igualdad ante las cargas públicas y, sobre todo, la idea del beneficio (la colectividad se beneficia de la actividad administrativa generadora de daños y debe, por ello, asumir su coste), se encuentren presentes en la doctrina administrativista española [343], el argumento que con mayor frecuencia se ha manejado en España para fundamentar la responsabilidad objetiva de la Administración es el de la garantía patrimonial de los administrados: la Administración debe responder objetivamente porque le corresponde garantizar la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción pública; existe un principio general y abstracto de garantía del patrimonio de los ciudadanos que obliga a la Administración a compensar todo menoscabo que pueda irrogarles. La necesidad de garantizar dicha integridad patrimonial obliga a prescindir del carácter culposo o dili-

---

[341] P. ej., BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 285.

[342] P. ej., DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 924-925.

[343] El principio de igualdad ante las cargas públicas (que incorpora, como sabemos, la idea del beneficio) es manejado como fundamento de algunos supuestos —al menos— de responsabilidad objetiva de la Administración por BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación...*, *op. cit.*, p. 120; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 247; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 327 (recordando planteamientos anteriores de este mismo autor); ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 370-371; DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, p. 562. El argumento del beneficio, a su vez, desvinculado del principio de igualdad, es alegado por LEGUINA VILLA, Jesús, «El fundamento de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 524; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, p. 365; VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 30 (haciendo suya una sentencia del Tribunal Supremo); RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, «La responsabilitat...», *op. cit.*, pp. 388-389; GAMERO CASADO, Eduardo, «El nuevo escenario de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 4.

gente, lícito o ilícito, de la actuación administrativa, y a tener que indemnizar siempre que se produzca un daño antijurídico, un daño que la Ley no obligue expresamente a soportar. La garantía patrimonial exige, así, trasladar la atención de la conducta administrativa al daño de ella derivado, trasladar la atención de la Administración a la víctima, al titular del patrimonio lesionado.

Éste es el fundamento que GARCÍA DE ENTERRÍA otorgó a la responsabilidad objetiva de la Administración española ya a mediados de los años cincuenta [344]. Pero no sólo a la responsabilidad objetiva de la Administración. El principio de garantía patrimonial, para este autor, servía (y sirve [345]) de fundamento, también, a la institución de la expropiación forzosa. La expropiación, como la responsabilidad de la Administración, encontrarían su fundamento unitario en el referido principio de garantía patrimonial [346].

El anclaje constitucional del referido principio de garantía patrimonial debe buscarse —se dice— en el artículo 33.1 CE, donde el Estado reconoce la propiedad privada y se compromete a garantizarla frente a su propia acción [347].

---

[344] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 163-179. Recuérdese lo ya dicho sobre el planteamiento de GARCÍA DE ENTERRÍA *supra*, en el epígrafe segundo del capítulo primero del presente trabajo.

[345] Todavía hoy, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, pp. 249 y 356.

[346] Compartiendo el mismo fundamento, ambas instituciones se diferencian, para este autor, por la forma de producción de la lesión. Ya lo hemos visto, con mayor detenimiento, en el epígrafe 3 del capítulo segundo.

También el Tribunal Constitucional ha parecido ver en el principio de garantía patrimonial de los ciudadanos el fundamento común de la responsabilidad patrimonial de la Administración y de la expropiación forzosa: «es evidente [dice el tribunal] el paralelismo que guarda esta figura (art. 106.2 CE) [se refiere a la responsabilidad de la Administración] con la expropiatoria (art. 33.3 CE), ambas recogidas a efectos competenciales en el art. 149.1.18 CE, y modalidades de un mismo género: la garantía patrimonial del ciudadano» (FJ 33.° de la STC 61/1997, antes citada, sobre la normativa urbanística estatal).

[347] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, p. 356; y, sobre todo (aludiendo al artículo 30 del Fuero de los Españoles, de contenido similar al actual artículo 33.1 CE), GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 165.

Este argumento, característico del Derecho administrativo español, tiene sus orígenes en el Derecho civil. Concretamente, en la teoría explicativa de la responsabilidad extracontractual desarrollada por STARCK: la teoría de la garantía [348]. STARCK parte de la constatación de que buscar el fundamento de la responsabilidad civil en la culpa o en el riesgo, como se hace normalmente, es erróneo (es incompleto) porque en ambos casos sólo se tiene en cuenta la perspectiva del autor del daño, omitiéndose la de la víctima. Si, en cambio, se adopta la perspectiva de la víctima, se advierte que ésta es titular de una serie de derechos, derechos que pueden ser lesionados por terceros y que, en la medida en que son objeto de protección por el ordenamiento, merecen ser garantizados, también, a través de la institución de la responsabilidad civil y la indemnización que la misma conlleva, sin necesidad de que el acto lesivo sea ilícito [349]. La víctima, de esta forma, tiene un *derecho a la seguridad*, derecho a la seguridad cuya lesión justifica, por sí sola, una indemnización. La responsabilidad civil (objetiva, pues nace con independencia de cómo sea la

---

[348] Así lo reconoce el propio GARCÍA DE ENTERRÍA: «[STARCK] es quizá de cuantos conocemos el autor que más se acerca a la posición señalada en el texto» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 170, nota núm. 193). Según PANTALEÓN, la tesis de STARCK —que se expone a continuación, en el texto, en sus rasgos fundamentales—, en cuanto vincula el nacimiento de responsabilidad civil a la mera lesión de derechos subjetivos absolutos, como exigencia lógica del concepto mismo de derecho subjetivo, se acerca a la de VENEZIAN y EPSTEIN (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, pp. 245-246, nota núm. 4).

En el texto se expone, a continuación, mínimamente, la tesis de STARCK. Ello resulta obligado porque sólo conociendo el pensamiento de este autor puede captarse el sentido último del fundamento concedido a la responsabilidad objetiva de la Administración por GARCÍA DE ENTERRÍA. Aunque —se advierte ya— las diferencias entre ambos autores son, como veremos más adelante, notables.

[349] STARCK pone el ejemplo del derecho de propiedad: si alguien detenta —incluso de buena fe— una cosa que es propiedad de otro, el propietario dispondrá de la acción reivindicatoria, con base en la mera lesión del derecho y no ya en consideraciones relativas a la actuación del tercero (es indiferente que haya actuado con culpa o sin ella o que haya creado un riesgo o no); de la misma forma, si el tercero, en lugar de detentar la cosa ajena, la destruye o la deteriora, el propietario también debe recibir protección y obtener una indemnización en concepto de responsabilidad civil por el mero dato de la lesión de su derecho y con independencia de la conducta (imprudente o no, peligrosa o no) del tercero. Así lo exige —siempre según STARCK— la garantía del derecho de propiedad.

conducta lesiva) aparece, así, como garantía de dicho genérico derecho a la seguridad.

La perspectiva de la víctima, sin embargo, según STARCK, no es suficiente, y debe completarse con la del autor del daño. Desde esta segunda perspectiva se constata que el causante del daño también dispone de derechos, derechos que le permiten actuar y que son fundamentales para vivir en sociedad. El problema de la responsabilidad civil es entonces cómo conciliar los derechos antagónicos de víctimas y causantes de daños: cómo conciliar el genérico derecho a actuar del autor de daños con el genérico derecho a la seguridad que corresponde a las víctimas. La respuesta que ofrece STARCK es la siguiente: *a)* determinados derechos de actuar permiten dañar impunemente a los demás. Es lo que ocurre, p. ej., con el derecho a desarrollar una actividad empresarial o con el derecho de huelga. Los daños a la competencia (hacer que las otras empresas vendan menos o incluso se arruinen) y al empleador (que verá reducida la facturación mientras dure la huelga), respectivamente, son inherentes al reconocimiento de ambos derechos; por ello, la Ley, al reconocerlos, está permitiendo dichos daños. Los *daños* son, en estos casos, *lícitos*, primando el derecho a actuar sobre el derecho a la seguridad de la víctima; *b)* en otras hipótesis, sin embargo, se impone el derecho a la seguridad. Es lo que ocurre cuando el daño consiste en una lesión del derecho a la vida, a la integridad corporal o a la integridad material de los bienes. Dichos derechos son protegidos contra la actividad ajena, dando siempre lugar a indemnización, esto es, aunque la actividad lesiva sea irreprochable. Se trata de daños que no son inherentes al desarrollo de ninguna actividad, al ejercicio de ningún derecho de actuación. Son, por ello, *daños ilícitos* (aunque el acto que los produzca sea, en sí mismo, lícito) [350].

Como puede observarse, la teoría de la garantía de STARCK pivota, en último término, sobre una gran división de daños: por un lado, los *daños corporales y materiales* (esto es, los daños consistentes en la lesión del derecho a la vida, a la integridad corporal o a la integridad material de los bienes); por otro, los *daños «de naturaleza puramente económica o moral»* (los relativos al

[350] STARCK se ve obligado, en este punto, a admitir algunas excepciones, a reconocer que en algunas ocasiones el ordenamiento admite que los citados derechos sean lesionados: alude, entre otros ejemplos, a la legítima defensa, al boxeo y al rugby.

resto de derechos y posiciones jurídicas subjetivas). Los primeros estarían «garantizados objetivamente» y quedarían por ello sometidos a responsabilidad objetiva, mientras que los segundos se sujetarían a responsabilidad por culpa (no estando, en principio, garantizados, por ser la consecuencia normal, incluso necesaria, del ejercicio del derecho de actuar y de lesionar atribuido a quien los ha ocasionado, sólo serían resarcidos en caso de que se acreditara la culpa de éste [351]) [352].

Nótese que la teoría de la garantía de STARCK no conduce a una responsabilidad objetiva global. La responsabilidad objetiva es circunscrita a la lesión de determinados derechos absolutos. Fuera de ellos la responsabilidad se basa en la culpa [353]. Nótese también que la división de la responsabilidad civil en las dos grandes áreas (culpa y responsabilidad objetiva) es efectuada por este autor atendiendo exclusivamente al *daño*, no ya a la conducta que lo produce o a otros factores.

3. Por qué no puede seguir sosteniéndose la responsabilidad objetiva global de la Administración

Ya sabemos qué grado de penetración tiene y ha tenido la responsabilidad objetiva en el Derecho de daños público y pri-

[351] Así —siempre según STARCK—, los daños que el ordenamiento tolera y permite encuentran su límite en la actuación culposa: quien desarrolla una actividad empresarial puede hacer la competencia a los otros empresarios (y, consiguientemente, ocasionarles daños), pero debe tratarse de una competencia *leal*; cuando los daños son fruto de una competencia desleal nace el deber de indemnizar; igualmente, la huelga, para que no dé lugar a indemnización, debe ser *regular*, efectuarse conforme a los presupuestos que la autorizan y justifican.

[352] STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, *op. cit.*, pp. 34-39.

[353] La culpa, en el planteamiento de STARCK, juega un papel destacado incluso en el sector que somete a responsabilidad objetiva; su presencia, según este autor, comporta un incremento en el importe de la indemnización, un aumento de las primas de seguro, etc. Además, STARCK se muestra favorable a mantener la noción tradicional de culpa, subjetiva, caracterizada por la reprochabilidad, y se opone totalmente a quienes pretenden objetivarla. Sólo una culpa en el sentido tradicional permite, según STARCK, que la responsabilidad civil cumpla adecuadamente la función preventivo-sancionatoria que le corresponde (junto a la función de garantía) (STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, *op. cit.*, pp. 40-41).

vado y cuáles son los principales argumentos que uno y otro han suministrado en su defensa. Estamos, pues, en condiciones de contestar a la pregunta que planea sobre el presente capítulo: ¿Por qué conviene limitar el alcance de la responsabilidad de la Administración española?, ¿por qué no puede seguir sosteniéndose la responsabilidad objetiva global de la Administración?

3.1. La responsabilidad objetiva no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa en Derecho civil

La doctrina administrativista defensora del sistema español tradicional afirma a menudo que la responsabilidad de la Administración debe ser objetiva porque la responsabilidad objetiva es cada vez más importante en Derecho privado y algún día acabará por imponerse, también allí, sobre la responsabilidad por culpa. El Derecho administrativo, se piensa, no puede desmarcarse de esta palpable e inexorable tendencia del Derecho privado. Se afirma, además, que el Derecho administrativo puede y debe adelantarse, incluso, al Derecho privado, sometiendo a la Administración a una responsabilidad objetiva global antes de que el Derecho privado haga lo propio con los particulares. No hay duda de que el Derecho privado llegará pronto a la solución pionera del Derecho administrativo.

Discrepo totalmente de afirmaciones semejantes. Como hemos visto en el epígrafe 1.1 del presente capítulo, la responsabilidad objetiva, en Derecho privado, no sólo no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa, sino que se encuentra, actualmente, en una cierta situación de crisis. Tras más de cien años de existencia, la responsabilidad objetiva no ha conseguido desplazar a la responsabilidad por culpa, que sigue siendo la regla general en Derecho privado, la cláusula general de la gran mayoría de ordenamientos, exceptuada únicamente en supuestos (más o menos numerosos) típicos y perfectamente acotados de responsabilidad objetiva. Habiendo

pasado el mejor momento de la responsabilidad objetiva, y con la culpa en plena forma, recuperando incluso parcelas que había cedido a la primera, nada parece indicar que la responsabilidad objetiva vaya a desplazar de forma general a la responsabilidad por culpa en Derecho privado. Puede decirse, sin miedo a equivocarse, que la apuesta efectuada por el Derecho administrativo español de los años cincuenta en favor de la responsabilidad objetiva y su previsible evolución en Derecho privado se ha perdido.

> El pronóstico de que la responsabilidad objetiva acabaría imponiéndose de forma general también en Derecho privado no era, en los años cincuenta, ni temerario ni demasiado aventurado. La responsabilidad objetiva venía experimentando una constante expansión en Derecho privado, con cada vez mayores ámbitos a ella sometidos por el legislador o la jurisprudencia. Dicho pronóstico, incluso, pareció corroborarse a lo largo de las dos décadas siguientes. Pero la evolución posterior —que ya conocemos— lo ha desmentido contundentemente.

Por ello, si se quiere acercar el sistema de responsabilidad de la Administración española a la responsabilidad civil de Derecho privado de nuestros días, lo que conviene hacer es limitar su alcance.

> ¿Resulta posible y oportuno acercar la responsabilidad de la Administración a la responsabilidad civil de los particulares? La respuesta, a mi modo de ver, debe ser afirmativa, puesto que las peculiaridades de la Administración pública y de su actuación, que existen y que justifican una regulación propia, no justifican, en cambio, una total indiferencia ante los rasgos que la institución general de la responsabilidad extracontractual (de la que procede, no se olvide, la responsabilidad patrimonial de la Administración, y de cuya naturaleza sigue participando) presente en cada momento. Así lo ha aceptado, por otro lado, la doctrina administrativista española tradicional, al tratar de justificar la responsabilidad objetiva global de la Administración en la —erróneamente diagnosticada, como se ha dicho— supuesta tendencia del Derecho privado a objetivar progresivamente la responsabilidad civil.

3.2. La responsabilidad objetiva global de la Administración no existe en los países de nuestro entorno. La necesidad de acercar el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración a los sistemas de responsabilidad administrativa del resto de Estados miembros de la Unión Europea

Otra afirmación recurrente de la doctrina administrativista tradicional española es la de que el sistema español de responsabilidad de la Administración es el punto de llegada al que tienden inexorablemente los ordenamientos del resto de países europeos. En todos ellos se constata —se dice— una clara tendencia a ir aumentando progresivamente los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración. De su propia evolución se infiere que, tarde o temprano, todos adoptarán un sistema de responsabilidad objetiva global como el español.

Discrepo, nuevamente, de quienes efectúan dicho pronóstico. Como hemos podido comprobar en el epígrafe 2.1 del presente capítulo, los sistemas de responsabilidad administrativa de Italia, Francia y Alemania pivotan de forma fundamental sobre la culpa o la antijuricidad; todos ellos conocen, desde hace tiempo, hipótesis de responsabilidad objetiva, pero se trata de hipótesis excepcionales, perfectamente acotadas. Ni la doctrina ni la jurisprudencia de dichos países parecen dispuestas a subvertir su consolidado régimen de responsabilidad administrativa y a convertirla en una responsabilidad objetiva global, desvinculada totalmente de la culpa o la antijuricidad en el actuar administrativo. Nada parece indicar que vaya a cumplirse el pronóstico efectuado desde España.

> El caso de Francia es paradigmático. Allí la responsabilidad objetiva de la Administración existe desde hace más de un siglo por obra, sobre todo, de una jurisprudencia cuyas soluciones han sido importadas por buena parte de los países de su entorno. Pero sigue siendo la excepción, la excepción a la regla general de la *faute de service*. Si tras más de cien años de existencia de responsabilidad objetiva, la regla general —que cuenta con el beneplácito de la doctrina, como sabemos— sigue siendo la responsabilidad por culpa, ¿resulta razonable creer que la situación vaya a cambiar drásticamente y que la culpa, la *faute de service*, vaya a

desaparecer y dejar paso a una responsabilidad objetiva global? No, en mi opinión.

Acercar, por tanto, la responsabilidad de la Administración española a la de las Administraciones de los países de su entorno exige, sin duda, limitar su alcance, acabar con su carácter objetivo global.

La pregunta que inmediatamente se plantea es la siguiente: ¿Conviene acercar la responsabilidad de la Administración española a la de los países de su entorno? En mi opinión, la aproximación del régimen de responsabilidad civil de la Administración de los distintos países miembros de la Unión Europea es aconsejable e incluso necesaria. El mercado común y la libre competencia exigen no sólo el acercamiento de la responsabilidad civil de los particulares [354], sino, también, la de las Administraciones públicas [355].

---

[354] Acercamiento —armonización, incluso— que ya se ha producido, p. ej., en materia de responsabilidad civil de fabricantes y distribuidores de productos defectuosos y de circulación de vehículos a motor.

[355] De hecho, dicho acercamiento ya ha tenido lugar en los dos ámbitos acabados de señalar (fabricación y distribución de productos defectuosos y circulación de vehículos a motor), pues en ellos la armonización comunitaria afecta también a las Administraciones públicas: todas las Administraciones de los países de la Unión Europea responderán de forma similar cuando fabriquen o distribuyan productos —defectuosos— y cuando —sus agentes— conduzcan vehículos a motor.

La aproximación de los regímenes de responsabilidad administrativa de los distintos Estados miembros hubiera ido mucho más lejos de haber prosperado la propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios presentada por la Comisión el 9 de noviembre de 1990 (y publicada en el *DOCE* C 12 de 18 de enero de 1991). Dicha Directiva (que debía complementar a la de responsabilidad por productos defectuosos), de haber sido aprobada, hubiera sometido a todo prestador de servicios (público o privado, de cualquiera de los Estados miembros) a un mismo régimen de responsabilidad extracontractual (aunque sólo —la matización es importante— respecto de los daños causados «a la salud y a la integridad física de las personas o a la integridad física de los bienes muebles o inmuebles» —artículo 1.1—). La aplicación de la Directiva a las Administraciones públicas se derivaba con total claridad de su propio articulado: su artículo 2 entendía por «servicio» «cualquier prestación realizada a título profesional o de servicio público, de forma independiente, a título oneroso o no, que no tenga por objeto directo y exclusivo la producción de bienes o la transferencia de derechos reales o de propiedad

Parece claro, en efecto, que una armonización de los regímenes de responsabilidad administrativa de los distintos Estados miembros favorecería la realización del mercado común y de las cuatro grandes libertades comunitarias. Mercancías, personas, servicios y capitales circularían con mayor facilidad por los distintos países miembros si la responsabilidad de la Administración fuera similar en todos ellos; los agentes económicos que quisieran efectuar operaciones en otro país comunitario conocerían de antemano el régimen de responsabilidad administrativa del mismo, con el consiguiente ahorro en costes de información. Además —y sobre todo—, la armonización otorgaría mayor confianza a los agentes económicos interesados en operar a nivel comunitario [356].

La armonización también favorecería la libre competencia en el ámbito comunitario. La diversidad de regímenes de responsa-

---

intelectual», excluyendo de su ámbito de aplicación únicamente «los servicios públicos destinados a mantener la seguridad pública [...,] los viajes combinados [...,] los servicios relacionados con los residuos [... y] los daños cubiertos por regímenes de responsabilidad sujetos a convenios internacionales ratificados por los Estados miembros o por la Comunidad»; el artículo 3, a su vez, incluía dentro de la noción de «prestador de servicios» a «toda persona física o jurídica, sometida al Derecho privado o público que, en el marco de sus actividades profesionales o de servicio público, proporciona una de las prestaciones contempladas en el artículo 2». Ante el dictamen desfavorable emitido por el Comité Económico y Social (dictamen publicado en el *DOCE* C 269 de 14 de octubre de 1991) y las fuertes críticas procedentes de sectores profesionales, la Comisión decidió retirar dicha propuesta de Directiva en el mes de junio de 1994. Las razones que llevaron a la Comisión a proponer dicha Directiva y la armonización de los distintos regímenes nacionales de responsabilidad extracontractual en ella establecida pueden encontrarse —además de, por supuesto, en la Exposición de Motivos de la misma— en BERNARD, Monique, «Proposition de directive de la Commission des Communautés Européennes sur la responsabilité du prestataire de services», en ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo*, La Laguna, Centro de Estudios Criminológicos/Universidad de La Laguna, 1993, pp. 257-262.

[356] Apunta BERNARD, en este sentido, que distintas encuestas (eurobarómetros) han puesto de relieve que los consumidores dudan todavía de las posibilidades de obtener una indemnización en caso de tener problemas en un Estado comunitario distinto del suyo (BERNARD, Monique, «Proposition de directive...», *op. cit.*, p. 258). Creo que este sentimiento puede extenderse al resto de agentes económicos.

bilidad administrativa actualmente existente sitúa a los distintos agentes económicos en una posición desigual; quienes se benefician de sistemas más generosos —como, señaladamente, el español— son de alguna forma subsidiados por el poder público (por la colectividad), asumen un riesgo empresarial menor, y ello supone alterar las condiciones exigidas para que funcione la libre competencia tan anhelada por el entero entramado comunitario [357].

Pero también desde una perspectiva política, de profundización de la integración comunitaria, parece conveniente aproximar los respectivos ordenamientos en una materia tan importante y forjar, progresivamente, un Derecho común de la responsabilidad administrativa. No hay verdadera integración sin un régimen uniforme de garantías de los particulares frente al poder público.

La necesidad de tender hacia un Derecho común de la responsabilidad administrativa en los distintos Estados miembros se desprende, por otro lado, de la recientemente proclamada Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea [358]. En su artículo 41.3, dicha Carta establece el derecho —fundamental— a resarcimiento por los daños causados por las instituciones comunitarias o sus agentes en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho 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*». Dicha Carta, pese a su gran valor simbólico, carece, sin embargo —al menos por el momento—, de carácter normativo. Sí posee indudable carácter normativo, no obstante, el artículo 215.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957 (TCE; artículo 288 en la versión consolidada del Tratado de Amsterdam), precepto del que procede el transcrito artículo 41.3 de la Carta y que también remite a los principios comunes de los Derechos de los Estados miembros el régimen de responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias: «En mate-

[357] Que un régimen de responsabilidad administrativa muy amplio puede servir de subsidio a la actividad empresarial se advierte claramente en lo concerniente a las compañías aseguradoras. Véase, a este respecto, lo que se dirá *infra*, en el epígrafe 3.8 del presente capítulo.

[358] Publicada en el *DOCE* C 364 de 18 de diciembre de 2000.

ria de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar 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*» [359].

El aislamiento español tampoco tiene sentido desde una perspectiva político-económica [360]. Merece la pena transcribir (y resulta obligado suscribir), en este sentido, el párrafo inicial del trabajo de PANTALEÓN: «Desde que tengo uso de razón jurídica he leído en nuestros mejores administrativistas, escrito con unas u otras palabras, pero siempre con indisimulado orgullo, que el régimen que en materia de responsabilidad patrimonial (*rectius*, civil extracontractual) de la Administración instauró, hace ya cuarenta años, nuestra Ley de Expropiación Forzosa es el más progresivo, en el sentido del más protector del administrado, del panorama del Derecho comparado, y lo sigo leyendo. A mí esto me pareció siempre un argumento en contra de la racionalidad de ese régimen: me pareció y me parece indudable que España no puede permitirse "gozar" del sistema de responsabilidad de la Administración más "avanzado", o sea, más caro del mundo» [361].

La conclusión que se extrae de la comparación con los sistemas vecinos es clara: España no puede seguir aislada en esta materia.

---

[359] En aplicación de este artículo 215 TCE, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha elaborado ya un matizado y completo cuerpo de reglas jurisprudenciales relativas a la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias. Sólo señalar, al respecto, que dicha jurisprudencia no ha instaurado una responsabilidad objetiva global de las instituciones comunitarias. Se trata de una responsabilidad vinculada indisociablemente a la antijuricidad de la conducta de la Administración comunitaria; antijuricidad que, además, al tener que ser «cualificada», encubre a menudo una verdadera responsabilidad por culpa (véase, al respecto, OSSENBÜHL, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 509 y 605-606).

[360] Sobre las razones económicas que justifican la limitación del alcance del sistema vigente español de responsabilidad administrativa véase, *infra*, el epígrafe 3.9 del presente capítulo.

[361] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 239.

3.3. El criterio del riesgo especial no justifica una responsabilidad objetiva global de la Administración

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, uno de los principales argumentos manejados tanto por la doctrina civilista como por la administrativista en favor de la responsabilidad objetiva de los particulares y de la Administración, respectivamente, es el de la creación de un riesgo especial. Dicho argumento, sin embargo, no conduce a una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (nadie, de hecho, lo pretende) que su actuación sea siempre fuente de riesgos especiales. Ello es aceptado pacíficamente y no parece que requiera ulteriores demostraciones.

3.4. No procede equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares (el criterio del beneficio no justifica la responsabilidad objetiva global de la Administración)

Hemos visto también que el criterio del beneficio, entendido, sobre todo, como beneficio económico, como lucro (y vinculado, normalmente, a la creación de un riesgo especial), es otro de los grandes argumentos manejados en Derecho civil para justificar la responsabilidad objetiva de los particulares. Y que dicho criterio, vinculado a la idea de riesgo especial, al principio de igualdad ante las cargas públicas o aisladamente considerado, ha sido utilizado también por administrativistas de los distintos países para justificar la responsabilidad objetiva de la Administración. Su aplicación al Derecho administrativo ha requerido, sin embargo, una mutación sustancial: como la Administración, con su actuación, no persigue normalmente lucro alguno [362], se

[362] Y, cuando lo hace, suele despojarse de su ropaje jurídico-administrativo y adoptar formas jurídico-privadas, normalmente societarias. Ello pone de relieve que lucro y Administración son prácticamente incompatibles.

ha prescindido de dicho elemento y se ha considerado que por beneficio debe entenderse la genérica utilidad que la colectividad percibe de la actuación administrativa, utilidad que deriva del entero actuar administrativo porque la Administración persigue —o debe perseguir— siempre la realización del interés general, esto es, el bien, el beneficio de la colectividad. De esta forma, todos (a través de la institución de la responsabilidad civil de la Administración y del sistema impositivo del que provienen los recursos para hacer frente a las indemnizaciones) deben responder ante las víctimas que provoque la acción administrativa porque todos se benefician de la acción de la Administración, de una acción dirigida a la satisfacción del interés general.

Esta equiparación entre la actuación con ánimo de lucro de los particulares y la actuación de la Administración ejercida en persecución del interés general me parece equivocada. Vale la pena transcribir un largo párrafo de PANTALEÓN [363] que suscribo plenamente:

> «En la ya centenaria polémica sobre la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual siempre ha sido un argumento recurrente que quien se beneficia de una actividad debe soportar los daños por ella causados: *ubi emolumentum, ibi onus*. Y muchos han considerado que el señalado principio debería conducir a que la responsabilidad sin culpa tuviera sus límites en las actividades de las Administraciones públicas y, en general, en todas aquellas no guiadas por una finalidad lucrativa. No diré yo que tales ideas, extrajurídicamente tan atractivas, fueran indiscutidas o acertadas. Lo que sí digo es que, a lo que se me alcanza, a nadie se le ocurrió sostener que lo sensato era precisamente lo contrario: que por las actividades sin ánimo de lucro se respondiera más objetivamente que por las lucrativas. Pues bien, si el hospital donde se intervino a doña María Teresa F. C. hubiese sido de propiedad privada, a los tribunales civiles, según una jurisprudencia muy consolidada que cuenta con un generalizado respaldo doctrinal, no se les hubiera ocurrido condenar al propie-

[363] A propósito de la ya célebre STS (Sala 3.ª) de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115), que condenó a la Administración sanitaria a responder civilmente de los daños generados por una intervención quirúrgica impecable desde el punto de vista de la *lex artis*.

tario del hospital (ni, naturalmente, al cirujano) a satisfacer indemnización alguna; ni se pondría en duda seguramente su derecho a cobrar el precio de la intervención. Que la responsabilidad exista porque el hospital era público y gratuita la intervención quirúrgica, parece el desiderátum de los enemigos de la medicina pública» [364].

Naturalmente, la equiparación se vuelve ya escandalosa cuando la idea del beneficio y la responsabilidad objetiva se aplican a la Administración y no, en cambio, a los particulares que obtienen un lucro de su actividad dañosa. Ello es lo que sucede, en España, en el ámbito al que se refiere PANTALEÓN, el sanitario: mientras los hospitales públicos, que actúan sin ánimo de lucro, responden objetivamente, los privados, que persiguen el lucro, sólo responden en caso de culpa.

No creo que tenga mucho sentido, en efecto, parificar la obtención de lucro y la persecución del interés general. La circunstancia de que la Administración, con su actuación, trate de satisfacer el interés general, explica y justifica, precisamente, los numerosos y exorbitantes privilegios y prerrogativas que se le han venido atribuyendo en el ejercicio de su actividad. El propio Derecho administrativo, que es un Derecho de garantías, pero, sobre todo, de privilegios, sólo se explica y justifica, en realidad, por la persecución del interés general, por el fin cualificado perseguido por la Administración pública en toda su actuación. Sería comprensible, por ello, que la búsqueda del interés general comportara una responsabilidad civil más limitada que la de los particulares, una responsabilidad civil que, en determinadas ocasiones, no naciera ni aun en presencia de culpa; que los privilegios de la Administración, en definitiva, alcanzaran también a su responsabilidad civil [365]. Pero difícilmente se comprende que la

[364] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 244. En un sentido parecido en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, p. 456. Contrarios a equiparar ánimo de lucro y persecución del interés general, en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se han mostrado, también, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, pp. 104-105; LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*, pp. 16 y 25.

[365] Eso es lo que ha sucedido, p. ej., en Italia, donde la tradicional situación de privilegio de su Administración, en materia de responsabilidad civil, ha sido

persecución del interés general haya de servir, no ya para limitar, sino para *agravar* la responsabilidad de la Administración. Fundamentar la responsabilidad objetiva de la Administración en la circunstancia de que persiga el interés general resulta, pues, contradictorio con el papel que el interés general juega en el resto del Derecho administrativo.

A ello cabe añadir que incluso desde la propia lógica del beneficio (esto es, aunque se acepte la equiparación entre ánimo de lucro y persecución del interés general) no se impone necesariamente la responsabilidad objetiva global de la Administración ni, en general, un agravamiento de su responsabilidad civil.

No se impone la responsabilidad objetiva global de la Administración porque así lo demuestra el hecho de que en muchos países el criterio del beneficio obtenido por la colectividad de la acción administrativa sirva sólo para justificar (conduzca únicamente a) hipótesis puntuales y excepcionales de responsabilidad objetiva. De nuevo resulta ilustrativo el ejemplo francés: en Francia, el criterio del beneficio es manejado, en el seno del principio de igualdad ante las cargas públicas, para explicar y justificar algunos supuestos de responsabilidad objetiva; pero ni fundamenta la totalidad de los supuestos de responsabilidad objetiva ni, mucho menos, una responsabilidad objetiva global de la Administración.

Del criterio del beneficio no puede desprenderse, en general, un agravamiento de la responsabilidad civil de la Administración, porque de ser así se desconocería un dato fundamental: que la víctima potencial también se beneficia de la actuación administrativa. Ésta es una diferencia muy importante entre la actuación de los particulares y la de la Administración: cuando el Derecho privado decide someter a responsabilidad objetiva a un particular (paradigmáticamente, el empresario) con base en el criterio del beneficio, lo hace porque sólo él, y no las potenciales víctimas, se benefician de la actividad dañosa (o porque, al

---

a menudo justificada, precisamente, en las finalidades públicas perseguidas por ella. Remito de nuevo a mi trabajo «La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos», *op. cit.*

menos, el beneficio que obtiene quien desarrolla la actividad dañosa es *superior* al de las potenciales víctimas) [366]. Ello no ocurre en relación con la actividad administrativa, que busca satisfacer no un interés particular, sino el interés general, el interés de toda la colectividad, incluidas, pues, las víctimas potenciales.

> Dos ejemplos bastarán para ilustrar lo que se quiere decir. El primero es el de un daño ocasionado por un producto defectuoso. Puede sostenerse que las víctimas potenciales de productos defectuosos obtienen un beneficio —no económico— de la actividad de producción de bienes; es innegable la utilidad que los consumidores perciben de los productos que adquieren. Seguramente, además, es precisamente esta utilidad general la que justifica que el ordenamiento tolere la producción de bienes potencialmente dañosos. Pero también resulta innegable que existe un sujeto que percibe una utilidad todavía mayor de la producción de bienes: el empresario que los produce o distribuye. Esta mayor utilidad, este mayor beneficio es el que justifica que se agrave su responsabilidad civil. Compárese este primer ejemplo con un segundo: el de los daños ocasionados por un policía, fuera de servicio, en uso de su arma reglamentaria. La decisión organizativa de permitir que los policías porten armas aun estando fuera de servicio persigue reforzar la seguridad ciudadana, propiciando que dichos policías puedan evitar la comisión de delitos incluso durante sus horas de ocio. El beneficio que de dicha decisión administrativa se deriva es general, y alcanza, también, a las víctimas potenciales. Nadie percibe un beneficio superior que justifique trasladarle la responsabilidad [367].

Ello nos lleva a una constatación más general de gran importancia: la Administración somos todos, incluidas las potenciales víctimas. No cabe trazar en Derecho administrativo una línea

---

[366] La circunstancia de que las víctimas potenciales obtengan un no despreciable beneficio quizá explique —al menos en parte— por qué el Derecho privado no somete a responsabilidad objetiva un sector tan lucrativo como la asistencia sanitaria privada. Parece, en efecto, que los pacientes (las víctimas potenciales) de la actividad médica privada se benefician particularmente de la misma y de un régimen de responsabilidad menos estricto que evite la medicina defensiva.

[367] Me remito, aquí, a lo que al respecto diré *infra*, en el epígrafe 2.2.3 del capítulo quinto del presente trabajo.

como la que se traza en Derecho privado entre quienes causan daños y las víctimas. La Administración no puede ser equiparada al empresario de Derecho privado y verse contrapuesta a las víctimas de los daños que genera su actuación. La Administración no persigue unos fines propios, particulares; sus fines son —también— los de sus víctimas.

3.5. El principio de igualdad ante las cargas públicas no justifica la responsabilidad objetiva global de la Administración

Como hemos podido comprobar en el epígrafe 2.2 del presente capítulo, el principio de igualdad ante las cargas públicas pivota esencialmente sobre la idea del beneficio. Ello es por sí solo suficiente para negar a dicho principio la posibilidad de justificar una responsabilidad objetiva global de la Administración. Así se desprende —allí me remito— de lo acabado de decir sobre la extensión a la responsabilidad administrativa del criterio del beneficio.

Cabe añadir dos observaciones adicionales. La primera, que el principio de igualdad ante las cargas públicas encuentra, en mi opinión, mejor ubicación en sede de expropiación forzosa que en sede de responsabilidad de la Administración. La propia idea de carga, de sacrificio, en que se basa dicho principio, se adapta mal a los daños ocasionados de forma incidental por la actividad administrativa [368], adecuándose mejor a los daños expropiatorios, aquellos que son provocados deliberadamente por el poder público por venir exigidos por el interés general, aquellos que constituyen un medio necesario para la consecución del fin público. Sólo estos daños pueden ser considerados una carga, un sacrificio; los daños incidentales no pueden ser considerados una carga, un sacrificio, porque no vienen exigidos por la colectividad, por el interés general. Tampoco la idea de igualdad y de discriminación inherente a dicho principio casa bien con la institu-

[368] Éstos son los daños cubiertos por la institución de la responsabilidad civil de la Administración, como se ha visto, *supra*, en los epígrafes 3 y 4 del capítulo segundo.

ción de la responsabilidad extracontractual de la Administración, teniendo mayor sentido en el marco de la expropiación y, sobre todo, en el de la delimitación de derechos. El principio de igualdad sólo tiene sentido, sólo resulta operativo, si viene exigido *ex ante*, esto es, en el momento de actuación de los poderes públicos [369], y no ya *ex post*, cuando dicha actuación ya se ha producido y sólo cabe evaluar los efectos que la misma ha generado. Puede decirse que una delimitación de derechos o una expropiación son discriminatorias, pero no que lo sea un daño; podrá serlo la actuación administrativa que lo ha producido, pero el daño, en sí mismo, no. Y el principio de igualdad ante las cargas públicas lo que sostiene es que la víctima debe ser indemnizada porque el daño por ella sufrido —no la actividad administrativa que lo ha producido— es discriminatorio, contrario al principio de igualdad.

La segunda observación que conviene hacer (y que ya ha sido, de hecho, adelantada en el epígrafe precedente) es que el principio de igualdad ante las cargas públicas, donde más ha calado, Francia, no ha conducido [370] a la defensa de una responsabilidad objetiva global de la Administración. Sólo algunas hipótesis de responsabilidad objetiva (más cercanas, además, en su mayoría, a la expropiación que a la responsabilidad civil de la Administración) encuentran su fundamento en dicho principio [371]. El principio de igualdad ante las cargas públicas aparece así como un argumento residual e indeterminado, al que sólo se acude cuando no se encuentran razones más específicas que justifiquen la responsabilidad objetiva de la Administración [372].

---

[369] El principio de igualdad es un principio orientador (mejor: rector) de la *actuación* de los poderes públicos.

[370] Salvo algunas excepciones; destaca, como ya sabemos, la de DUGUIT.

[371] Véase lo dicho, *supra*, en el epígrafe 2.2 del presente capítulo.

[372] GARCÍA DE ENTERRÍA, refiriéndose a dicho principio, ha señalado, atinadamente, que «Aunque se trata de un argumento de gran vigor plástico, no es sin duda válido como explicación jurídica [...] Es un argumento de los que hemos llamado más atrás "infraestructurales" y absolutamente indeterminado en sus aplicaciones, de los que la mecánica jurídica no necesita sino en las fases constituyentes» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 173, nota núm. 200).

3.6. EL PRINCIPIO DE GARANTÍA PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADOS NO PUEDE JUSTIFICAR LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El principio de garantía patrimonial de los administrados, como sabemos [373], es el argumento más utilizado en España en defensa de la responsabilidad objetiva global de la Administración. Pese a ello, no lo comparto.

Ya la propia teoría civilista de la que arranca, la teoría de la garantía de STARCK [374], suscita grandes interrogantes que deja sin resolver y que explican que la misma no se haya impuesto en Derecho privado [375]. PANTALEÓN ha objetado, por un lado, que la función de la responsabilidad civil no es la defensa de derechos subjetivos (a diferencia de, p. ej., la acción reivindicatoria), sino la asignación del daño, de un daño que no puede ser borrado del mundo, sino, únicamente, «cambiado de bolsillo»; y, por otro, que dicha teoría no permite resolver los casos en que agresor y víctima sufren la lesión de alguno de los derechos merecedores de garantía [376]. Yendo más allá, puede recriminarse a STARCK por qué los derechos a la vida, a la integridad física y a la integridad

---

[373] Recuérdese lo señalado *supra*, en el epígrafe 2.2 del presente capítulo.

[374] Que he expuesto, en sus rasgos fundamentales, *supra*, en el epígrafe 2.2 del presente capítulo.

[375] Como recuerda PANTALEÓN, la posición de STARCK (y las de VENEZIAN y EPSTEIN, a ella vinculadas) «[ha] sido siempre absolutamente minoritari[a] en la doctrina, y no [ha] seducido nunca a legislador alguno, salvo que [...] pudiera entenderse que seduj[o] al legislador español de expropiación forzosa» (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 246, nota núm. 4). Además de la LEF, parece haber recogido la teoría de la garantía el Código civil de Madagascar de 1966 (STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, *op. cit.*, p. 44, nota núm. 51; TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 93-94 y 155).

[376] Eso parece querer decir PANTALEÓN cuando afirma que «así como, presupuesta la atribución de la propiedad de un bien a un sujeto, no hay dificultad para determinar cuándo un determinado estado de cosas vulnera dicho derecho de propiedad, no existe ninguna posibilidad lógica de dilucidar, por ejemplo en caso de que un automóvil choque contra un árbol y lo derribe, si el conductor del automóvil o el dueño del árbol ha causado los daños derivados de la destrucción del automóvil y el árbol» (ésta y la anterior objeción en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 246, nota núm. 4).

material de los bienes, y no otros, merecen la garantía de la responsabilidad objetiva [377]: ¿Por qué proteger el cuerpo de una persona y no, en cambio, su honor?, ¿por qué proteger la integridad material de los bienes —esto es, que nazca la responsabilidad civil de toda destrucción o deterioro de bienes ajenos— y no otros derechos patrimoniales tan o más importantes? [378]. Se ha criticado también a la teoría de la garantía que parte de una distinción entre daños no siempre clara, suscitándose muchos supuestos límite; que en muchas ocasiones no permite saber quién debe indemnizar a la víctima; y que infravalora las ventajas que el seguro de daños directos presenta sobre el seguro de responsabilidad civil [379].

Si numerosas son las críticas a las que se expone la teoría de la garantía elaborada en Derecho civil, mayores son, en mi opinión, las que cabe dirigir a la teoría de la garantía elaborada por la mejor doctrina administrativista española en fundamento de la responsabilidad objetiva global de la Administración. STARCK, como se ha visto, construye toda su teoría sobre una gran bipartición de daños: sólo los daños derivados de la lesión de los derechos a la vida, a la integridad corporal y a la integridad material de los bienes (esto es, los daños corporales y materiales, manteniendo la terminología de STARCK) quedan cubiertos (garantizados) por la responsabilidad objetiva; el resto (daños de naturaleza puramente económica o moral) quedan sujetos a responsabilidad por culpa. A una culpa, además, en su sentido más tradicional: subjetiva, no objetiva. Quizá para evitar una de las críticas que se han dirigido a la teoría de STARCK (la que se cuestiona por qué unos derechos y no otros merecen la protección

---

[377] TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, p. 154.

[378] STARCK trata de responder a esta objeción señalando que su teoría no pretende *proponer* soluciones, sino *constatar* cuáles son las ofrecidas por el Derecho positivo actual (STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, *op. cit.*, pp. 38-39). Pero lo cierto es que la elección parece discutible no sólo desde un plano prescriptivo (*de lege ferenda*), sino, también, desde un plano descriptivo (*de lege lata*): resulta muy dudoso que el Derecho civil francés (incluyendo su aplicación jurisprudencial) someta (o sometiera, cuando escribió STARCK) siempre a responsabilidad objetiva los ataques a la integridad de los bienes y aun a la integridad y la vida de las personas.

[379] TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, p. 154.

adicional que confiere la responsabilidad civil objetiva) [380], la doctrina administrativista que la ha reelaborado en España ha prescindido de la distinción entre categorías de daños que se encuentra en su base y ha extendido la garantía —la responsabilidad objetiva— a todo tipo de daños, a la lesión de todo tipo de derechos y hasta de intereses legítimos.

Con ello no sólo se establece una responsabilidad objetiva global de la Administración (no circunscrita ya —como se hubiera derivado de una traslación íntegra de las tesis de STARCK— a la lesión por parte de la Administración de determinados derechos subjetivos), sino que «se esfuma la única posibilidad sostenible de fundamentación dogmática del sistema» [381] y se llega a la situación que el propio STARCK siempre quiso evitar: la parálisis potencial de la libertad de acción de la Administración, como consecuencia del afán de garantizar el derecho a la seguridad de las víctimas en todo caso y a cualquier precio.

> En efecto, como hemos visto en el epígrafe 2.2 del presente capítulo, STARCK enfatiza que la responsabilidad civil no sólo puede tener en cuenta la posición de la víctima y su genérico derecho a la seguridad. Los potenciales causantes de daños también pueden invocar derechos, derechos de actuación que no pueden ceder siempre ante el derecho a la seguridad de las víctimas, pues «condenar a reparar las consecuencias dañosas de su acción significa *restringir* o *suprimir* la libertad de actuar» [382] y la acción y la libertad de acción son esenciales para vivir en sociedad. Es precisamente dicha constatación la que lleva a STARCK a examinar cómo deben conciliarse el derecho de actuar de los causantes de daños y el derecho a la seguridad de las víctimas, y a proponer la solución que ya conocemos: limitar la responsabilidad objetiva a determinados daños (donde prima el derecho a la seguridad) y basar en la culpa todos los demás (pri-

[380] Aunque la razón última de la modificación introducida por la doctrina administrativista española parece que debe buscarse en el deseo de garantizar la más amplia posible tutela de los administrados.

[381] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 246, nota núm. 4.

[382] STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, *op. cit.*, p. 36. (La cursiva es del propio autor.)

mando, en este segundo ámbito, el derecho de actuar de los potenciales causantes de daños).

Trasladar a la Administración pública este argumento de STARCK en contra de la responsabilidad objetiva global requiere sólo sustituir la referencia a los *derechos* de actuación por la alusión a las *potestades* que el ordenamiento ineludiblemente confiere a la Administración.

Parálisis potencial de la acción administrativa porque el argumento de la garantía, extendido a todo derecho subjetivo y a todo interés legítimo, puede conducir, en una aplicación literal, no ya a una responsabilidad objetiva global, sino a una responsabilidad (si puede seguir llamándose tal [383]) virtualmente ilimitada. En efecto, si sólo debe adoptarse la perspectiva de la víctima, y de lo que se trata, únicamente, es de garantizar, mediante indemnización, la integridad patrimonial de los administrados, ¿por qué subordinar (como hace —acertadamente, sin duda— la doctrina partidaria de esta versión tan amplia de la teoría de la garantía) el nacimiento de la responsabilidad de la Administración a, p. ej., la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima?, ¿por qué no conceder una indemnización con cargo a recursos públicos a, p. ej., el empresario que se arruina como consecuencia de la fuerte competencia existente en su ramo de actividad [384]?

Además, ¿dónde se establece que la Administración española deberá garantizar siempre, en todo caso, la integridad patrimonial de los administrados? Desde luego no se desprende del artículo 33 CE (como tampoco se desprendía, anteriormente, del artículo 30 del Fuero de los Españoles), que sólo establece el derecho de los particulares a ser indemnizados en caso de expropiación forzosa (y la expropiación, como sabemos, constituye un

[383] El principio de la garantía patrimonial de los administrados, tal como es formulado en España, rebasa, en efecto, las fronteras de la responsabilidad civil y se adentra en el territorio de la seguridad social.

[384] Este ejemplo no es casual. Se trata, como se ha visto, de uno de los ámbitos que para STARCK deben escapar del principio de garantía y de la responsabilidad objetiva, como consecuencia de la admisión de la economía de mercado y del reconocimiento de la libertad de empresa y de competencia.

supuesto concreto y perfectamente delimitado de lesión del patrimonio de los particulares por parte del poder público, que se encuentra lejos, muy lejos, de representar una garantía de los particulares frente a todo menoscabo patrimonial —imputable o no a la Administración— que puedan sufrir). Y tampoco se deduce del artículo 106.2 CE, como tendremos ocasión de comprobar en el próximo epígrafe.

Por todo ello, considero que el principio de garantía no ofrece una explicación satisfactoria de por qué la responsabilidad de la Administración debe ser siempre objetiva.

3.7. El artículo 106.2 CE no impone la responsabilidad objetiva global de la Administración española

Buena parte de la doctrina española partidaria de la responsabilidad objetiva global de la Administración sostiene que la misma viene impuesta por el artículo 106.2 CE [385]. La Constitución —se dice—, y no ya sólo la Ley, es quien ha decidido someter a la Administración española a una responsabilidad objetiva global, a una responsabilidad objetiva que cubra, por igual, todos y cada uno de los numerosísimos sectores de la actividad administrativa. La consecuencia que de ello cabe extraer [386], obviamente, es que toda limitación del carácter objetivo de la responsabilidad civil de la Administración pasa, nece-

[385] Así, entre otros, Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación...*, *op. cit.*, pp. 29, 30 —nota núm. 1— y 72 —nota núm. 7— (y, en general, en todo el trabajo); Jordano Fraga, Jesús, «La reforma del artículo 141...», *op. cit.*, pp. 324, 325 y 336 (con particular énfasis); Arias Martínez, M.ª Antonia, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 418 y 442. Parece que también Leguina Villa, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», *op. cit.*, pp. 396-397; Leguina Villa, Jesús, «La reforma de la Ley de Procedimiento», *op. cit.*, p. 13; García de Enterría, Eduardo; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, pp. 371, 374 (al equiparar la expresión constitucional a la del artículo 139.1 LRJPAC) y 395, y Villar Rojas, Francisco José, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 30 y 128 —nota núm. 233.

[386] Aunque —al menos en lo que a mí me consta— ninguno de quienes creen que el artículo 106.2 CE consagra una responsabilidad administrativa de tipo objetivo la haya extraído expresamente.

sariamente, por una previa reforma de la Constitución, por una previa reforma del artículo 106.2 CE. ¿Debe compartirse esta interpretación? A mi modo de ver, rotundamente, no [387].

La cláusula general de responsabilidad civil de la Administración contenida en el artículo 106.2 CE presenta dos diferencias fundamentales respecto de las recogidas, sucesivamente, por el legislador, en los artículos 121.1 LEF, 40.1 LRJAE y 139.1 LRJPAC, y que impiden considerar que aquélla, como éstas, contemple, garantice y, en definitiva, imponga una responsabilidad objetiva global de la Administración.

La primera de dichas diferencias es la no alusión específica al funcionamiento *normal* de los servicios públicos por parte del artículo 106.2 CE. Como se sabe, tanto el artículo 121.1 LEF, como el artículo 40.1 LRJAE, como —después— el artículo 139.1 LRJPAC, aluden expresa y específicamente tanto al funcionamiento normal como al funcionamiento anormal de los servicios públicos, señalando que los particulares tendrán derecho a indemnización, indistintamente, en uno y otro caso. El artículo 106.2 CE, en cambio, afirma, textualmente, que «Los particulares [...] tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran [...], siempre que la lesión sea consecuencia del *funcionamiento de los servicios públicos*».

Quienes creen que dicho precepto constitucionaliza la responsabilidad objetiva global de la Administración han quitado importancia a esta diferencia. Se ha sostenido, incluso, que la

---

[387] Coincido, pues, con quienes han negado que el artículo 106.2 CE imponga la responsabilidad objetiva global de la Administración española: MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 341-342; CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 356-357; LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*, p. 15, nota núm. 3; CUETO PÉREZ, Miriam, «Avances y retrocesos...», *op. cit.*, pp. 280-281 (esta autora, recuérdese, se muestra favorable a la responsabilidad objetiva global de la Administración); DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 37-40; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, p. 463 (con mayor rotundidad que en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 251 y nota núm. 16). De hecho, también, GARRIDO FALLA, Fernando, «Los límites de la responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 187-188.

circunstancia de que el precepto no aluda al funcionamiento normal lo único que hace es reforzar y consolidar el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, en la medida en que pone de relieve que el constituyente ya no ha creído necesario (por obvio y conocido y asentado en el ordenamiento jurídico español) tener que recordar expresamente que la Administración responderá no sólo cuando funcione de forma anormal, sino, también, cuando lo haga de forma normal, de forma perfectamente regular. Dicho argumento ha llevado, incluso, a algún autor, a cuestionar la decisión del legislador postconstitucional (la LRJPAC; en concreto, el artículo 139.1) de recuperar la fórmula tradicional y volver a aludir específicamente tanto al funcionamiento normal como al anormal [388]. En cualquier caso, se dice, el hecho de que el constituyente, en el artículo 106.2 CE, no limite expresamente el derecho a resarcimiento a los supuestos de funcionamiento anormal (como por otro lado ha hecho cuando así lo ha estimado conveniente: artículo 121 CE) significa que el mismo nacerá también en caso de funcionamiento normal.

No creo que ésta sea la única interpretación posible. Parece razonable sostener que, al contrario, si el constituyente se ha apartado de la fórmula de la normativa precedente (artículos 121.1 LEF y 40.1 LRJAE) ha sido, precisamente, porque no ha querido decir lo mismo que ésta, porque no ha querido consagrar

---

[388] LEGUINA, en este sentido, ha afirmado que «El artículo 139 de la Ley [la LRJPAC] reproduce virtualmente el texto del artículo 106.2 de la Constitución, añadiendo dos precisiones: [...] 2) que el funcionamiento de los servicios públicos que genera la imputación de daños a la Administración puede ser tanto *normal* como *anormal*. [...] La segunda precisión es, en cambio, innecesaria, pues no puede haber duda de que la expresión constitucional "*funcionamiento de los servicios públicos*" comprende tanto el funcionamiento normal como el funcionamiento anormal, por lo que tan indemnizables son los daños que procedan de uno como de otro modo de funcionamiento. [...] La referencia explícita a uno y otro modo —normal y anormal— de funcionamiento de los servicios públicos o de realización de la actividad administrativa es, pues, un simple (aunque respetable) tributo a una fórmula legal que cuenta ya con notorio arraigo en nuestro ordenamiento, pero que no altera la naturaleza objetiva de la responsabilidad extracontractual administrativa» (LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», *op. cit.*, pp. 396 y 397). (La cursiva es del propio autor.)

e imponer una responsabilidad objetiva global de la Administración. La fórmula de los artículos 121.1 LEF y 40.1 LRJAE, en 1978, había ya calado en la jurisprudencia y en la doctrina, se encontraba, en definitiva, consolidada en el ordenamiento jurídico-administrativo español, y lo más lógico y sencillo, si el constituyente hubiera querido decir lo mismo que dichos preceptos, hubiera sido, qué duda cabe, mantenerla en su integridad y no suprimir la expresa distinción entre funcionamiento normal y anormal. Sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 106.2 CE, al margen de esta (y otra, la que veremos a continuación) diferencia, coincide literalmente con los preceptos legales que le precedieron. Que no puede equipararse la fórmula del artículo 106.2 CE a la de los artículos 121.1 LEF y 40 LRJAE lo demuestra, además, el hecho de que, años después, la LRJPAC (artículo 139.1) haya creído necesario, para mantener el carácter objetivo global de la responsabilidad patrimonial de la Administración, recuperar la fórmula de la normativa preconstitucional y distinguir expresamente, de nuevo, entre el funcionamiento normal y el anormal de los servicios públicos: ¿Por qué no ha transcrito, simplemente, la fórmula del artículo 106.2 CE? La razón no creo que deba buscarse, como se ha dicho, en «un simple tributo a una fórmula legal que cuenta ya con notorio arraigo en nuestro ordenamiento» [389].

Pero es que aunque el constituyente hubiera decidido mantener íntegramente la fórmula tradicional, y hubiera aludido expresamente al funcionamiento normal de los servicios públicos, habría que seguir negando que la Constitución impusiera la responsabilidad objetiva global de la Administración. ¿Por qué? Pues porque el artículo 106.2 CE, al ocuparse de la responsabilidad civil de la Administración, lleva a cabo una muy amplia

[389] Que la fórmula de la LRJPAC y la del artículo 106.2 CE no son equivalentes lo ha señalado GARRIDO FALLA. Este autor ha propuesto, como se sabe, reformar el artículo 139.1 LRJPAC y sustituir su referencia al funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos por la genérica alusión al funcionamiento de los servicios públicos contenida en el artículo 106.2 CE. Con ello bastaría, para dicho autor, para poner fin a la responsabilidad objetiva global de la Administración española (GARRIDO FALLA, Fernando, «Los límites de la responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 187-188).

remisión a la Ley: «Los particulares, *en los términos establecidos por la ley*, tendrán derecho a ser indemnizados...». Ésta es la segunda de las diferencias apuntadas entre este precepto constitucional y la normativa legal reguladora de la responsabilidad de la Administración. Una diferencia, claro está, vinculada a la posición que la Constitución ocupa en el sistema de fuentes español, como norma suprema que enumera los rasgos básicos del Estado y de cada uno de sus poderes (entre ellos, el ejecutivo y, dentro de él, la Administración) y que remite al legislador su desarrollo y concreción ulteriores.

La remisión que el artículo 106.2 CE efectúa a la Ley es, en efecto, muy amplia [390]. Tanto, que impide considerar que dicho precepto constitucional esté optando por un régimen concreto de responsabilidad administrativa. La amplia remisión al legislador explicaría, en este sentido, por qué el constituyente decidió no mantener la fórmula legal precedente y aludió, genéricamente, al «funcionamiento de los servicios públicos»: el constituyente, sencillamente, no ha querido decantarse por ninguna de las dos grandes alternativas que ofrece la responsabilidad civil (la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa), y ha preferido que sea el legislador quien decida, en cada momento, el alcance que presentará la responsabilidad de

---

[390] El Tribunal Constitucional, en el FJ 4.º de la STC 325/1994, de 12 de diciembre, ha señalado, en este sentido, que el derecho a indemnización por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos que se deduce del artículo 106.2 CE es un *derecho de configuración legal*, «por deferir a la Ley su regulación». También así lo ha entendido el Tribunal Supremo en —entre otras muchas— las SSTS (Sala 3.ª) de 5 de febrero de 1996 (Ar. 987) y 11 de marzo de 1999 (Ar. 3035). Ambas SSTS afirman con total claridad que «el principio de Responsabilidad Patrimonial proclamado en el artículo 106 de la Constitución [...] conlleva un derecho de los llamados de configuración legal. Es decir, que no se trata de un derecho que derive directamente de la Constitución, sino que exige la interposición de una Ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figure en la Ley ordinaria que lo regule, porque tras la primera coma del párrafo transcrito [el artículo 106.2 CE] se reconoce el derecho "en los términos establecidos por la Ley"» (FJ 1.º y 2.º, respectivamente).

Esta amplia remisión legal es la que ha llevado a la mayoría de los autores antes citados a negar que el artículo 106.2 CE imponga una responsabilidad objetiva global de la Administración.

la Administración; la amplia fórmula del artículo 106.2 CE cubre, así, tanto un sistema de responsabilidad que pivote en todo o en parte sobre el funcionamiento normal, como otro, más limitado, que lo haga exclusiva o preferencialmente sobre el funcionamiento anormal.

> Ello distingue al artículo 106.2 CE del artículo 121 CE, que limita el derecho a indemnización de los particulares (salvo en el caso de error judicial) a los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de justicia.

En mi opinión, esta decisión del constituyente merece ser compartida. La configuración del concreto sistema de responsabilidad civil de las Administraciones públicas no parece materia constitucional, no parece tarea del constituyente sino del legislador. El sistema de responsabilidad, como creo estar poniendo de relieve a lo largo del presente trabajo, es sólo una pieza más en el complejo sistema de protección de los particulares por parte del poder público, una pieza más que debe adaptarse a los cambios que experimenten las otras instituciones que integran dicho sistema, como, señaladamente, la expropiación o la seguridad social. Su régimen, por tanto, es un régimen dinámico, variable a lo largo del tiempo, que debe adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales, ideológicas y, por supuesto, económico-presupuestarias. Su configuración, por ello, no debe quedar petrificada en la Constitución, de reforma tan compleja y esencialmente excepcional, sino que debe ser confiada al legislador, capaz (encargado, en realidad) de llevar a cabo esa necesaria tarea de adaptación y de permanente actualización [391].

Que el artículo 106.2 CE no imponga un régimen de responsabilidad objetiva de la Administración y que remita al legislador la definición de los rasgos básicos de dicha institución no significa, sin embargo, ni mucho menos, que constituya una fórmula vacía. Al contrario, de su redacción se dedu-

---

[391] Del mismo modo que la Constitución, en su artículo 41, no impone un modelo rígido de seguridad social. Por otro lado, no dejaría de sorprender que la Constitución agotara, en sus rasgos básicos, la institución de la responsabilidad civil de la Administración cuando ni siquiera prevé la responsabilidad civil de los particulares.

cen determinados límites a los que el legislador se encuentra subordinado, y que no puede desconocer o sobrepasar al configurar el régimen de responsabilidad civil de la Administración. Estos límites son la necesidad de que se sufra un daño [392] (una «lesión»), que exista actuación administrativa, «funcionamiento de los servicios públicos» (imputación de primer nivel), y que aquel daño sea imputable objetivamente a dicha actuación administrativa (imputación de segundo nivel; se deduce de la exigencia de que «la lesión sea consecuencia» de la actuación administrativa y de la exclusión de la responsabilidad en caso de fuerza mayor) [393].

A estos límites que podemos llamar *operativos* o *de funcionamiento* [394] se suma un límite genérico, esencial, que se deduce del artículo 106.2 CE en su conjunto y que a mi modo de ver explica y justifica la inclusión de dicho precepto en el texto constitucional: con dicha norma, el constituyente ha querido establecer la *garantía institucional* de la responsabilidad civil de la Administración española [395]. El legislador, por ello, desde 1978, ya no puede desdibujar los rasgos definidores de dicha institución, los rasgos que permiten identificarla. Podría, sin duda, modificar el régimen vigente de responsabilidad objetiva global y optar por uno más limitado, sometido a

---

[392] Como no podía ser de otra manera en el marco de la responsabilidad civil.

[393] Manejo aquí las nociones de imputación de primer nivel y de segundo nivel que he concebido y desarrollado, con cierta amplitud, en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.* Volveré sobre ellas, brevemente, *infra*, en el epígrafe 4.3 del presente capítulo. Sólo repetir, aquí, porque a menudo se confunde, que (la teoría de) la imputación objetiva ni equivale a responsabilidad objetiva, ni pretende limitarla a través de una importación encubierta de elementos de la responsabilidad por culpa.

[394] Pueden ser considerados, también, límites *máximos* (el legislador no puede extender, ampliar la institución de la responsabilidad administrativa indefinidamente, más allá de dichos límites), por contraposición al que veremos inmediatamente, que representa un límite *mínimo* o *de mínimos*.

[395] También MONTORO considera que el artículo 106.2 CE contiene la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública (MONTORO CHINER, María Jesús, «L'assegurament de la responsabilitat...», *op. cit.*, pp. 2-6).

mayores requisitos (esto es, como se está viendo, lo que creo debería hacerse). Pero no podría eliminar la responsabilidad civil de la Administración. Ni, tampoco, hacerlo en sectores aislados de la actuación administrativa [396]. Y es que, como ya he señalado en el capítulo primero, el principal efecto del artículo 106.2 CE —y su principal mérito— es el de vincular la propia *concepción constitucional* de la Administración pública española al sometimiento a responsabilidad extracontractual: la Administración española, en su configuración constitucional, es una Administración *responsable*. Ello, en virtud de la garantía institucional del artículo 106.2 CE, no puede ser olvidado por el legislador.

---

[396] Como parece ocurrir, p. ej., en el sector de la supervisión administrativa de los fondos de pensiones. Según el artículo 11.3 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de planes y fondos de pensiones, «Con carácter previo a la constitución del fondo [de un fondo de pensiones] los promotores deberán obtener autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, a cuyos términos se acomodará la escritura de constitución. El otorgamiento de la autorización en ningún caso podrá ser título que cause la responsabilidad del Estado». Para MAGIDE, dicho precepto exonera de responsabilidad a la Administración supervisora y es inconstitucional porque la remisión que el artículo 106.2 CE hace a la Ley «no parece que permita la exclusión de la responsabilidad para un determinado sector de la actividad administrativa» (MAGIDE HERRERO, Mariano, «El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración...», *op. cit.*, p. 390). El Tribunal Constitucional, sin embargo, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad de dicho precepto, no lo ha entendido así. Para el tribunal, el artículo 11.3 de la Ley 8/1987 se ajusta a la Constitución porque «dada su dicción, debe entenderse que lo que en él se pretende es evitar que el mero hecho del otorgamiento de la autorización sea por sí solo bastante para poner en marcha el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por ello, no puede considerarse que en él quede neutralizado el mandato general de responsabilidad de la Administración consagrado en el artículo 106.2 CE si concurren los presupuestos a que se vincula el nacimiento de dicha responsabilidad» (FJ 19.° de la STC 206/1997, de 27 de noviembre, sobre la Ley 8/1987, de planes y fondos de pensiones). Como puede apreciarse, lo que afirma el tribunal en dicha sentencia (que, en lo referente al citado artículo 11.3, parece claramente interpretativa), lejos de desvirtuar lo que aquí se sostiene, lo confirma: el legislador no puede exonerar de responsabilidad civil a la Administración en sectores concretos, no puede neutralizar «el mandato general de responsabilidad patrimonial de la Administración consagrado en el artículo 106.2 CE».

3.8. La responsabilidad objetiva global de la Administración constituye un subsidio a las compañías aseguradoras privadas

Como es sabido, el ordenamiento español permite que las compañías aseguradoras recuperen de la Administración la cantidad satisfecha a sus asegurados cuando los daños por éstos sufridos sean imputables al funcionamiento de los servicios públicos y desencadenen la responsabilidad administrativa [397]. Ello tanto en los supuestos en que el daño es imputable al funcionamiento anormal de los servicios públicos como cuando lo es a su funcionamiento normal.

Aunque pocos autores se han ocupado con detenimiento de dicha cuestión, me atrevo a afirmar que buena parte de la doctrina española (incluyendo la partidaria de la responsabilidad objetiva global de la Administración) se muestra contraria a esta acción de regreso de las aseguradoras privadas contra la Administración. Sobre todo cuando trata de imputarse el daño al funcionamiento *normal* de los servicios públicos.

En este sentido, no hay duda de que L. Martín-Retortillo expresa un sentimiento generalizado cuando, en relación con el resarcimiento —en concepto de responsabilidad administrativa— pretendido (y finalmente obtenido) por las compañías aseguradoras en el caso del accidente del petrolero Urquiola, afirma que «Siempre se ha considerado que los riesgos del tráfico marítimo eran grandes —oscilando mucho a tenor de tantas

---

[397] El artículo 43.1 LCS lo permite al establecer, de forma general (y sin exceptuar en ningún momento a las Administraciones públicas), que «El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización».

Así lo admiten, en la doctrina, p. ej., García de Enterría, Eduardo; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, p. 414. Y, en la jurisprudencia, paradigmáticamente, la STS (Sala 3.ª) de 6 de marzo de 1985 (Ar. 2807), que condenó al Estado español a pagar a varias compañías aseguradoras los más de 2.000 millones de pesetas que habían tenido que satisfacer por el naufragio del petrolero Urquiola en el canal de entrada del puerto de La Coruña el 12 de mayo de 1976.

circunstancias cualificadas— pero daba la impresión que ello se reflejaba en la cuantía de las primas de los seguros, faceta esta primordial en todo el derecho marítimo. Es como si el asegurador hubiera cubierto de antemano sus riesgos proyectándolos sobre las primas que cobra a los asegurados. *Da la impresión, a simple vista, insisto, de que si el asegurador es indemnizado por la Administración pública está cobrando dos veces por un mismo concepto*» [398].

> PANTALEÓN, en un sentido parecido (aunque en términos más contundentes), y refiriéndose también al caso Urquiola, considera que «Es sencillamente aberrante, a mi juicio, que en nuestro Derecho resulte evidente que los aseguradores de daños (que cobraron las primas de sus seguros) puedan beneficiarse del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración para recuperar las indemnizaciones pagadas, subrogándose en las acciones de sus asegurados perjudicados. ¿Qué opinaría el lector si el conocido caso del petrolero Urquiola, cuya aseguradora fue cumplidamente indemnizada por nuestra Administración, hubiera sido de "funcionamiento normal de los servicios públicos" en el sentido de la doctrina dominante?» [399].

Este rechazo debe ser, a mi modo de ver, compartido. No veo, en efecto, por qué razón debe la colectividad subsidiar la actividad (suficientemente lucrativa, según parece) de las compañías privadas que aseguran los daños que puedan sufrir los

---

[398] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, p. 104. (La cursiva es mía.) En el mismo sentido, más adelante, en ese mismo trabajo, este autor afirma que en el artículo 2.2 de la Ley 52/1984, de 26 de diciembre, de indemnizaciones estatales por los daños causados a medios de transporte extranjeros, cuando se establece que el Estado podrá recuperar de las compañías aseguradoras de las víctimas las cantidades satisfechas, «se deja claro que el asegurador debe asumir los riesgos a que se ha comprometido (y, por ende, que la compensación que pague el Estado español no debe beneficiar a quien se haya resarcido ya a través de las primas correspondientes)» (*op. cit.*, p. 131, nota núm. 34).

[399] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 252, nota núm. 17 (idea reiterada en la p. 253). Como es sabido, la Administración fue condenada, en el caso del petrolero Urquiola, por el anormal funcionamiento del servicio público de cartografía marina y de información sobre el mar y el litoral (el naufragio se produjo por un error en las cartas náuticas de la zona).

particulares y asumir gratuitamente el riesgo de que la actuación correcta de la Administración (el funcionamiento normal de los servicios públicos) genere daños. Permitir que las aseguradoras recuperen de la Administración lo indemnizado en concepto de daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos significa reducir extraordinariamente (teniendo en cuenta que la responsabilidad objetiva de la Administración alcanza, incluso, a sus omisiones) el riesgo asumido por ellas en el desarrollo de su actividad empresarial, el riesgo que constituye, precisamente, su objeto. De ser aplicado verdaderamente por los tribunales el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración, las aseguradoras privadas de daños sólo servirían, en un número ingente de casos (aquellos en que el daño fuera imputable a las Administraciones públicas), de intermediarias entre la Administración y la víctima, de intermediarias que se limitarían a adelantar a sus asegurados la indemnización, incrementando enormemente los costes de gestión (los costes terciarios) del entero sistema.

Pero la solución, a mi juicio, no pasa, como se ha propuesto [400], por impedir que las compañías aseguradoras tengan derecho a ejercer la acción de responsabilidad contra la Administración. Esta solución, que requeriría la intervención del legislador y la modificación de la normativa que actualmente permite que las compañías aseguradoras recuperen lo satisfecho de quienes sean civilmente responsables, comportaría un aumento significativo de las primas a satisfacer por los asegurados, abriría una disparidad de régimen difícilmente justificable (¿por qué razón cuando el daño proviene de la Administración deben carecer las aseguradoras de acción de repetición y no, en cambio, cuando proviene de un particular?), generaría enormes problemas prácticos (¿qué ocurriría, p. ej., cuando el daño fuera imputable, conjuntamente, a la Administración y a un particular?) y, sobre todo, llevaría —en el caso de que no se permitiera a las víctimas aseguradas reclamar indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración y acumu-

[400] Así, p. ej., MONTORO, con distintos argumentos (MONTORO CHINER, María Jesús, «L'assegurament de la responsabilitat...», *op. cit.*, pp. 24-27).

larla a la percibida de su compañía aseguradora— a una insoportable irresponsabilidad administrativa (que alcanzaría no sólo al funcionamiento normal de los servicios públicos, sino, también, a su funcionamiento anormal) por la sola razón de encontrarse la víctima asegurada; irresponsabilidad administrativa inadmisible porque significaría renunciar, prescindir de la prevención y el control que aporta, como hemos visto y veremos aún, la responsabilidad civil y, en particular, la responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

La solución pasa, en mi opinión, por limitar el alcance de la responsabilidad civil de la Administración española. Si la responsabilidad de la Administración deja de ser objetiva en todos y cada uno de sus ámbitos de actuación, la colectividad dejará de subsidiar a las aseguradoras privadas, que volverán a asumir el riesgo que les es propio y que asumen en toda Europa: el riesgo de que el funcionamiento normal de los servicios públicos genere daños no será ya —siempre— asumido por la colectividad, sino por las aseguradoras privadas. Esta solución evita los problemas de la anteriormente expuesta, consistente en mantener el sistema con su alcance actual y negar el acceso al mismo a las compañías aseguradoras. Con una responsabilidad administrativa más limitada desaparecen o —al menos— se atenúan enormemente las reticencias que pueda plantear la acción de repetición ejercida por una compañía aseguradora [401].

Lo que el —razonable— rechazo de los administrativistas españoles a la resarcibilidad de las compañías de seguros pone

[401] Aceptar la acción de repetición de las compañías aseguradoras en los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos tiene aspectos positivos que conviene tener en cuenta: además de impedir la irresponsabilidad administrativa y fomentar, así, la prevención de daños y el control de la actuación de la Administración, la atribución de la acción de repetición a las compañías aseguradoras redunda en una disminución de las primas que beneficia a sus asegurados. Si, en efecto, las aseguradoras pueden recuperar parte de lo indemnizado a sus asegurados ejercitando la acción de repetición contra la Administración, las primas podrán ser menores. Por otro lado, no parece que entre los riesgos que deben acabar soportando las compañías aseguradoras deba incluirse el funcionamiento anormal de los servicios públicos: si no deben soportar la actuación culposa de los particulares, no veo por qué tendrían que soportar la actuación culposa de la Administración.

de relieve, en el fondo, es que la amplitud que se quiere conceder al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (en concreto, a las hipótesis de responsabilidad por el funcionamiento *normal* de los servicios públicos) depende, en gran medida, de quién aparezca como víctima, o, mejor, de quién vaya a obtener la indemnización pública. Si se trata de indemnizar a un particular desvalido, nadie o casi nadie duda que deba nacer la responsabilidad administrativa, incluso en ausencia de toda anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos; si, en cambio, se trata de indemnizar a un sujeto económicamente poderoso, como una compañía de seguros, la disposición a ampliar el alcance de la responsabilidad administrativa mengua drásticamente. Ello es perfectamente comprensible. Y justo. Pero pone de manifiesto que la responsabilidad civil de la Administración es utilizada como forma de solidaridad con las víctimas, como vehículo de redistribución de renta. Pone de manifiesto, en definitiva, que la responsabilidad por el funcionamiento *normal* de los servicios públicos (la responsabilidad objetiva de la Administración) es manejada a menudo como una herramienta de *seguridad social*. Y la responsabilidad civil, como hemos visto y veremos todavía, no es apta para tales cometidos.

El análisis de las dudas que suscita la resarcibilidad de las aseguradoras privadas nos ha permitido encontrar un buen *test* de la responsabilidad patrimonial de la Administración, un buen test de cuál debe ser su alcance, qué debe quedar incluido en la órbita de la responsabilidad y qué debe quedar fuera, siendo asumido por instituciones fronterizas como la seguridad social: la responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir, debe reparar aquellos daños que parece deben ser reparados con independencia de la situación del destinatario de la indemnización (con independencia de que el destinatario sea rico o pobre); en aquellos casos en que el nacimiento de responsabilidad administrativa parezca que debe depender de la situación en que se encuentre el destinatario de la indemnización (si se encuentra necesitado, habrá derecho a indemnización, pero no si se trata de un sujeto económicamente poderoso —como, señaladamente, una compañía de seguros—) nos encontraremos, en realidad,

ante una hipótesis merecedora, eventualmente, de seguridad social, pero no de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Este test pragmático permite explicar, p. ej., por qué debe nacer la responsabilidad de la Administración cuando un agente administrativo causa un daño dolosamente a un tercero: la Administración, en un caso semejante, debe indemnizar aunque quien aparezca como reclamante no sea la víctima sino su compañía de seguros; del mismo modo que la aseguradora no está obligada a soportar el dolo —la mala fe— de su asegurado (artículo 19 LCS), tampoco parece que deba asumir el riesgo de que terceros actúen dolosamente, estando plenamente justificada su acción de regreso contra la Administración (sería inadmisible, además, que ni la Administración ni —luego, internamente, en vía de regreso— el concreto agente respondieran). Permite explicar, asimismo, por qué no debe nacer la responsabilidad de la Administración (sin perjuicio de las compensaciones que la Seguridad Social pueda prever) en supuestos en que el servicio público ha funcionado correctamente: en el famoso caso de los aneurismas gigantes [402], p. ej., donde el servicio público de asistencia sanitaria funcionó de forma correcta, muy posiblemente no se hubiera condenado a la Administración si quien hubiera reclamado la responsabilidad hubiera sido la compañía aseguradora de la víctima; ello hubiera sido perfectamente justificado: las compañías de seguros deben asumir el riesgo de que sus asegurados sufran daños como consecuencia de actuaciones sanitarias impecables desde el punto de vista de la *lex artis*.

3.9. La responsabilidad objetiva global de la Administración es insostenible económicamente. La responsabilidad patrimonial no puede erigirse en el criterio determinante del volumen de actuación de las Administraciones públicas

Llegamos aquí al que seguramente ha sido el argumento más utilizado en contra de la responsabilidad objetiva global de la

[402] STS (Sala 3.ª) de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115), antes citada.

Administración española: un sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración es —potencialmente— inasumible económicamente. En otras palabras: es demasiado caro [403].

Los partidarios del sistema vigente replican que ello no es cierto, que la responsabilidad patrimonial de la Administración española es objetiva desde hace más de cuarenta años y no ha sido nunca inasumible económicamente. Aportan, en su defensa, datos sobre el montante de las indemnizaciones satisfechas en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración que así lo acreditan. Y concluyen que el problema ha venido de algunas sentencias aisladas que han interpretado mal el sistema vigente y lo han llevado más allá de sus fronteras, de unas fronteras perfectamente delimitadas que no amenazan al presupuesto de las Administraciones públicas [404].

En mi opinión, el carácter potencialmente inasumible de un sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración es indiscutible. El sistema español no es ni ha sido, de momento, especialmente caro [405]. Seguramente es y ha sido, incluso,

---

[403] Por todos, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, pp. 239, 248, 249, 251 y 252. Antes de él, habían apuntado el peligro que para el erario público podía representar el sistema vigente (o, al menos, su interpretación extensiva) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 647, y NIETO GARCÍA, Alejandro, «Prólogo», *op. cit.*, pp. 17-18.

El argumento económico (la excesiva onerosidad de la responsabilidad objetiva) es también alegado habitualmente en el extranjero para oponerse a ulteriores ampliaciones de las hipótesis de responsabilidad objetiva de la Administración. Así, p. ej., en Francia, DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, pp. 343-344; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», *op. cit.*, pp. 73-74.

[404] En este sentido, MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos...», *op. cit.*, pp. 212 y 220-221; LEGUINA VILLA, Jesús, «Prólogo», *op. cit.*, pp. 16-17, y, en 1984, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 4-5 (Prólogo a la reedición de 1984).

[405] He aportado y analizado los datos relativos al montante indemnizatorio que ha tenido que afrontar el Servicio Catalán de la Salud en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 33-38. En 1996, la prima de la póliza del seguro de responsabilidad civil suscrito por el Servicio Catalán de la Salud ascendió —sólo— a 390 millones de pesetas.

barato [406]. Pero lo ha sido porque la jurisprudencia, sencillamente, no lo ha aplicado [407]. La jurisprudencia siempre —o casi siempre— trata de identificar un funcionamiento anormal de los servicios públicos que justifique el nacimiento de responsabilidad administrativa. Y responsabilidad objetiva significa responsabilidad también en caso de funcionamiento perfectamente normal. En otro lugar he explorado cuáles son los límites de la responsabilidad objetiva, cuál es su alcance [408]. No creo que pueda llegarse mucho más lejos en la delimitación de la responsabilidad objetiva. Ir más lejos significaría desvirtuarla, transformarla en una responsabilidad por culpa o antijuricidad. Y la responsabilidad objetiva así entendida, así configurada y delimitada, es muy amplia [409]. Tanto, que puede considerarse, sin exagerar, que, mediando relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño sufrido por la víctima [410], la regla debe ser el nacimiento de responsabilidad administrativa y su exoneración la excepción.

La situación potencialmente desbordante del sistema español de responsabilidad administrativa se ve agravada enorme-

---

[406] Comparándolo con otros sistemas de responsabilidad administrativa y hasta con lo que pagan en concepto de responsabilidad civil y en primas de seguros de responsabilidad algunos profesionales (médicos, señaladamente) en otros países.

[407] Así lo he señalado en MIR PUIGPELAT, Oriol, «La reforma del sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1015; en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 38-39, y *supra*, en el epígrafe 2 del capítulo primero del presente trabajo.

[408] De nuevo en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*

[409] Los resultados a que aboca en el ámbito sanitario, en las diferentes fases de la actividad médico-quirúrgica, han sido expuestos (partiendo de supuestos jurisprudenciales [en los que a menudo se exoneró —incorrectamente— de responsabilidad a la Administración]) en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 266-276.

[410] Incluso en ausencia de relación de causalidad puede nacer la responsabilidad de la Administración. Ello ocurre en los supuestos de responsabilidad por omisión. Véase, al respecto, MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 241-244 (donde equiparo la responsabilidad por omisión de la Administración a la comisión por omisión del Derecho penal).

mente por un elemento que lo caracteriza y singulariza y que no ha sido lo suficientemente destacado por la doctrina —ni siquiera por la más crítica—: el *principio de reparación integral*. El Derecho administrativo español de responsabilidad civil, en efecto, en su afán de proteger a las víctimas, les garantiza la reparación integral de los daños que puedan sufrir [411]. Se

[411] El principio de reparación integral no viene impuesto por el artículo 106.2 CE (que establece que los particulares serán «indemnizados», no ya que deban ser *íntegramente* indemnizados; la cuestión, de nuevo, queda en manos del legislador). Pero se deduce del artículo 141.2 LRJPAC y su genérica remisión a las «valoraciones predominantes en el mercado»: no se imponen límites cuantitativos, sino que debe entregarse a la víctima el valor de mercado del daño por ella sufrido, sea cual sea su importe (SALVADOR CODERCH, Pablo; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «Problemas de la responsabilidad civil en Derecho español», en *Europa e dir. priv.*, núm. 2, 1999, p. 434; quienes creen, sin embargo, que ello viene matizado por la circunstancia de que el valor de mercado no sea el único criterio de valoración empleado por dicho precepto. Siendo ello cierto, no lo es menos que los otros criterios de valoración aludidos por el citado artículo 141.2 LRJPAC —los establecidos en la legislación de expropiación forzosa, en la legislación fiscal y demás normas aplicables— conducen, casi siempre, en la práctica, al valor de mercado —así, p. ej., en aplicación del artículo 43 LEF, el precepto que con mayor frecuencia se emplea en las valoraciones efectuadas con motivo de expropiaciones no urbanísticas—).

Que la responsabilidad de la Administración española queda sometida al principio de reparación integral lo afirman, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, pp. 412-415; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 13 y 67-76 (téngase en cuenta lo que sobre dicho autor se dirá dentro de dos notas); PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual..., op. cit.*, pp. 697-698 (criticando la equiparación entre valor real y valor de mercado); SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 493; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I..., op. cit.*, pp. 666-667; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial..., op. cit.*, pp. 234-236, y DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad..., op. cit.*, pp. 84-85.

También la jurisprudencia defiende —al menos teóricamente— el principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad de la Administración. Baste citar, a este respecto, la STS (Sala 3.ª) de 28 de noviembre de 1998 (Ar. 10358) y las allí enumeradas. En la práctica, sin embargo, a menudo se producen situaciones de infracompensación, de reparación inferior al daño efectivamente sufrido.

trata de una muestra más de su generosidad. Pero también de su total singularidad: en Derecho civil la responsabilidad objetiva se caracteriza, precisamente, en prácticamente todo el mundo, por venir acompañada —casi siempre— de límites cuantitativos a la indemnización[412].

---

[412] En España, la responsabilidad objetiva de los particulares viene ordinariamente acompañada de límites indemnizatorios cuantitativos. Así ocurre, p. ej., en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea (artículos 117-119; la cuantía de dichos límites ha sido actualizada por Real Decreto 37/2001, de 19 de enero); en la Ley 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear (artículos 45, 52 y 57); en la LRPD (artículo 11); o en la LRSCVM (artículo 1.2 y anexo). Esta última norma, desde 1995, no sólo limita cuantitativamente las indemnizaciones por daños personales derivados de la circulación de vehículos a motor, sino que las barema. Esta introducción de baremos indemnizatorios ha des-atado, como es sabido, una encendida polémica doctrinal; los términos fundamentales de la misma (los argumentos suministrados por PANTALEÓN y el Tribunal Supremo en contra de la constitucionalidad de dichos baremos, así como la réplica de RUBIO LLORENTE) se encuentran perfectamente explicados —y ponderados— en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 223-234. Los baremos de la LRSCVM fueron objeto, incluso, de diversas cuestiones de inconstitucionalidad, resueltas por la STC 181/2000, de 29 de junio. En ella, el Tribunal Constitucional (con la oposición de cuatro de sus componentes) ha declarado la inconstitucionalidad parcial de dicho sistema de baremos en la medida —sobre todo— en que somete a límites indemnizatorios no sólo los daños personales causados sin culpa, sino también los daños personales irrogados por *culpa* exclusiva de los sujetos responsables. El Tribunal Constitucional, para el que resulta injustificado (contrario al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad contenido en el artículo 9.3 CE) que la víctima deba asumir parte del daño sufrido cuando éste tenga su origen en un comportamiento culposo del sujeto responsable, ha venido así a constitucionalizar, de hecho, el principio de reparación integral de los daños irrogados de forma dolosa o imprudente. Sobre dicha sentencia, críticamente (por mantener en sus rasgos fundamentales el sistema de baremos de la LRSCVM), puede verse PINTOS AGER, Jesús, «STC de 29/6/00, sobre el baremo», en *InDret*, http://www.indret.com, núm. 3, 2000. La doctrina sentada en esta STC 181/2000 ha sido confirmada por las SSTC 242 y 244/2000, de 16 de octubre, 267/2000, de 13 de noviembre, y 21/2001, de 29 de enero, resolviendo todas ellas recursos de amparo (no todas ellas, sin embargo, otorgan amparo al recurrente; lo hacen sólo la 242/2000 y la 21/2001).

La sumisión de la responsabilidad objetiva a límites indemnizatorios cuantitativos es también la regla general en el Derecho civil alemán; en Alemania, además, la práctica totalidad de las normas que establecen hipótesis de responsabilidad objetiva excluye el resarcimiento de los daños morales (KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, *op. cit.*, pp. 146-147; DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 446-447).

> Con ello no quiero decir que haya que introducir límites cuantitativos a las indemnizaciones satisfechas por la Administración ni, mucho menos, que haya que baremarlas [413]. Lo que en mi opinión debe hacerse, como vengo diciendo a lo largo del presente trabajo, es limitar el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa; incidir, pues, en la *imputación* de daños, no en la *cuantificación* de los mismos. Con una responsabilidad administrativa más limitada, ajustada y adaptada a las funciones que verdaderamente le corresponden, no hay ningún inconveniente en mantener el principio de reparación integral de las víctimas. Que la Administración, cuando verdaderamente deba indemnizar, indemnice de verdad.

De decidirse, por tanto, la jurisprudencia, a aplicar el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración impuesto por la normativa vigente (de decidirse, en definitiva, a aplicar la Ley, a dejar de emanar sentencias ilegales, y a dar efectividad a la insólita combinación de responsabilidad objetiva global y principio de reparación integral contemplada y deseada por el ordenamiento jurídico-administrativo español), siguiendo el ejemplo de las sentencias aisladas que ya lo han hecho —con toda corrección, debe decirse—, se disparará, sin ninguna duda, el montante indemnizatorio que las Administraciones públicas deberán satisfacer en concepto de responsabilidad patrimonial. Y se situará, a buen seguro, en magnitudes inasumibles. Téngase

---

Los límites cuantitativos son previstos, fundamentalmente, para facilitar el aseguramiento de la responsabilidad objetiva. Como ya sabemos, responsabilidad objetiva y seguro de responsabilidad civil forman una unión prácticamente inescindible.

[413] Como, en cambio, parece proponer uno de los más acérrimos defensores del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración y de la máxima garantía de las víctimas, JORDANO FRAGA, Jesús, «La reforma del artículo 141...», *op. cit.*, pp. 325 y 335-336.

L. MARTÍN-RETORTILLO y MARTÍN REBOLLO se han mostrado favorables a la introducción de ponderadas limitaciones cuantitativas y baremos legales en el ámbito de la responsabilidad de la Administración, aunque parece que lo han hecho más animados por el deseo de limitar el arbitrio (y la arbitrariedad) judicial y evitar las numerosas discriminaciones que el actual sistema produce que por la voluntad de restar garantías a las víctimas y salvaguardar los intereses de la Hacienda Pública (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, pp. 106-108; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2811).

en cuenta un solo dato: a enero de 1998, el Estado (sólo el Estado, no las Comunidades autónomas y los entes locales y sus respectivos entes instrumentales) era objeto de reclamaciones judiciales de responsabilidad patrimonial, por todos los conceptos, por un importe superior al *billón* de pesetas (concretamente, y de forma aproximada, 1.100.000.000.000 ptas.) [414]. Esta cifra sí es importante, sí es inasumible, desmesurada. Naturalmente, muchas de estas reclamaciones deberán ser desestimadas. Pero muchas otras (la mayoría, seguramente, teniendo en cuenta la generosidad del sistema vigente) no; merecerán indemnización, indemnización integral. La actual actitud de la ciudadanía, además, tan alejada de la tradicional resignación ante los infortunios, permite pensar que la cifra de reclamaciones, lejos de disminuir, seguirá incrementándose progresivamente.

Llegados a este punto resulta inadmisible tratar de justificar el mantenimiento del sistema alegando que la jurisprudencia ya se encargará (se seguirá encargando), aun a costa de subvertir los principios que lo inspiran, de que el mismo siga moviéndose dentro de magnitudes razonables. La tarea del juez es la de aplicar e —en la medida en que lo exija dicha aplicación— interpretar la Ley, no la de corregirla, modificarla o derogarla. Se impone, por ello, limitar la responsabilidad de la Administración. Limitación que debe provenir del legislador y que ha de servir para evitar que se llegue a la situación expuesta, a la situación a la que el régimen actual indefectiblemente aboca.

> No hay duda de que el coste económico de un sistema de responsabilidad civil debe ser tenido muy en cuenta a la hora de valorar su idoneidad y la necesidad de su mantenimiento o de su reforma [415]. Sobre todo cuando se trata del sistema de responsabilidad civil de la Administración, nutrido por recursos públicos. En la doctrina española ha sido L. MARTÍN-RETORTILLO quien

[414] Información aparecida en *El País* (pp. 16-17 del suplemento «Domingo») de 18 de enero de 1998.

[415] Así parece entenderlo, también, la doctrina española partidaria del sistema vigente de responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que no afirma que el mismo deba ser mantenido cueste lo que cueste, sino que alega, en su defensa, que no ha resultado, hasta la fecha, inasumible económicamente.

> más y mejor ha insistido en la necesidad de tener en cuenta el aspecto económico y presupuestario también en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la necesidad de someter —también— a dicha institución al artículo 31.2 CE y a los principios de eficiencia y economía en la asignación de los recursos públicos [416].

Tratemos de imaginar un escenario en que realmente se aplicara el régimen de responsabilidad objetiva global y de reparación integral previsto por el ordenamiento jurídico-administrativo español. Ante la explosión del volumen de indemnizaciones que habría que satisfacer en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración sólo cabrían dos opciones: la primera, aumentar los recursos de la Administración, es decir, incrementar (en la medida en que la mayor parte de los recursos de la Administración provienen de los impuestos) la presión fiscal sobre los ciudadanos. Aumentando convenientemente (esto es, considerablemente) los recursos de la Administración, ésta podría hacer frente al mayor volumen indemnizatorio sin tener que reducir su volumen de actividad. Con independencia de si resulta conveniente canalizar tantos recursos públicos a través del sistema de responsabilidad administrativa [417], lo cierto es que el contexto liberalizador actual no parece —lamentablemente— muy propicio para aumentar la presión fiscal: actualmente, pocos partidos políticos se atreven a presentarse a unas elecciones proponiendo subidas generalizadas de impuestos. La segunda opción, más factible, sería la de reducir el nivel (el volumen, la cantidad) de actividad de las Administraciones públicas: prestar menos asistencia sanitaria, menos educación, menos asistencia social, menos actividad informativa, organizar menos eventos festivos, etc. [418] Replegándose, la Administra-

---

[416] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, p. 101 (y, en general, en todo el trabajo).

[417] *Infra*, en el epígrafe 3.11 del presente capítulo, veremos que no lo es.

[418] Ello, según DESDENTADO DAROCA, es poco probable que suceda. Para esta autora, «Es evidente que, en la mayor parte de las ocasiones, la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad no va a llevar consigo una reducción del coste de accidentes, entre otras razones, porque no se va a producir, ni los ciudadanos quieren que se produzca, una disminución del nivel de actividad administrativa que los genera, ya que ésta satisface intereses generales»

ción posiblemente podría hacer frente a la responsabilidad objetiva global contenida en la LRJPAC sin requerir mayores recursos [419].

> El estímulo de menores niveles de actividad es visto, precisamente, como una de las principales virtudes de la responsabilidad objetiva. En efecto, como hemos visto en el epígrafe 1.2 del presente capítulo, en Derecho civil se sostiene que la responsabilidad objetiva, pese a no estimular mayores inversiones en medidas de seguridad que la responsabilidad por culpa, sí induce a reducir el nivel de actividad y, de esta forma, a reducir el riesgo de producción de daños y el número y gravedad de los mismos. En ello radica —según se dice— el positivo efecto preventivo de la responsabilidad objetiva.

¿Es deseable dicho repliegue en la actividad administrativa (en una actividad administrativa destinada a dar efectividad al carácter *social* del Estado español: artículo 1.1 CE)? Y, sobre todo —en lo que aquí interesa—, ¿el volumen de actividad de la Administración pública —su nivel de intervención, el alcance de los servicios públicos— debe depender del régimen de responsabilidad patrimonial? No. Ni la Administración ni, en general, los poderes públicos pueden abandonar determinadas parcelas prestacionales, desoyendo los mandatos contenidos, sobre todo, en el Capítulo tercero del Título primero de la Constitución (mandatos derivados de la configuración de España como un Estado social); ni el nivel de intervención de la Administración española (el alcance, el volumen de los servicios públicos, de la acción administrativa; el alcance, en definitiva, del Estado social) puede depender, quedar en manos del sistema de responsabilidad patrimonial.

(DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, p. 552; de nuevo en la p. 553). Yo soy menos optimista: en los Estados Unidos de América, con motivo de la crisis de las aseguradoras que tuvo lugar en dicho país durante la primera mitad de los años ochenta, municipios y otros entes públicos cerraron sus piscinas, centros de juegos y hasta prisiones por miedo a la responsabilidad civil (TUNC, André, *La responsabilité..., op. cit.*, p. 172).

[419] A no ser, claro, que cupiera entender que la inactividad (el repliegue) de la Administración desencadenara su responsabilidad por omisión...

Es innegable que el coste de los daños derivados de la acción administrativa es un dato que debe tenerse muy en cuenta en el momento de fijar cuál será el alcance de la misma, en el momento de decidir dónde y en qué medida intervendrá la Administración. Pero dicho elemento, aunque importante, no puede ser el único, no puede erigirse en el criterio determinante del alcance que deba tener la acción pública. Junto a los daños potenciales de la acción administrativa deben tenerse también en cuenta los *beneficios* que la colectividad extraerá de la misma. La Administración no puede dejar de prestar un servicio público (o, en general, llevar a cabo una determinada actividad) muy beneficioso para la colectividad por miedo a no poder afrontar los daños que puedan derivarse del funcionamiento perfectamente normal del mismo. Ello nos lleva de nuevo a lo dicho en el epígrafe 3.4 del presente capítulo sobre la improcedencia de equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la actuación con ánimo de lucro de los particulares: si la imposición de responsabilidad objetiva y su efecto de obligar a reducir el nivel de actividad (y hasta de suprimir la propia actividad, eventualmente [420]) cuando no es posible asumir el coste de todos los daños que la misma (aun desarrollada de forma impecable) genera, parece razonable cuando se trata de actividades privadas (normalmente peligrosas) desarrolladas para la obtención de un beneficio (normalmente económico) particular, lo es mucho menos cuando la actividad es ejercida por la Administración para dar satisfacción al interés general y beneficiar a toda la colectividad.

---

[420] Como hemos visto al ocuparnos de los argumentos suministrados en Derecho civil en favor de la responsabilidad objetiva, se considera que una de sus grandes virtudes es la de expulsar del mercado (esto es, obligar a cerrar, a suprimir la actividad) a aquellas empresas que no sean capaces de asumir el coste de los daños que generen. La responsabilidad objetiva opera, así, como un eficaz instrumento de racionalización del mercado. ¿Tiene sentido aplicar el argumento a la Administración y considerar que la responsabilidad objetiva es útil y necesaria para depurar los servicios públicos —y hasta las Administraciones públicas— que cabe abolir?

3.10. La responsabilidad objetiva global no satisface adecuadamente la función de control que corresponde a la responsabilidad civil de las Administraciones públicas

En el epígrafe 2 del capítulo tercero hemos constatado que una de las funciones principales que debe satisfacer todo sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración es la de control del buen funcionamiento de la actividad administrativa. Allí hemos dejado formulada una pregunta: ¿Cumple adecuadamente el sistema español de responsabilidad administrativa dicha función? Ha llegado el momento de responderla. Y la respuesta es que no: el sistema español de responsabilidad administrativa no cumple adecuadamente la función de control que le corresponde. No la cumple, precisamente, porque se configura como una responsabilidad objetiva global. Como una responsabilidad totalmente independiente de cómo se ha desarrollado la actuación administrativa. Si, como sostiene la doctrina partidaria del sistema vigente, resulta indiferente, para que nazca la responsabilidad administrativa, cuál ha sido la conducta de la Administración, y sólo importa la circunstancia de que haya producido un daño, mal podrá servir la institución de la responsabilidad para controlar dicha conducta. Si la responsabilidad ha de nacer tanto cuando la Administración ha funcionado mal, como cuando ha funcionado bien, no tiene ninguna utilidad tratar de averiguar cuál ha sido su conducta. No hay nada que controlar. La responsabilidad se configura como un instrumento —casi— exclusivamente reparatorio. Y se pierde la oportunidad de atribuir a la responsabilidad civil la benéfica función de control que sirva para mejorar el funcionamiento de los servicios públicos.

Si, en cambio, el sistema de responsabilidad pasara a pivotar fundamentalmente sobre la conducta de la Administración, si a los efectos del nacimiento del deber de indemnizar no resultara indiferente que la Administración hubiera actuado bien o mal (si, en definitiva, la responsabilidad administrativa pivotara sobre la idea del funcionamiento *anormal* de los servicios públicos), la institución cumpliría satisfactoriamente con la función de control que le corresponde y que la diferencia —junto a las

funciones de prevención y de demarcación— de otras básicamente compensatorias (como la seguridad social o, en general, los fondos de compensación de daños, que ya conocemos).

Que el control de la Administración sólo puede llevarse a cabo vinculando su responsabilidad patrimonial al funcionamiento *anormal* de los servicios públicos, al desarrollo incorrecto de la acción administrativa, lo ha señalado, sobre todo, en la doctrina española, MARTÍN REBOLLO [421]. Se ha insistido mucho en ello, también, en la doctrina francesa. En Francia se considera a menudo que la responsabilidad por culpa (por *faute de service*) tiene la ventaja de permitir controlar la actuación administrativa, de permitir valorar y juzgar cuál ha sido el funcionamiento de la Administración en el caso concreto y si el mismo ha respetado o no el modelo de conducta administrativa diseñado por el ordenamiento. La responsabilidad objetiva, en cambio, impediría dicho control, dejaría las manos libres a la Administración para actuar como quisiera: bajo una responsabilidad objetiva, la Administración puede hacer lo que quiera siempre que indemnice; no hay fiscalización de la Administración, sólo hay un deber de indemnización impuesto sin una previa investigación de cómo ha actuado la Administración; la condena de la Administración, bajo un régimen de responsabilidad objetiva, no lleva aparejada la reprobación inherente a la responsabilidad por culpa [422].

> Este menor control derivado de la responsabilidad objetiva genera, a juicio de DELVOLVÉ, una relajación de la Administración y un mayor número de daños (la responsabilidad por *faute* tendría, así, un mayor efecto preventivo que la objetiva): «En un caso concreto, aisladamente considerado, la víctima de un daño

---

[421] MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 360-361 y 365-367. También, de hecho, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, al predicar la función de control únicamente de los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 211-212; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, p. 395.

[422] DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, pp. 341-343; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», *op. cit.*, p. 73; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 115 y ss., 138-139, 167 y ss., 181-183.

encuentra evidentemente ventajoso beneficiarse de un sistema de responsabilidad sin culpa: su indemnización se ve facilitada. Le importa, sobre todo, que se le conceda reparación.

Pero, desde un punto de vista general, los administrados encuentran una protección cierta en el sistema de responsabilidad por culpa. Éste permite censurar los comportamientos condenables de las Administraciones, sobre todo aquellos que el control de legalidad es incapaz de captar. Impide los abusos; los servicios públicos no son libres de hacer cualquier cosa.

Si, al contrario, la Administración es consciente de que, sea cual sea su comportamiento, deberá responder de las consecuencias de sus actos, sin tener que temer el juicio de dichos actos, su atención se relajará inevitablemente. Teniendo asegurada igual impunidad en cuanto a su actitud e igual responsabilidad en cuanto a los efectos que la misma genere, la Administración no tendrá que preocuparse de las normas que debe respetar. Esta situación conducirá a la multiplicación de los abusos y, también, a la de los daños» [423].

La necesidad de que la responsabilidad civil se configure como una herramienta de control de la Administración y del buen funcionamiento de los servicios públicos —del correcto desarrollo de la acción administrativa— justifica, por otro lado, los enormes costes de gestión y administración (costes terciarios) de la propia institución de la responsabilidad civil, en general, y de la responsabilidad por culpa, en particular. Como hemos visto en el epígrafe 1.2 del presente capítulo, una ventaja que la responsabilidad objetiva presenta sobre la responsabilidad por culpa es la de su menor coste de administración. Con independencia de que dicha ventaja sea verdaderamente tal (como se ha dicho entonces, es muy posible que una responsabilidad objetiva genere un mayor número de reclamaciones y, de esta forma, mayores costes terciarios que una responsabili-

[423] DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, p. 343. Para este autor, la responsabilidad por culpa y el control que la misma incorpora no benefician sólo a los administrados, en los términos —literales— acabados de exponer, sino, también, a la Administración: la responsabilidad por culpa indica a la Administración cómo debe actuar en el futuro si quiere evitar la condena indemnizatoria (*op. cit.*, p. 342).

dad por culpa [424]), los mayores costes terciarios de la responsabilidad por culpa de la Administración se encuentran perfectamente justificados por la finalidad de controlar el buen funcionamiento de la acción administrativa: el plus de coste derivado de la necesidad de examinar cuál ha sido el funcionamiento de la Administración, y si ha sido correcto o no (gastos de prueba del funcionamiento anormal de la Administración: coste de los peritos y de los peritajes, mayor tiempo requerido, etc.) es útil y sirve para controlar a la Administración, no es dinero gastado en vano. Los —teóricamente— superiores costes terciarios de la responsabilidad por culpa aparecen así como mucho más útiles y necesarios que los inferiores de la responsabilidad objetiva. Vale más la pena (resulta más rentable), pues, gastar en (instaurar una) responsabilidad por culpa que en responsabilidad objetiva: la primera, además de indemnizar a la víctima (cuando proceda), permitirá controlar a la Administración; la segunda, —quizá— un poco más barata, sólo servirá para indemnizar.

Que la responsabilidad objetiva no sea apta para controlar a la Administración no es, a mi modo de ver, un defecto menor que pueda ser compensado con otras —supuestas— virtudes de este tipo de responsabilidad. Como he tratado de explicar en el capítulo precedente, la función de control es fundamental en la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un sistema de responsabilidad patrimonial que no sirva para controlar a la Administración y el correcto desarrollo de su actividad pierde, a mi juicio, su justificación, su razón de ser, y merece ser sustituido por otros mecanismos públicos de compensación de daños (fondos públicos ajenos a la idea de responsabilidad) que indemnizan más deprisa y de una forma más económica (con menores costes de gestión). Se entiende, así, que el argumento trazado en el presente epígrafe en contra de la responsabilidad objetiva global de la Administración (en contra del sistema vigente en España) sea uno de los más importantes, de los más convincentes.

---

[424] Para DESDENTADO DAROCA los costes terciarios son mayores bajo un régimen de responsabilidad objetiva de la Administración que bajo una responsabilidad por culpa (DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, p. 553).

3.11. La responsabilidad civil no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad social: la función redistributiva no corresponde a la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino a instituciones distintas, como la seguridad social

Es un lugar común en la doctrina administrativista española partidaria de la responsabilidad objetiva global de la Administración afirmar que la misma se justifica, en último término, por razones de *solidaridad*. El sistema de responsabilidad objetiva global resulta —se dice— más solidario con las víctimas de la actuación administrativa porque les garantiza indemnización en un número mayor de supuestos. El sistema de responsabilidad objetiva sería, así, más *progresista* que otro dotado de un alcance más limitado. Con ello se trata de fundamentar el régimen de responsabilidad vigente mediante un argumento claramente ideológico, argumento que pretende ser definitivo y que, en efecto, parece haber calado muy hondo en la doctrina de nuestro país [425].

Dicho argumento es, por supuesto, fácilmente rebatible por quien parta de premisas ideológicas opuestas. Quien, desde planteamientos conservadores, abandere el Estado mínimo o, al menos, una reducción de su actual tamaño, y niegue la necesidad de que la colectividad se muestre solidaria con las víctimas de la actuación administrativa, no tendrá inconveniente —ideológico— en defender sistemas de responsabilidad administrativa más modestos (y menos caros; es decir, que requieran una menor presión fiscal para su sostenimiento); o, incluso, la propia supresión de la responsabilidad administrativa y su sustitución por un sistema de seguros privados suscritos voluntariamente por las víctimas potenciales (sistema en el que quienes sufran daños sin

---

[425] La vinculación del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración española a la solidaridad y, en general, al progresismo ideológico explica, a mi modo de ver, en gran medida, que hayan tardado tanto en producirse las reacciones críticas que ahora dividen a nuestra doctrina: durante muchos años, cuestionar el sistema vigente de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido casi tanto como poner en duda el carácter social del Estado español.

haber suscrito póliza de seguro y carezcan de recursos para hacerles frente dispondrán, únicamente, de la *caridad* ajena).

> Constituye, ciertamente, una contradicción flagrante defender, al mismo tiempo, el adelgazamiento del Estado (tan en boga en esta época nuestra de privatizaciones, de exaltación capitalista —tras el desmoronamiento del socialismo real— y de globalización) y la necesidad de mantener sistemas de responsabilidad administrativa tan amplios como el de nuestro país [426].

¿Puede, sin embargo, ser rebatido desde una postura ideológicamente progresista, que erija a la solidaridad en motor de la acción pública y en único contenido posible de la cláusula de Estado social recogida en el artículo 1.1 CE?, ¿cabe, en definitiva, una limitación de la responsabilidad civil de la Administración pública que no merezca ser tachada de regresiva o, al menos, ideológicamente conservadora?

Por supuesto. El progresismo ideológico no sólo permite sino que *obliga* a limitar el alcance actual de la responsabilidad patrimonial de la Administración española. ¿Por qué? Porque la institución de la responsabilidad civil no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad, no es una buena herramienta redistributiva. Los recursos públicos son limitados, y su asignación masiva a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración (como ocurre actualmente —mejor: como ocurriría si el sistema se aplicara verdaderamente— en España, donde la responsabilidad de la Administración es tan amplia) sólo perjudica a la solidaridad y a la redistribución de renta: destinar gran parte de los recursos públicos a la responsabilidad patrimonial significa no destinarlos a otras instituciones que sí son aptas para realizar las ideas de solidaridad y redistribución; significa, en definitiva, desviar los recursos públicos del flujo de la solidaridad y la redistribución.

La institución de la responsabilidad civil no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad, no es una buena herramienta redistributiva porque sólo tiene en cuenta el daño producido y su magnitud (además, por supuesto, del comportamiento

[426] Así lo ha apuntado, certeramente, MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 370-371.

del sujeto a quien pretende trasladarle su coste), no otros factores como la situación socio-económica de la víctima y de su entorno; se muestra, por ello, insensible —indiferente— ante los más necesitados, no llevando a cabo la discriminación positiva exigida por la idea misma de solidaridad: beneficia por igual (actúa por igual frente) a ricos y a pobres, a necesitados y a no necesitados. La responsabilidad civil garantiza indemnización a unos y otros. Indemnización que, por supuesto, no será la misma en uno y otro caso: el más rico, en el ámbito de la responsabilidad civil, recibirá una indemnización mayor que la que pueda recibir el más pobre [427]. La diferencia entre lo que una víctima rica y una pobre percibirán será ya astronómica si, como sucede en el sistema español de responsabilidad administrativa —y es consustancial, de hecho, a la institución de la responsabilidad civil, salvo en el ámbito de la responsabilidad objetiva—, rige el principio de reparación integral y no se limitan cuantitativamente las indemnizaciones [428].

> Ello no es más que la confirmación del puesto central que ocupa el daño en la institución de la responsabilidad civil: la cuantificación de la indemnización depende exclusivamente —o casi— del daño sufrido y de su entidad, no de la *necesidad* de la víctima. A mayor daño, mayor indemnización, con independencia de la necesidad. De hecho, puede decirse que la cuantía de la indemnización que ofrece la responsabilidad civil es, en realidad,

[427] Ello es evidente y no requiere mayores demostraciones: si un policía, p. ej., dispara por equivocación a un acaudalado notario y a un peón de obra, produciéndoles idénticas heridas, la indemnización que la Administración deberá pagar al notario en concepto de responsabilidad patrimonial será mucho mayor que la que entregará al peón, puesto que el lucro cesante del primero (es decir, lo que dejará de ganar durante su período de convalecencia) es muy superior al del segundo.

[428] Piénsese en el siguiente ejemplo: un conductor rico y uno pobre tienen un accidente en el mismo punto quilométrico de una carretera mál señalizada. El primero conducía un coche de lujo recién salido del concesionario valorado en 15 millones de pesetas y el segundo un modesto y viejo utilitario de un valor de 150.000 pesetas. La responsabilidad civil obliga a indemnizar a ambos conductores. El principio de reparación integral conlleva que el primer conductor reciba una indemnización de (al menos: parto de la base de que el único daño sufrido por ambos conductores es la destrucción total de su vehículo) 15 millones de pesetas y el segundo una de —sólo— 150.000 pesetas. El conductor rico percibirá, pues, de las arcas del Estado, una indemnización 100 veces superior a la obtenida por el conductor pobre.

inversamente proporcional a la situación de necesidad de la víctima: cuanto más rica es la víctima y, por tanto, menor es su necesidad, mayor es la indemnización que percibirá.

Tras la entrada en funcionamiento de la responsabilidad civil, por tanto, el rico sigue siendo —igualmente— rico, y el pobre —igualmente—, pobre. La responsabilidad civil no efectúa, pues, redistribución alguna de renta. No redistribuye, sino que mantiene a las víctimas en su posición económica inicial [429]. No redistribuye, sino que perpetúa la posición económica de los sujetos. Por eso, asignar muchos recursos públicos a la responsabilidad patrimonial de la Administración significa asignar mucho dinero (extraído de los particulares con arreglo a criterios de solidaridad —porque inspirado en criterios de solidaridad es el sistema fiscal español, en gran medida progresivo—) a la perpetuación de las posiciones económicas individuales, impedir que dichos recursos sean utilizados para corregir las desigualdades sociales y dar efectividad a los principios de solidaridad y de redistribución de la renta.

Es por todo ello que PANTALEÓN ha llegado a afirmar que «así entendido [esto es, como lo concibe la doctrina administrativista dominante], [el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración] no es otra cosa que *un mecanismo de redistribución "perversa" de renta*: puesto que indemnizar es restituir "al rico su riqueza y al pobre su pobreza", resulta obvio que los perjudicados que ganaban más o que tenían bienes más valiosos serán quienes obtengan una parte mayor del dinero público (producto de la redistribución justa de la renta por vía de impuestos progresivos) que nutre el verda-

[429] Naturalmente, la responsabilidad civil no mantiene totalmente a las víctimas en su posición inicial cuando —aunque no es el caso, como sabemos, de la responsabilidad de la Administración española— no rige el principio de reparación integral y las indemnizaciones se encuentran limitadas cuantitativamente (quien sufra un daño superior a la indemnización que le conceda la responsabilidad civil —quien sea, en definitiva, infracompensado— verá menguada, obviamente, su posición económica de partida). La responsabilidad civil puede desarrollar, incluso, una —limitada— función redistributiva en el caso de que las cuantías indemnizatorias se encuentren baremadas o consistan en una cantidad fija: las víctimas con escasos recursos a menudo percibirán una indemnización superior al daño sufrido —sobrecompensación—, mejorando su posición económica de partida. Así lo parece entender, también, MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2812.

dero seguro que representa el sistema de responsabilidad de la Administración en la concepción de la opinión dominante» [430].

He dicho que la responsabilidad no redistribuye, sino que perpetúa las posiciones económicas, y que beneficia por igual a pobres y a ricos porque el mecanismo resarcitorio que comporta se activa por igual ante unos y otros. Pero cabe ir más allá. Cabe sostener que la institución de la responsabilidad de la Administración, en la práctica, no sólo no trata mejor a los pobres que a los ricos, sino que, incluso, llega a beneficiar más a los ricos que a los pobres: teniendo en cuenta que la posibilidad de que la propia Administración inicie de oficio el procedimiento administra-

---

[430] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, pp. 251-252. (La cursiva es del propio PANTALEÓN.) A continuación, dicho autor pone de relieve, por un lado, que si los daños derivados del funcionamiento normal de la Administración no fueran cubiertos por la responsabilidad administrativa, y tuvieran que ser las eventuales víctimas quienes se aseguraran contra el riesgo de su producción, el mercado haría que los más ricos pagaran primas más altas que los más pobres; y, por otro, que quienes más sufrirán el eventual desmantelamiento de los servicios públicos (por el elevado coste del sistema de responsabilidad administrativa actual) serán las clases más desfavorecidas: «¿Quiénes habrían de pagar más en el mercado por seguros de vida, de accidentes o de daños, que son mecanismos alternativos —y seguramente más eficientes, por su menor coste de administración— para "pulverizar" la carga dañosa fortuita de la gestión pública? Es patente, en fin, que los que no puedan pagarse "servicios privados" sustitutivos serán los que más sufran la desaparición de aquellos servicios públicos que resulten financieramente inviables a causa de su elevado coste de responsabilidad. La existencia de una responsabilidad objetiva general de las Administraciones públicas no es algo jurídicamente necesario ni naturalmente justo, sino un ejemplo entre muchos de lo que podría llamarse "Estado social para las clases medias", que amenaza seriamente con arrastrar en su caída por ruina al justo y necesario "Estado social para los pobres"» (*op. cit.*, p. 252).

El largo párrafo transcrito evidencia que la crítica de PANTALEÓN al sistema vigente no puede ser tachada de «regresiva y neoliberal» (como ha pretendido JORDANO FRAGA [JORDANO FRAGA, Jesús, «La reforma del artículo 141...», *op. cit.*, p. 324], refiriéndose a la supuesta preferencia por el seguro de PANTALEÓN). Coincido, por ello, con la valoración que de la misma efectúa RODRÍGUEZ PONTÓN, al calificarla de «crítica "social" del sistema de responsabilidad administrativa» (RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, «La responsabilitat...», *op. cit.*, p. 415).

Este argumento contra el sistema vigente de responsabilidad administrativa ha sido nuevamente recogido en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, pp. 457-458.

tivo de reconocimiento de responsabilidad patrimonial [431] ha sido, hasta la fecha, prácticamente inédita, y que debe ser la víctima la que efectúe la reclamación de responsabilidad si quiere obtener indemnización por el daño sufrido; y teniendo en cuenta, por otro lado, que la vía administrativa no es a menudo suficiente para obtener indemnización (a pocos acuerdos indemnizatorios se llega en vía administrativa), debiendo la víctima acudir casi inexorablemente a la jurisdicción contencioso-administrativa y esperar muchos años [432] hasta ser resarcida, ¿quiénes reclamarán y finalmente se beneficiarán del generoso sistema de responsabilidad civil de la Administración española? Muy probablemente, los más pudientes (como grandes empresas —en especial, las grandes compañías aseguradoras—), quienes dispongan de los medios, el tiempo y la energía necesarios para hacerlo [433]. Una reclamación de indemnización ante la Administración y, luego, ante la jurisdicción, es sin duda muy larga y muy cara. No todos los ciudadanos pueden permitirse un abogado (y —tras la entrada en vigor de la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa— un procurador); y menos aún uno de prestigio que multiplique las posibilidades de éxito.

Si ello es así y los menos necesitados resultan ser quienes más aprovechan el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta no aparecerá ya sólo como una institución no apta para canalizar la solidaridad (como una institución

---

[431] Posibilidad prevista, como es sabido, en el artículo 142.1 LRJPAC y desarrollada por el artículo 5 RRP.

[432] Casi treinta y un años ha tenido que esperar (debido a la inactividad de la Administración), p. ej., un particular a quien el Tribunal Supremo, mediante la STS (Sala 3.ª) de 9 de marzo de 2000 (Ar. 2468), ha reconocido finalmente su derecho a indemnización.

[433] En este sentido NIETO GARCÍA, Alejandro, «Prólogo», *op. cit.*, p. 18: «el resarcimiento sólo corresponde a unos pocos, a quienes poseen tenacidad y resistencia económica suficiente para soportar unos procesos interminables y costosos». DÍEZ-PICAZO, a su vez, afirma que «La experiencia demuestra que la regulación de los daños que se encuentran socializados y que son pagados por las Administraciones Públicas, por la vía de la llamada responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos, beneficia por regla general a las clases medias que no son las menos favorecidas» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 188-189).

de algún modo neutral), sino que deberá ser vista como una herramienta de sutil ensanchamiento de las diferencias sociales.

> Tratar de vehiculizar la solidaridad a través de la institución de la responsabilidad administrativa puede llevar, por otro lado, a conculcar el principio de igualdad, ya que la misma sólo permite cubrir a quienes sufran daños como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, y no a quienes sean víctimas de daños semejantes *al margen* de dichos servicios públicos [434].

Si, como acabamos de ver, la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración no constituye un mecanismo adecuado de articulación de la solidaridad y la redistribución, ¿cómo pueden lograrse —alcanzarse— dichos principios en el marco de los daños generados por la acción pública? La respuesta es clara: a través de su alternativa más importante, la *seguridad social*. Seguridad social en su sentido más amplio, comprensivo de los fondos públicos de compensación de daños [435]. Si, en efecto, se quiere dar una respuesta solidaria, redistributiva y progresista al problema de las víctimas de la acción pública no debe alimentarse más y más la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que conviene ampliar la cobertura de la seguridad social.

Porque la seguridad social permite una adecuada redistribución de renta y puede ser diseñada por el parlamento en atención a las dotaciones presupuestarias y de forma planificada y paralela a las variables exigencias sociales [436]. La seguridad social, a diferencia

---

[434] Así lo ha sabido ver DESDENTADO DAROCA, que pone el ejemplo de las ayudas concedidas por el D-Ley 9/1993, de 28 de mayo, a quienes fueron contagiados por el virus del SIDA *en centros públicos*: «si la sociedad quiere mostrar su apoyo y ofrecer su ayuda económica a las víctimas del contagio fortuito de SIDA no parece lógico limitar las indemnizaciones con cargo a los fondos públicos únicamente a aquellas personas que se contagiaron en los hospitales públicos como hizo el Real Decreto-ley 9/1993» (DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, p. 554).

[435] Como, p. ej., los regímenes de ayudas a las víctimas del terrorismo o de delitos violentos y contra la libertad sexual, más arriba aludidos.

[436] Debe compartirse, en mi opinión, lo que TRIMARCHI opone a quienes han fundamentado la responsabilidad civil en el principio de *richesse oblige* y han defendido que el hecho lesivo (y la responsabilidad civil) sirva de ocasión para llevar a cabo una transferencia de riqueza de las clases más ricas a las más

de la responsabilidad civil, no indemniza cuando se produce un daño, sino cuando se produce una situación de necesidad. Por ello, a diferencia de aquélla, no concede más al rico que al pobre, sino todo lo contrario: atiende sólo a quienes realmente lo necesitan [437]; no indemniza tras años de pleitos y gastos y sufrimiento y empeoramiento del daño inicialmente irrogado, sino de forma rápida, barata y automática, con unos costes de administración menores que los que tiene todo sistema de responsabilidad civil [438].

La extensión de la seguridad social a —algunos de— los supuestos actualmente cubiertos por la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración no plantea ningún problema: si la seguridad social —en España y en todos los paí-

---

necesitadas: «a mí me parece que, si verdaderamente se quieren atenuar las disparidades económicas entre las clases sociales a través de transferencias de riqueza de unas a otras, ello debe ser realizado de forma sistemática y coherente, no de forma esporádica, dominada por la ley del caso concreto, y que no tiene el carácter de planificación social» (TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, *op. cit.*, p. 29).

[437] Como señala ENGLARD, «La diferencia fundamental entre la responsabilidad [civil] individual y la seguridad social reside en sus objetivos generales: la primera persigue restaurar a la víctima [...] en su situación anterior; la segunda propone [...] alcanzar una más equitativa distribución de la riqueza en la sociedad. En otras palabras, la responsabilidad civil [*tort law*], bajo la presión del principio formal de justicia correctiva, persigue la total restauración de la víctima en su posición anterior, aunque ello signifique atribuir riqueza a los ricos. La responsabilidad civil, además, compensa a la víctima no sólo por sus pérdidas actuales, sino también por las futuras, de acuerdo con su originario —ahora perdido— potencial físico y mental. Por su parte, la seguridad social, guiada por la idea de justicia distributiva de la igualdad social, aspira a reponer a la víctima necesitada en una posición igualitaria y socialmente aceptable (ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, p. 113).

[438] Según ENGLARD y VON HIPPEL, los costes de administración de la seguridad social son menores que los de la responsabilidad civil y los de las aseguradoras privadas (ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 112 y 118, nota núm. 13; VON HIPPEL, Eike, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.). Existen estudios que así lo acreditan: según la *Pearson Commission*, el coste de gestión, en la responsabilidad civil, representa, aproximadamente, el 85 por 100 del valor de la compensación satisfecha, mientras que, en la seguridad social, sólo —de forma aproximada— el 11 por 100 (ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, p. 118, nota núm. 13).

De este modo, un sistema de seguridad social no sólo distribuye los recursos de una forma más justa, sino, también, de una forma más barata (de manera que más recursos públicos podrán ser destinados a quienes lo necesiten).

ses en que existe— cubre ya situaciones de necesidad que ninguna vinculación tienen con la Administración pública, con mayor razón podrá —y deberá— amparar las que se deriven causalmente de la acción pública, las que produzca el funcionamiento normal de los servicios públicos.

A la vista de las ventajas sociales (mayor solidaridad y redistribución) y hasta económicas (menores costes de administración) de la seguridad social, ¿queda algún espacio para la responsabilidad civil de la Administración, o ésta debe desaparecer y ser sustituida por mecanismos de seguridad social? [439] En mi opinión, no hay duda de que la responsabilidad patrimonial debe subsistir. Pero en términos más acotados. En los términos que verdaderamente correspondan a sus funciones. La responsabilidad civil de la Administración debe ser mantenida, por tanto, sólo en la medida en que sirva a la reparación y prevención de daños, al control de la Administración y a la demarcación de sus conductas. La seguridad social repara y redistribuye la renta. Pero ni tiene efecto preventivo ni permite controlar ni demarcar las conductas de la Administración. La reparación que ofrece la seguridad social es, además, forzosamente parcial. Su cobertura va dirigida a muchos ciudadanos, y las limitaciones presupuestarias no permiten que los mismos reciban de ella un resarcimiento integral (la seguridad social indemniza, sobre todo, los daños personales; raramente puede hacer frente a los patrimoniales; y casi nunca repara los morales). La responsabilidad patrimonial de la Administración puede superar estos déficit funcionales de la seguridad social y servir a los objetivos de la reparación integral, de la prevención, del control y de la demarcación. ¿Y dónde puede realizar conjuntamente dichos cometidos (¿dónde conviene mantener la responsabilidad civil de la Administración?)? La respuesta, de hecho, ya la he adelantado en epígrafes precedentes [440]: en el ámbito, principalmente, del funcionamiento *anormal* de la Administración.

---

[439] Del mismo modo que, en su momento (como hemos visto *supra*, en el epígrafe 1.1 del presente capítulo), se llegó a proponer la sustitución de la responsabilidad civil de los particulares por mecanismos compensatorios de seguridad social.

[440] Sobre todo, en el epígrafe 3.10, al examinar cuándo se satisface y cuándo no la función de control de la Administración pública.

La supresión general de la responsabilidad civil de la Administración y su sustitución por mecanismos compensatorios de seguridad social encontraría, además, obstáculos constitucionales insalvables. Atentaría contra los artículos 9.3, 121, 149.1.18 y —sobre todo— 106.2 CE, y contra la propia concepción constitucional de la Administración pública que dichos preceptos perfilan: la Administración española pasaría a ser una Administración *irresponsable*. En términos más generales puede decirse que, del mismo modo que la cláusula de Estado *social* (artículo 1.1 CE) impone la existencia de seguridad social, de una seguridad social amplia, justa y generosa, la cláusula de Estado *de Derecho* (también recogida en el artículo 1.1 CE) exige el sometimiento de la Administración (de los poderes públicos) a responsabilidad extracontractual: la sumisión de la Administración española al Derecho se pone de manifiesto no sólo en su actuación (jurídica y material), sino, también, en su sometimiento a responsabilidad civil cuando vulnere, con dicha actuación, el ordenamiento [441].

Como conclusión y resumen de lo expuesto conviene retener, pues, que, contra lo que se ha dicho, limitar el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración (y poner fin al régimen tradicional español de responsabilidad objetiva global) no constituye, en sí misma, una medida regresiva, una medida contraria a los principios de solidaridad y redistribución de la renta. Antes al contrario, será una medida progresista en el caso de que los recursos públicos que libere (esto es, el dinero público que deje de ser canalizado a través de la responsabilidad patrimonial) sean destinados a ampliar y reforzar la cobertura de la seguridad social y a indemnizar a quienes realmente lo necesiten. La línea divisoria del campo que corresponde a una y otra institución (responsabilidad patrimonial y seguridad social) debe situarse en el funcionamiento anormal de los servicios públicos, en el funcionamiento anormal de la Administración [442].

---

[441] Algunos de los argumentos que se han ofrecido en Derecho privado en contra de que la seguridad social sustituya completamente a la responsabilidad civil pueden verse en ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

[442] Esta íntima relación entre la responsabilidad civil (en general, y no ya sólo la de la Administración; aunque, por supuesto, no cabe olvidar que las diferencias entre la responsabilidad civil de los particulares y la seguridad social son mucho mayores que las que pueda haber entre la responsabilidad civil de la Administración y la seguridad social: mientras responsabilidad civil de la Administración y seguridad social se distinguen, básicamente, por el *des*

4. En qué medida conviene limitar el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración española

En el largo epígrafe precedente hemos visto con cierto detalle por qué razones conviene limitar el carácter objetivo global de la

---

tino que se da a los recursos, responsabilidad civil de los particulares y seguridad social difieren también en lo que se refiere al *origen* de dichos recursos [los recursos, tanto en la responsabilidad civil de la Administración como en la seguridad social, tienen el mismo origen: provienen de la colectividad; en el caso de la responsabilidad civil de los particulares, sin embargo, los recursos no provienen de la colectividad, sino de uno o varios particulares —su número dependerá de si el sujeto responsable ha asegurado o no su responsabilidad civil—]) y los mecanismos compensatorios de seguridad social permite explicar, al menos en parte, los ambivalentes juicios ideológicos que en Derecho privado han merecido la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa.

Normalmente se ha considerado que la responsabilidad por culpa tuvo tanta fuerza durante el siglo XIX porque servía perfectamente a las exigencias del liberalismo político y económico entonces dominante, funcionando como una especie de subsidio al capitalismo salvaje de la época; la responsabilidad objetiva irrumpiría, a finales del siglo XIX, como expresión de un principio de solidaridad, para corregir el desamparo en que la responsabilidad por culpa había dejado a las víctimas de la sociedad industrial, a las víctimas del capitalismo (las primeras de las cuales fueron los propios trabajadores: fue en su favor, como sabemos, que surgieron las primeras normas de responsabilidad objetiva). La responsabilidad objetiva, desde esta perspectiva, ha sido vista como un instrumento de progresismo ideológico (en este sentido, p. ej., KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, *op. cit.*, pp. 12-17; ESSER, Josef, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung...*, *op. cit.*, pp. 54-57). No han faltado, sin embargo, quienes han emitido un juicio ideológico diametralmente opuesto. No son pocos, en efecto, quienes han considerado que la responsabilidad objetiva satisface, en realidad, las exigencias del capitalismo moderno (mucho mejor que la responsabilidad por culpa), favoreciendo los monopolios, evitando que las empresas y las actividades productivas sean sometidas al control y al reproche inherentes a la responsabilidad por culpa, garantizando la libre competencia, tolerando el desarrollo de actividades altamente peligrosas a cambio de una indemnización económica, reduciendo todos los valores a términos monetarios y prescindiendo de la prevención de los daños y del elemento humano; esta crítica a la responsabilidad objetiva desde planteamientos progresistas ha provenido, sobre todo, de autores marxistas (de especial importancia ha sido la efectuada por EÖRSI [en, p. ej., EÖRSI, Gyula, «Versuch zum Entwurf eines einheitlichen Systems der Zivilrechtlichen Verantwortung», en *Annales Budap.*, I, 1959, pp. 85-86 y 91-92; conviene señalar que este autor, más que oponerse a la responsabilidad objetiva, critica el fundamento y funcio-

Administración española. Por qué razones no parece recomendable que las Administraciones públicas, en general, queden sometidas a una responsabilidad objetiva global. El paso siguiente posee carácter constructivo: ¿En qué medida conviene limitar el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración española?; o, desde otra perspectiva: ¿Qué alcance debe tener la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en general, y la Administración española, en particular? Me ocuparé de esta cuestión desde una perspectiva sectorial en la segunda parte del próximo capítulo, cuando aborde el último de los tres grandes defectos que presenta la regulación española vigente de la responsabilidad administrativa (la excesiva uniformidad) e intente sentar las bases —mínimas— de un sistema articulado de responsabilidad de la Administración. Aquí me interesa, únicamente, delimitar el que a mi modo de ver debe ser el alcance general del sistema.

---

nes que a la misma ha otorgado la doctrina —en sus propias palabras— «burguesa»]; ulteriores argumentos descritos en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 114-115, y en ALPA, Guido; BESSONE, Mario, *La responsabilità civile. II...*, *op. cit.*, p. 144; ulteriores referencias en RODOTÀ, Stefano, *Il problema...*, *op. cit.*, p. 68, notas núm. 65-67).

Estas divergentes valoraciones ideológicas se explican, como digo, en parte, por la relación existente entre la institución de la responsabilidad civil y la de la seguridad social. La responsabilidad civil objetiva aparece como un instrumento indudablemente progresista en aquellos ordenamientos jurídicos que carecen de seguridad social o que sólo la han implantado muy limitadamente. Es lo que sucede, p. ej., en los Estados Unidos de América. La circunstancia de que la responsabilidad objetiva (y, yendo más allá, los *no-fault plans*) haya tenido tanto predicamento en dicho país y, sobre todo, de que haya sido defendida, casi siempre, desde posiciones progresistas (CALABRESI sería un buen ejemplo; no por casualidad, por otro lado, ha sido POSNER uno de los mayores valedores de la responsabilidad por culpa; excepciones importantes estarían representadas por FLETCHER y, sobre todo, por EPSTEIN), no es casual, y se encuentra sin duda relacionada con el escaso papel que allí desempeña la seguridad social. Cuando los más necesitados no reciben cobertura del Estado, es progresista establecer mecanismos de responsabilidad objetiva de los particulares (de los particulares pudientes: normalmente quien queda sometido a responsabilidad objetiva es el empresario) que garanticen indemnización a aquéllos (aunque también a quienes no lo necesiten tanto) en todo caso. Cuando, en cambio, el ordenamiento jurídico de referencia contempla una seguridad social amplia y generosa, la valoración ideológica de la responsabilidad objetiva cambia mucho. No hay que olvidar, en este sentido, que muchos de los autores marxistas han escrito desde el socialismo real, desde una economía planificada que contaba con una seguridad social omnicomprensiva.

4.1. EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO REGLA GENERAL. SU POSITIVACIÓN EN UNA CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD

Limitar el alcance del sistema vigente español y poner fin a su carácter objetivo global no significa erradicar la responsabilidad objetiva de la Administración. No hay duda de que deben seguir subsistiendo supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración. Lo contrario sería situar a la Administración en una posición de injustificado privilegio y desoír las razones que en Derecho privado han aconsejado la sumisión de los particulares a responsabilidad objetiva en determinadas materias y sectores; además, por supuesto, de aislar —esta vez por defecto— al ordenamiento español de las tendencias de Derecho comparado, donde la responsabilidad objetiva de la Administración, como se ha visto, se encuentra sólidamente asentada en determinados ámbitos. Ningún inconveniente hay, en mi opinión, al menos en línea de principio, en someter a la Administración a responsabilidad objetiva en los mismos términos y supuestos que los particulares.

Cuando afirmo que habría que poner fin a la responsabilidad objetiva global no quiero decir, por tanto, que haya que eliminar la responsabilidad objetiva de la Administración. Pero sí limitarla mucho: la responsabilidad de la Administración no debe ser ya *siempre* objetiva, sino sólo excepcionalmente, en casos expresa y típicamente previstos por la Ley. La responsabilidad de la Administración debe pasar a pivotar, fundamentalmente, sobre el funcionamiento anormal de los servicios públicos. La responsabilidad por anormalidad debe ser la *regla general*. La regla general sólo puede ser que la Administración no deba indemnizar cuando haya actuado correctamente, cuando cumpla con el modelo de conducta para ella fijado por la colectividad; cuando, en definitiva, haya actuado como el ordenamiento (la colectividad, en definitiva) espera (y exige) que actúe [443].

[443] No debe olvidarse que, en mi concepción, los supuestos que funcional y estructuralmente quepa calificar de expropiatorios (aun los meramente materiales) escapan de la órbita de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Deben generar indemnización, pero no en sede de responsabilidad. Recibirán una indemnización expropiatoria, no una indemnización de daños y

En Derecho y en Filosofía la responsabilidad aparece normalmente como un correlato de la *libertad*: los sujetos son libres, pero, al mismo tiempo, responsables; la responsabilidad surge, entonces, de un *mal uso* de la libertad. Trasladando dicho principio fundamental de la cultura occidental al ámbito del Derecho administrativo puede afirmarse que la responsabilidad de la Administración deriva de un *mal uso de la potestad* (de las potestades que le confiere el ordenamiento).

En la segunda parte del capítulo siguiente veremos que resulta necesario elaborar un sistema articulado de responsabilidad patrimonial que acabe con la excesiva uniformidad de régimen actual y que dé adecuada e individualizada respuesta a las grandes especialidades que presentan muchos de los distintos sectores de la actuación administrativa. Dicho sistema articulado requiere, sin embargo (como todo sistema de responsabilidad civil), una *cláusula general*, una norma general que permita resolver los múltiples supuestos que la praxis suscite y que no encajen en las normas específicas que el legislador pueda —y deba— dictar; una cláusula general que sirva para resolver aquellos casos que no presenten especialidades que hayan motivado la regulación específica del legislador [444]. Dicha cláusula general debe establecer la responsabilidad de la Administración —únicamente— por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, por su incorrecta actuación.

---

perjuicios. No estoy aludiendo, por tanto, a ellos, cuando, ahora, en el texto, me refiero a la actuación correcta de la Administración y a los daños que la misma pueda generar (y que no merecen, normalmente, ser indemnizados). Recuérdese, al respecto, lo que he señalado *supra*, en los epígrafes 3 y 4 del capítulo segundo.

[444] Una cláusula general es imprescindible en todo régimen de responsabilidad civil. Efectivamente, la responsabilidad civil se distingue de la responsabilidad penal y del Derecho administrativo sancionador, en casi todos los países (y entre otros muchos aspectos, por supuesto), por la nota de la *atipicidad*. El gran número y variedad de daños posibles y la amplia y genérica función de protección que los distintos ordenamientos atribuyen normalmente a la responsabilidad civil explican que ésta no se base casi nunca en un catálogo (más o menos amplio, pero taxativo) de conductas y/o daños generadores del deber indemnizatorio (tipicidad), sino en una cláusula general que garantice la atipicidad.

Convertir a la responsabilidad por actuación anormal en la regla general exige, en España, actualmente, como ya he dicho, la intervención del legislador. No exige la modificación de la Constitución [445], pero sí la de la LRJPAC. Bastaría, en mi opinión, suprimir la referencia que el artículo 139.1 LRJPAC hace al «funcionamiento *normal*» y mantener la alusión al «funcionamiento *anormal*» de los servicios públicos. Con este ligero retoque el precepto vendría a decir lo mismo que el artículo 121 CE y se pondría fin a la responsabilidad objetiva global de la Administración y a todos los problemas y peligros que la misma comporta. Subsistirían, por supuesto (al menos en gran parte), los otros dos grandes defectos del sistema español actual de responsabilidad administrativa (la excesiva generalidad y la excesiva uniformidad), pero desaparecería el de su excesivo alcance.

4.2. La anormalidad como culpa objetiva. Cómo definir el modelo de conducta de la Administración: estándares normativos de actuación administrativa y cláusula general de diligencia. Utilidad —relativa— de las cartas de servicios

Responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos significa (o debe significar) responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración, de la actuación administrativa [446]. ¿Pero qué debe entenderse por *funcionamiento anormal* de la Administración?

En Derecho civil, como se sabe, la culpa viene sufriendo desde hace ya tiempo una progresiva objetivación. La noción tradicional de culpa, entendida en sentido subjetivo, ha ido siendo sustituida por otra cada vez más objetiva. En la culpa tradicional (que es la que sigue imperando —en sus rasgos fundamentales— en Derecho penal) no bastaba que la conducta vio-

---

[445] Véase lo dicho, *supra*, en el epígrafe 3.7 del presente capítulo.

[446] La expresión «servicios públicos» debe seguir entendiéndose, pues, como sinónimo de actividad administrativa, en general (y no ya como el tipo concreto de actividad prestacional de la Administración conocida como actividad de servicio público).

lara objetivamente la norma de cuidado (de diligencia) fijada por el ordenamiento; se requería, además, que dicha norma de cuidado fuera violada subjetivamente, que fuera violada por el concreto sujeto cuya conducta se enjuiciaba. Ello se traducía en la necesidad de tener en cuenta los conocimientos y la capacidad del sujeto concreto, que no tienen por qué coincidir con los que presume la norma objetiva de cuidado. De este modo, no había culpa si el sujeto poseía unos conocimientos y/o capacidades *inferiores* a la media, inferiores a los presumidos por la norma objetiva de cuidado: aunque la conducta, objetivamente, pudiera ser considerada imprudente, no podía serlo subjetivamente; el sujeto menos hábil o informado que la media no había actuado imprudentemente. Por el contrario, poseer unos conocimientos o capacidades *superiores* a los habituales permitían declarar la existencia de culpa aunque la conducta, objetivamente, respetara la norma objetiva de diligencia: en el ejemplo típico, el cirujano que posee unos conocimientos superiores a los de la media de cirujanos, si no los aplica, será considerado imprudente, aunque haya actuado con la misma diligencia que un cirujano medio. En la culpa tradicional, en definitiva, el examen de la diligencia o negligencia se adaptaba al concreto sujeto causante del daño y a sus conocimientos y habilidades.

> Dicha noción tradicional, subjetiva de culpa es, obviamente, la más congruente con el principio filosófico ilustrado del que parte la moderna construcción de la responsabilidad, en general, y de la responsabilidad civil, en particular: sólo puede considerarse que el sujeto causante del daño ha hecho un mal uso de su libertad individual (y, por tanto, sólo deberá responder) si subjetivamente (esto es, teniendo en cuentâ sus conocimientos y capacidades individuales) podía haber actuado de otro modo, si podía haber evitado la conducta desarrollada [447]. Dicha noción de culpa es, por supuesto, la que mayor carga de reprochabilidad individual comporta. Curiosamente, esta noción subjetiva de culpa ha sido defendida por algunos de los más fervientes partidarios de la responsabilidad objetiva [448].

---

[447] Si, en definitiva, ha podido ser convenientemente motivado por la norma de cuidado fijada para el hombre medio.

[448] Ejemplos ilustrativos son los de STARCK y TRIMARCHI. Ambos autores se oponen a la progresiva objetivación de la culpa en los ámbitos que para ellos

Actualmente, sin embargo, predomina una noción objetiva de culpa: basta infringir la norma objetiva de cuidado para incurrir en culpa. No se adapta el examen de la culpabilidad a las concretas características del sujeto que ha causado el daño. Sólo se compara la conducta realizada con el modelo de conducta que se deriva de la norma objetiva de cuidado fijada por el ordenamiento [449]. En el Derecho civil español (como en el italiano) la conducta que se toma como referencia, como modelo, es, como se sabe, la de un buen padre de familia [450]. En el Derecho civil alemán actúa imprudentemente quien desatiende el cuidado exigido en el tráfico (§ 276.1 *BGB*) [451].

La culpa objetiva se ha impuesto en Derecho civil porque, como señala MEDICUS, «en Derecho civil no se trata tanto de culpa personal [...] como de la facilidad y seguridad del tráfico. Y ambas exigen una tipificación de las exigencias de cuidado» [452].

La culpa objetiva se ha impuesto también en la responsabilidad civil de la Administración pública. Objetivas son sin duda la

---

deben seguir sometidos a responsabilidad por culpa (TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, *op. cit.*, pp. 39-40; TRIMARCHI, Pietro, *Causalità...*, *op. cit.*, p. 69, nota núm. 23 *in fine*; STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, *op. cit.*, pp. 40-41).

[449] Por ello, un conductor novel que cause un daño que un conductor medio no hubiera ocasionado no podrá exonerarse de responsabilidad civil probando que su capacidad de conducción es inferior y que por ello el daño no le es imputable subjetivamente.

Aunque no se suele llevar este concepto objetivo de culpa a sus últimas consecuencias: cuando falta en el sujeto que causa un daño la capacidad de discernimiento (cuando se trata de un sujeto inimputable) rara vez se afirma que su conducta sea imprudente. Así, en el Derecho civil español, p. ej., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 364.

[450] Expresión sexista y anacrónica (prevista ya en Derecho romano) equivalente a la anglosajona del hombre razonable (*reasonable man*; *persona* razonable —*reasonable person*—, en la versión no sexista empleada actualmente).

[451] Según dicho precepto, «*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt*». El modelo de conducta tomado como referencia es, también aquí, completamente objetivo.

[452] Cita extraída de SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, p. 126, nota núm. 6. Véanse las consideraciones que ambos autores efectúan sobre la culpa objetiva en el Derecho civil de daños —alemán, sobre todo— en las pp. 125-132 de dicho trabajo.

faute de service francesa, la culpa que se exige en Alemania para que surja la *Amtshaftung* y la que debe mediar para que nazca la responsabilidad de la Administración italiana [453]. Y objetiva debe ser la *anormalidad* que en general sirva para desencadenar la responsabilidad de la Administración española [454].

> Tiene poco sentido predicar una culpa (tanto objetiva como, en mayor medida, subjetiva) de una organización como la Administración pública, organización que, como toda persona jurídica, carece de capacidad volitiva y no puede intervenir en la realidad a través de acciones y omisiones, a través de conductas dolosas, negligentes o diligentes. La culpa de la Administración (como, en general, sus acciones) se refiere, en realidad, a sus agentes, a las personas físicas que la integran. Decir que la Administración ha incurrido en culpa o que ha actuado de forma anormal es sólo una —útil— ficción que encubre y simplifica lo que en realidad ha ocurrido: que un concreto agente administrativo ha incurrido en culpa o ha actuado de forma anormal [455]. Naturalmente, puede suceder —ocurre con cierta frecuencia— que no se pueda identificar al agente, a la persona física que, actuando en el seno de la organización, ha causado el daño; es posible, también, que el daño no derive de una única conducta, sino que sea el resultado de un conjunto complejo de acciones y omisiones de personas integradas en la organización administrativa. En uno y otro caso, no habiendo duda del origen administrativo del daño (no pudiéndose negar que el daño ha emanado de la Administración, de su funcionamiento defectuoso), es cuando más útil aparece la citada

---

[453] Para los casos francés y alemán basta citar, respectivamente, a MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 62-66, y a MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 638-639. En Italia, la capital sentencia de la *Cassazione* núm. 500/1999 parte de un concepto objetivo de culpa administrativa cuando afirma que la misma no debe predicarse del concreto agente, sino de la Administración como aparato, vinculándola a los principios de imparcialidad, corrección y buena administración (véase, al respecto, el epígrafe 3.2 de mi trabajo «La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos», *op. cit.*).

[454] Así se admite ya, de hecho, en España: p. ej., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, p. 394.

[455] Lo he señalado ya, desde una perspectiva más general (refiriéndome a las conductas que se imputan a la Administración), en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 60-61.

ficción —jurídica y lingüística—: los problemas de prueba se evitan afirmando que ha habido culpa, anormalidad *de la Administración*. La fórmula tradicional española de responsabilidad «por el funcionamiento anormal de los servicios públicos» —de la Administración— engloba dichos supuestos y se muestra, por ello, totalmente satisfactoria; conviene, pues, mantenerla [456].

No está de más señalar que la alternativa culpa objetiva-culpa subjetiva viene en gran medida relativizada en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración por efecto de los principios de mérito y capacidad que guían (o deben guiar) el acceso a la función pública y, en general, la selección del personal que trabajará para las Administraciones públicas (artículos 103.3 y 23.2 CE). Dichos principios garantizan —o deberían garantizar— que ninguna de las personas que se encuentran al servicio de la Administración posea unos conocimientos y capacidades inferiores al modelo del funcionario diligente; si ello es (o debería ser) así, someter a la Administración a una responsabilidad por culpa *subjetiva* de sus agentes en lugar de a una responsabilidad por culpa *objetiva* de los mismos sólo permitiría ampliar, no ya limitar el derecho al resarcimiento de los particulares: no habiendo agentes administrativos con conocimientos y capacidades *inferiores* al modelo de referencia (el funcionario diligente), la culpa subjetiva permitiría desencadenar la responsabilidad de la Administración en aquellos supuestos en que el concreto agente poseyera y no utilizara unos conocimientos o capacidades *superiores* a los del funcionario diligente de referencia.

Equiparado a la culpa objetiva, y predicado de la Administración (de la organización), no de las concretas personas físicas que la integran, la cuestión clave radica en saber, por un lado, *cuáles son las concretas normas de diligencia a las que debe someterse la Administración*, cuál es el concreto modelo de con-

[456] Sería un error grave prescindir de la fórmula tradicional española cuando en los países de nuestro entorno se están proponiendo fórmulas semejantes en sustitución de las allí manejadas hasta la fecha. Me estoy refiriendo, sobre todo, a Francia. MOREAU, significativamente, considera que la célebre expresión *faute de service* es impropia (en la medida en que parece exigir que se identifique la culpa de un concreto funcionario o agente cuando, como se desprende de la jurisprudencia, ello no es necesario) y debería ser sustituida por la fórmula «funcionamiento defectuoso del servicio» (MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 66).

ducta administrativa que permite identificar (negativamente) a dicho funcionamiento anormal de los servicios públicos y distinguirlo del funcionamiento normal, correcto de los mismos (¿Cuándo podrá decirse que la Administración ha actuado de forma incorrecta, anormal?). Y, por otro, *quién* debe elaborar tal modelo de conducta administrativa.

En mi opinión no hay duda de que quienes deben establecer el modelo de conducta de la Administración son el legislador y la propia Administración [457]. Ambos deben elaborar las normas de diligencia que deberá respetar la Administración en el ejercicio de sus potestades. Ambos deben encargarse de definir con precisión cuál es y debe ser el funcionamiento normal de los servicios públicos, su nivel cuantitativo y cualitativo de actividad. Ello es aceptado pacíficamente; pero en la práctica, como se verá a continuación, no siempre se cumple.

Cuando se trata de establecer las normas de diligencia a las que se someterá la Administración, legislador y Administración tienen ante sí dos grandes opciones: la primera consiste en elaborar un catálogo exhaustivo y pormenorizado de normas de diligencia, de normas de diligencia específicas que señalen con precisión cómo deberá comportarse la Administración en cada uno de sus sectores de actividad y, dentro de los mismos, en el ejercicio de las distintas actividades que integran cada uno de ellos. La segunda opción consiste en prescindir de dicho catálogo pormenorizado y limitarse a enunciar una cláusula general de diligencia, una cláusula general equivalente a la que, en Derecho civil español, remite a la conducta de un buen padre de familia [458]. Una

[457] Los Gobiernos central y autonómicos, concretamente, en el ámbito de la Administración General del Estado y de las Administraciones autonómicas (artículo 97 CE). Téngase en cuenta lo que se dirá, *infra*, en el epígrafe 2.3 del capítulo quinto, sobre la participación de las Comunidades autónomas en la definición del modelo de conducta de la Administración.

[458] Un ejemplo de cláusula general de diligencia operativa en el ámbito de la responsabilidad administrativa es la que alude a las reglas «de buena administración» (cláusula manejada, como sabemos, por la Corte de casación italiana). Más adelante veremos que el derecho a una buena Administración ha sido reconocido recientemente por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

y otra opción, por sí solas, resultan insatisfactorias, y deben ser combinadas.

La segunda opción es negativa por la gran inseguridad jurídica que comporta y, sobre todo, porque supone, en la práctica, dejar en manos del juez la determinación de cómo debe actuar la Administración pública, de cuál debe ser el funcionamiento normal de los servicios públicos [459]. Esta función, como se ha dicho, corresponde al legislador y a la Administración; no al juez, que debe limitarse a controlar si la Administración ha actuado como el ordenamiento espera (y exige) que actúe [460].

La primera opción es, en mi opinión, mucho más deseable. Coincido totalmente, pues, con quienes creen necesario que el legislador y la Administración se esfuercen en fijar concretos *estándares* de actuación de las Administraciones públicas, estándares que indiquen cuál es el funcionamiento normal de los servicios públicos y cuya vulneración constituya la anormalidad que desencadene (en el caso de que se haya producido un daño y se cumplan el resto de requisitos) la responsabilidad patrimonial de la Administración [461]. Estándares elaborados de acuerdo con

---

[459] Conviene señalar, sin embargo, que no todas las cláusulas generales de diligencia imaginables poseen el mismo grado de inconcreción ni conceden el mismo margen interpretativo al juez. Bastante más precisa es, p. ej., la fórmula de HAND y la noción económica de diligencia que la misma comporta (recuérdese lo apuntado sobre esta fórmula *supra*, en el epígrafe 1 del capítulo tercero). Aplicada a la Administración, supondría que ésta sólo incurriera en negligencia (que sólo hubiera funcionamiento anormal) cuando las medidas preventivas por ella adoptadas tuvieran un coste económico inferior al coste esperado del daño. La teórica mayor concreción de esta fórmula (el juez, al aplicarla, debería limitarse a comparar el coste de las medidas de prevención —de seguridad— adoptadas —y no adoptadas— con el coste del daño que cabía esperar) queda empañada, sin embargo, en la práctica, por los graves inconvenientes que a menudo encuentra su aplicación: no siempre es fácil (a menudo resulta imposible —sobre todo para el juez—) reunir la prolija información que dicha fórmula requiere (cuál es el coste de las medidas de seguridad dejadas de aplicar, etc.). Téngase en cuenta además lo que se dirá en breve sobre dicha fórmula.

[460] Remito aquí a lo que más extensamente diré en el próximo capítulo sobre el papel del juez en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

[461] La necesidad de que se fijen estándares normativos a los que vincular la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administra-

las exigencias sociales, las limitaciones presupuestarias, los contenidos irrenunciables impuestos por la Constitución y las Leyes y los contenidos contingentes que quedan en manos de los sucesivos Gobiernos y dependen de su respectiva orientación política [462]. Dichos estándares permiten garantizar que el régimen de

---

ción ha sido defendida, en España, sobre todo, por MARTÍN REBOLLO (MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2809; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 56; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 363-365). De la misma opinión se muestran también VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 128-130, y SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Prólogo», *op. cit.*, pp. 24-25; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, *op. cit.*, p. 487. La necesidad, en general, de que el legislador concrete y perfile más la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido puesta de relieve, con particular énfasis y acierto, por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, pp. 105-108 y 109.

[462] Cuando digo que en la elaboración de los estándares de diligencia administrativa pueden y deben tenerse en cuenta las limitaciones presupuestarias existentes en cada momento no me estoy adhiriendo al concepto económico de culpa consagrado en la fórmula de HAND y manejado por el análisis económico del Derecho. Que crea que no pueden desconocerse los recursos de que dispone la Administración y el coste de las medidas de seguridad que eventualmente se le obligue a adoptar cuando se defina su modelo de conducta (cuando se definan sus deberes de diligencia) no significa, ni mucho menos, que piense que (como se deriva de la fórmula de HAND) no cabe imponer medidas de seguridad más caras que los daños esperados y que la imprudencia debe definirse en términos exclusivamente económicos. Estoy convencido, al contrario, de que existen bienes difícilmente monetizables y que en cualquier caso merecen ser protegidos a un coste superior a su —siempre aproximado— valor económico, bienes que merecen ser protegidos (a través de la imposición de severos y caros deberes de diligencia sobre quienes podrían lesionarlos) aunque ello *no valga la pena económicamente* (aunque fuera más barato —teóricamente— indemnizar que prevenir).

Por ello, coincido con DÍEZ-PICAZO cuando afirma que la imprudencia es una noción *normativa*, no económica (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 359); trasladado a la responsabilidad de la Administración, ello significa que cuando se elaboren los estándares que definan el modelo de conducta administrativa, cuando se determine cuándo actuará la Administración de forma imprudente y cuándo no, serán sin duda muy importantes las consideraciones económicas (la comparación entre el coste de las medidas de seguridad que se impongan a la Administración y el coste de los daños que con ellas se evitarán), pero no serán (no pueden ser) suficientes.

responsabilidad patrimonial de la Administración sea realista y se adapte con exactitud al modelo de Administración y de servicios públicos que la colectividad (representada directamente por el poder legislativo e, indirectamente, por la propia Administración) exige y desea en cada momento [463]. Dichos estándares redundan en beneficio de la seguridad jurídica; y la mayor seguridad jurídica interesa a todos: *a)* beneficia a los ciudadanos, que sabrán con certeza cuándo tendrán derecho a indemnización y cuándo no (evitándose así que proliferen reclamaciones de responsabilidad destinadas al fracaso —y reduciéndose, de esta forma, los costes terciarios—); *b)* beneficia a la Administración y a la calidad y eficacia de su actuación, pues si la Administración sabe a qué atenerse, qué hacer para no incurrir en responsabilidad civil, es muy posible que lo lleve a cabo; *c)* beneficia a los propios jueces, a quienes facilita enormemente la función jurisdiccional y, en particular, la función de control del buen funcionamiento de la Administración que deben efectuar y que justifica, en último término, como sabemos, la propia institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Tras la entrada en vigor de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del

---

Discrepo, pues, de DESDENTADO DAROCA, partidaria del análisis económico del Derecho y de someter a la Administración española a la fórmula de HAND (DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, pp. 546-556).

[463] A falta de estándares, lo que deba entenderse por funcionamiento normal de los servicios públicos, por funcionamiento normal de la Administración, queda en manos del juez y de su concreta percepción de lo que el país merezca (MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 364; queda en manos, en definitiva, «de lo que cada órgano judicial pueda considerar "digno de un país como España"» [PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 249]). Fácilmente se rompe, entonces (por exceso o por defecto), la sintonía entre la Administración que desea la colectividad y que se refleja, sobre todo, en las Leyes anuales de presupuestos (en las partidas presupuestarias que se asignan a los distintos sectores de la actividad administrativa), y la que resulta perfilada por los jueces y sus sentencias en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Produciéndose la situación criticada por NIETO: «a veces los Tribunales colocan los estándares de normalidad de los servicios a unos niveles desproporcionados con la calidad de todos los servicios del país, tanto públicos como privados» (NIETO GARCÍA, Alejandro, «Prólogo», *op. cit.*, p. 18).

Estado (LOFAGE), dicha Administración está obligada a fijar los concretos estándares de su actuación. Según el artículo 4 de esta Ley, «1. La actuación de la Administración General del Estado debe asegurar a los ciudadanos: [...] *b)* La continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad» [464].

Coincido, igualmente, en entender que un instrumento muy útil para introducir estos estándares de actuación administrativa a los que vincular la responsabilidad civil son las *cartas de servicios* [465]. Cartas de servicios que no se limiten a enunciar declaraciones de intenciones (constituyendo meras herramientas publicitarias), sino que comprometan a las Administraciones públicas, obligándolas a respetar determinados y concretos estándares de actuación. Las cartas de servicios, como se sabe, han proliferado en los últimos años en muchos países de la Unión Europea. También en España. Las ha previsto y regulado de forma general, en el ámbito de la Administración General del Estado, el Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio (RCS) [466]. Según dicho Reglamento, todos los órganos y organismos [467] de

---

[464] Obsérvese que el precepto, con toda corrección, alude al necesario margen de maniobra ideológica del Gobierno y a la necesidad de tener en cuenta las disponibilidades presupuestarias, como aquí se defiende.

[465] Quien más ha insistido en la utilidad de las cartas de servicios a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido, de nuevo, en España, MARTÍN REBOLLO (MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 31 y 56; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 363-364 y 365). En el ámbito sanitario, en particular (con referencia al ejemplo británico), VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 129-130, nota núm. 239.

[466] En cumplimiento del mandato contenido en el transcrito artículo 4.1.*b)* LOFAGE.

[467] No todos, en realidad. Sólo los organismos autónomos y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social están obligados a elaborar tales cartas (artículos 2 y 3 RCS). Las entidades públicas empresariales y la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes podrán elaborarlas, pero no están obligadas a ello (DA única RCS).

la Administración General del Estado deberán elaborar y actualizar periódicamente su correspondiente carta de servicios (artículo 5.2 RCS) [468]. Ya han sido elaboradas algunas en distintos ámbitos administrativos, sobre todo en los relacionados con la actividad informativa de la Administración [469]. Pero resultan insuficientes a los efectos que aquí nos interesan. Su insuficiencia deriva, en gran parte, de la poca ambición del propio RCS, que se limita a delinear unas cartas de servicios meramente informativas y programáticas, no vinculantes para quienes las elaboren; el RCS, en efecto, establece que las cartas contendrán unos genéricos «compromisos de calidad» (imponiendo únicamente la fijación de los «Plazos *previstos* para la tramitación de los procedimientos y/*o* para la prestación de los servicios» —artículo 4.2.*a*)— [470]), que no parecen vincular a la Administra-

---

[468] La aprobación de las cartas y de sus actualizaciones corresponde al Subsecretario del Ministerio al que pertenezca el órgano o esté adscrito el organismo a cuyos servicios se refieran aquéllas, previo informe favorable de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, que impulsará la elaboración de las cartas y colaborará en su redacción y en el establecimiento de los sistemas de evaluación (artículos 5.1 y 6.1 RCS).

[469] Cuentan ya con cartas de servicios, entre otros, el Centro de Información Administrativa (aprobada por Resolución de 20 de enero de 2000), la Subsecretaría de Economía y Hacienda, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, la Dirección General del Catastro, la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores (todas ellas aprobadas por sendas Resoluciones de 22 de febrero de 2000), la Dirección General del Instituto Nacional de Meteorología (aprobada por Resolución de 9 de marzo de 2000), el Servicio de Anuncios y Suscripciones del Boletín Oficial del Estado (aprobada por Resolución de 27 de junio de 2000), el Instituto Nacional de la Seguridad Social (aprobada por Resolución de 30 de junio de 2000) y la Oficina de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo (aprobada por Resolución de 9 de octubre de 2000).

El texto íntegro (o, al menos, un tríptico informativo) de todas ellas puede ser encontrado en la web del Ministerio de Administraciones Públicas, en la siguiente dirección: http://www.igsap.map.es/cia/cartas/cartas.htm.

[470] El resto de contenidos que el RCS impone a las cartas de servicios tienen nula o muy escasa relevancia a nuestros efectos, a efectos de responsabilidad de la Administración: enumeración de los datos identificativos y de los fines del órgano u organismo prestador del servicio, así como de los servicios que presta (y las direcciones postales, telefónicas y telemáticas de todas las oficinas que los presten, con indicación de la forma de acceso), descripción de las formas de colaboración o participación de los ciudadanos en la mejora de los

ción que los asume [471] y a cuyo incumplimiento, en cualquier caso, no se asocia ninguna consecuencia jurídica [472]: ni se establecen sanciones ni derecho a resarcimiento en caso de incumplimiento —generador de un perjuicio—.

Bastante más atrevida resulta, sin lugar a dudas, la normativa reguladora de las cartas de servicios en Italia [473]. La Directiva del

---

servicios, relación actualizada de la normativa reguladora de cada una de las prestaciones y servicios, disponibilidad y acceso al libro de quejas y sugerencias, enumeración de los mecanismos de comunicación e información, descripción de los horarios y lugares de atención al público, suministro de indicaciones que faciliten el acceso al servicio y mejoren las condiciones de la prestación, así como de indicadores para la evaluación de la calidad, y descripción de la dirección postal, telefónica y telemática de la unidad responsable de la carta de servicios (artículo 4 RCS). Sólo la obligación de enumerar los derechos concretos de los ciudadanos y usuarios en relación con los servicios (artículos 3 y 4.1.*c)* RCS) podría servir a efectos de responsabilidad; su potencialidad, sin embargo, se diluye en las cartas de servicios aprobadas hasta la fecha, pues aluden a ellos de una forma muy genérica.

[471] El artículo 9 RCS, cuando establece que los órganos y organismos que cuenten con una carta de servicios deberán remitir cada año a la Secretaría de Estado para la Administración Pública un informe sobre el grado de cumplimiento de los compromisos declarados en la carta, está admitiendo, implícitamente, que dichos compromisos son meros objetivos que pueden ser incumplidos.

[472] Más allá de adoptar unas inespecíficas «medidas correctoras» (artículo 9 RCS).

[473] Sobre las cartas de servicios en Italia pueden verse los trabajos de CAMMELLI (CAMMELLI, Marco, «La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi»; ocupándose de la responsabilidad civil) y MASSERA (MASSERA, Alberto, «Diritti degli utenti e regolazione della concorrenza: le carte dei servizi e le autorità indipendenti»; centrándolas en el contexto general de las cartas de servicios europeas) en SORACE, Domenico (Coord.), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, CEDAM, 1998; así como SANVITI, Giuseppe, «La carta dei servizi pubblici», en *Reg. e gov. loc.*, núms. 5-6, septiembre-diciembre de 1994; CANO CAMPOS, Tomás, «La directiva del Presidente del Consejo de Ministros italiano de 27 de enero de 1994 sobre la prestación de los servicios públicos», en *RAP*, núm. 139, enero-abril de 1996 (quien, además de comentar dicha Directiva, la traduce al castellano); MÍGUEZ MACHO, Luis, *Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios*, Barcelona, CEDECS, 1999, pp. 222-238; VECCHIO, Giuseppina, «Le modifiche alla disciplina della carta dei servizi introdotte dall'art. 11 del decreto legislativo 30 luglio 1999, núm. 286», en *Mondo Giudiz.* (web), http://www.mgiudiziario.it/dottr.html; CIARCIA, Fabio, «Le carte dei servizi. Un quadro aggiornato al D. Lgs. 286/1999. in attuazione dell'art. 11

Presidente del Consejo de Ministros de 27 de enero de 1994, sobre los principios de la prestación de los servicios públicos, estableció, entre otras cuestiones, que los entes prestadores de servicios públicos deberían adoptar y publicar estándares de calidad y cantidad a los que quedarían vinculados [474]. El cumplimiento de dichos estándares por parte de los entes prestadores venía reforzado por la imposición de sanciones y la previsión del derecho a resarcimiento de los usuarios [475].

Lo dispuesto en dicha Directiva recibió el respaldo del legislador a través del Decreto-Ley de 12 de mayo de 1995, núm. 163 (artículo 2), convertido en Ley por la Ley de 11 de julio de 1995, núm. 273. Según dicho artículo 2, el Presidente del Consejo de Ministros, mediante Decretos, elaboraría esquemas generales de referencia de cartas de servicios públicos para determinados sectores [476], y los entes prestadores de servicios públicos, en el plazo

---

della L. 59/1997», en *dirittoitalia.it*, http://www.dirittoitalia.it/Dottrin/artic/carte_servizi.htm, y IEVA, Lorenzo, «"Carte dei servizi pubblici" e tutela degli utenti», en *Giust.it*, http://www.giust.it/articoli/ieva_servizi.htm (y la numerosa doctrina aquí citada).

[474] Así se deduce con toda claridad del número 1 del título II de la Directiva. Según el apartado quinto de dicho número 1, «El cumplimiento de los estándares no puede ser sujeto a condiciones. Sólo son derogables si los resultados son más favorables para los usuarios».

[475] El número 3 del título III de la Directiva señalaba, en su apartado primero, que, en el caso de los servicios prestados por las Administraciones públicas, la inobservancia de los principios por ella establecidos (entre los cuales debe incluirse la fijación de estándares y su cumplimiento) podría dar lugar a las sanciones previstas en los artículos 20 (apartados 9 y 10) y 59 del Decreto Legislativo de 3 de febrero de 1993, núm. 29.

El número 6 del título II de la Directiva, a su vez, estableció el derecho de los usuarios a resarcimiento (a reembolso, mejor) en los siguientes términos: «1. Los sujetos prestadores asegurarán a los usuarios formas de reembolso en los casos en que sea posible demostrar que el servicio prestado es inferior, en calidad y puntualidad (*tempestività*), a los estándares publicados. [...] 3. Sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes, los sujetos prestadores dispondrán de acción de regreso contra el dependiente al cual resulte imputable, por dolo o culpa grave, la falta de respeto de los estándares.» El número 1 del título III de la Directiva establecía la obligación de los entes prestadores de prever procedimientos de reclamación de los usuarios que permitieran —entre otras cuestiones— a éstos obtener el mencionado reembolso.

[476] Dichos sectores son la sanidad, asistencia y seguridad social, educación, telecomunicaciones y transportes, energía eléctrica, agua, gas y Hacienda. Esquemas generales de referencia de cartas de servicios han sido

de ciento veinte días desde la aprobación de dichos Decretos, deberían adoptar sus respectivas cartas de servicios, sobre la base de los principios establecidos en la Directiva de 1994 y en el esquema general de referencia que les fuera aplicable.

Actualmente, la regulación legal de las cartas de servicios se contiene en el artículo 11 del Decreto Legislativo de 30 de julio de 1999, núm. 286. Dicho precepto, dictado en cumplimiento de la delegación efectuada por el artículo 11.1.*c)* (y 17.1) de la Ley de 15 de marzo de 1997, núm. 59, busca simplificar la regulación de las cartas de servicios, que hasta ese momento era objeto de una duplicidad de fuentes normativas (la Directiva de 1994 y los posteriores Decretos sectoriales de fijación de esquemas generales de referencia). El (apartado segundo del) artículo 11 del Decreto Legislativo núm. 286 de 1999 dispone, en este sentido, que «Las modalidades de definición, adopción y publicidad de los estándares de calidad, los casos y las modalidades de adopción de las cartas de servicios, los criterios de medición de la calidad de los servicios, las condiciones de tutela de los usuarios, así como los casos y las modalidades de indemnización automática y forfetaria [*indennizzo automatico e forfettario*] a los usuarios por falta de respeto de los estándares de calidad serán establecidos mediante Directivas del Presidente del Consejo de Ministros actualizables anualmente» [477]. El precepto (en su apartado quinto) deroga expresamente el antes citado artículo 2 de la Ley núm. 273 de 1995, pero declara vigentes, mientras no se emanen las Directivas a que se refiere en el transcrito apartado segundo, los Decretos que han establecido los esquemas generales de referencia de las cartas de servicios; entre tanto, parece que también sigue en vigor la Directiva de 1994 [478].

---

aprobados para los sectores de sanidad (DPCM de 19 de mayo de 1995), educación (DPCM de 7 de junio de 1995), energía eléctrica (DPCM de 18 de septiembre de 1995), gas (DPCM de 18 de septiembre de 1995), asistencia y seguridad social (DPCM de 21 de diciembre de 1995), postal (DPCM de 30 de enero de 1996), transportes (DPCM de 30 de diciembre de 1998) y agua (DPCM de 29 de abril de 1999).

[477] En lo concerniente a los servicios públicos prestados directa o indirectamente por las regiones o los entes locales, el precepto señala que se procederá mediante actos de orientación y coordinación adoptados de acuerdo con la Conferencia unificada prevista en el Decreto Legislativo de 28 de agosto de 1997, núm. 281.

[478] IEVA, Lorenzo, «"Carte dei servizi pubblici"...», *op. cit.*, p. 15, nota núm. 39.

De la regulación italiana de las cartas de servicios —que va, como ya he dicho, mucho más lejos que la española, atribuyéndoles verdadero carácter vinculante— me interesa especialmente la previsión de «reembolsos» (según la Directiva de 1994) o «indemnizaciones automáticas y forfetarias» (según el Decreto Legislativo núm. 286 de 1999) para el caso de incumplimiento de los estándares fijados en las cartas de servicios. La circunstancia de que los estándares fijados en las cartas de servicios consistan normalmente —como se verá a continuación— en la imposición (o asunción voluntaria) de obligaciones de *resultado*, no ya de *conducta*, en la prestación de los servicios públicos (obligación de, p. ej., suministrar gas a un abonado en un plazo —máximo— determinado desde su solicitud, o de que los trenes lleguen sin retraso a su destino), podría hacer pensar que las indemnizaciones automáticas y a tanto alzado previstas por la normativa italiana constituyen hipótesis de responsabilidad civil objetiva de la Administración [479]. Pero existe un importante elemento de distorsión: los usuarios no tienen que probar daño alguno. El daño ni siquiera es presumido por la normativa italiana; simplemente lo ignora. El derecho a compensación económica surgirá aunque el usuario no haya sufrido daño alguno como consecuencia del incumplimiento del estándar fijado por la carta de servicios; surgirá, incluso, en el caso de que el usuario haya salido *beneficiado* del incumplimiento del estándar. Teniendo en cuenta que la presencia de un daño es esencial a la propia institución de la responsabilidad civil, y que dicha indemnización forfetaria resulta compatible [480] con la que eventualmente pueda corresponder al usuario en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración —cuando concurran los requisitos en general exigidos para ello por el ordenamiento italiano—, creo que puede afirmarse que no se trata de compensaciones concedidas en concepto de responsabilidad civil por el funcionamiento de los servicios públicos. El objetivo principal de estos *indennizzi* parece ser el de penalizar el incumplimiento de los estándares asumidos por la Administración e incentivar así su respeto futuro [481].

---

[479] Los entes prestadores no pueden, en efecto, negarse a conceder dichas indemnizaciones alegando que su actuación ha sido correcta —esto es, ni dolosa ni imprudente.

[480] IEVA, Lorenzo, «"Carte dei servizi pubblici"...», *op. cit.*, pp. 8-9.

[481] No hay que perder de vista, en cualquier caso, que la magnitud y alcance de estas compensaciones forfetarias son ciertamente limitados. En la carta de servicios de la compañía de gas de Salerno, p. ej. (dicha carta puede

Las cartas de servicios, pese a su indudable utilidad en la definición de lo que deba considerarse funcionamiento normal y funcionamiento anormal, no son, sin embargo, suficientes. No lo son porque su función natural consiste más en imponer a la Administración (y garantizar a los ciudadanos) obligaciones de *resultado* que obligaciones de *medios*, obligaciones de *conducta*. Son, en este sentido, instrumentos poco adecuados de imposición de *deberes de diligencia* (esto es, de deberes de conducta, de medios) a la Administración. Con ellas lo que pretende garantizarse es que la Administración *logrará* determinados resultados, no que hará lo que pueda (lo que la normativa le exija) para

---

encontrarse en la siguiente dirección: http://www.salernogas.com/carta_servizi.htm), el «reembolso forfetario» que se prevé (sólo en los supuestos de incumplimiento de los plazos establecidos para elaborar presupuestos, para activar y reactivar el abastecimiento de gas y para responder a las solicitudes y reclamaciones escritas de los usuarios) asciende a la suma de 50.000 liras; estas menos de 5.000 pesetas serán en unos casos superiores a los daños efectivamente sufridos por el usuario (difícilmente sufrirá un daño superior a esta cantidad el usuario que, p. ej., reciba la contestación de la compañía a su solicitud escrita un par de días después del plazo fijado para ello —siete o doce días, según el caso—), pero en otros serán claramente inferiores (piénsese, p. ej., en una familia que tenga que trasladarse a un hotel —y permanecer en él durante varios días— por falta de suministro del gas).

La cantidad indemnizatoria prevista en la carta de servicios de la compañía de gas de Salerno pone de relieve que estos *indennizzi* son cuantificados considerando más el importe que los usuarios deben satisfacer para obtener el servicio que el daño que eventualmente puedan experimentar dichos usuarios por el incumplimiento de los estándares. El *indennizzo* vendría a ser así una devolución (un *reembolso*, como lo denomina la carta de servicios aquí examinada y como lo denominaba la Directiva de 1994) del importe previamente satisfecho por el usuario para la obtención del servicio: si el servicio no funciona como corresponde (no obtiene los resultados esperados/exigidos), el usuario no lo paga.

Así configurado, este *indennizzo* italiano se acerca a una devolución de la prestación en el ámbito contractual, y encuentra un paralelismo evidente en un supuesto conocido por la experiencia española: la devolución del importe del billete del tren cuando éste llega a su destino con —un determinado— retraso (en la carta de servicios del tren español de alta velocidad —AVE— se establece, p. ej., que el pasajero tendrá derecho a que se le devuelva el importe del billete cuando el tren llegue a su destino con un retraso superior a los cinco minutos; dicha carta de servicios puede encontrarse —junto a las otras ya aprobadas en el ámbito de la Administración General del Estado— en la dirección electrónica del Ministerio de Administraciones Públicas antes facilitada).

lograrlos. Es habitual, p. ej., en España, que las cartas de servicios establezcan el compromiso de que las llamadas telefónicas que los particulares efectúen para obtener alguna información de la Administración sean atendidas en menos de un minuto; ésta constituye, sin lugar a dudas, una obligación [482] de resultado, no una obligación de medios, de diligencia: si las líneas telefónicas se encuentran saturadas por causas no imputables a la Administración o los telefonistas ejercen legítimamente su derecho de huelga y las llamadas no pueden ser atendidas en menos de un minuto, se vulnerará la obligación establecida en la carta del servicio, pero no podrá decirse que ello sea debido a un funcionamiento anormal del servicio, a una *actuación* incorrecta de la Administración [483].

El funcionamiento anormal al que —en mi opinión— debe vincularse la responsabilidad de la Administración se predica de *conductas* y no de resultados [484]. Lo contrario significa defender la responsabilidad objetiva de la Administración, una responsabilidad por el mero resultado, por resultados típicos (los garantizados —tipificados—, en este caso, en las cartas de servicios). Vincular la anormalidad a resultados y no a conductas administrativas viene a ser como extender a la Administración la responsabilidad —sin duda objetiva— del fabricante por productos defectuosos: la Administración responderá siempre que produzca servicios defectuosos [485]. Y ya sabemos las razones que se

---

[482] Prescíndase aquí del hecho de que, en España, a diferencia de lo que sucede en Italia, los «compromisos» asumidos en las cartas no son verdaderas obligaciones, como sabemos.

[483] Y es que no todos los estándares de calidad a que puede someterse a la Administración son estándares de actuación, de conducta; los estándares previstos en las cartas de servicios son, ordinariamente, estándares de calidad de *resultados*. Las normas de diligencia son normas que se imponen sobre las conductas para evitar determinados resultados (resultados lesivos) y constituyen, en este sentido, estándares de *actuación*, no de resultados.

[484] El mismo término «funcionamiento» parece aludir más a la conducta, a la actuación de la Administración que a los resultados que la misma produzca.

[485] La responsabilidad del fabricante es objetiva porque lo único que importa es el resultado (el producto, el producto defectuoso), no cómo se ha llegado a él: se responde por el daño causado por el producto defectuoso, por muy bien que el mismo haya sido fabricado (por mucho que en su proceso de fabricación se hayan respetado todas las normas de diligencia). Se trata de una

oponen a la responsabilidad objetiva global de la Administración [486].

Las cartas de servicios no son buenas conductoras de normas de diligencia de la Administración porque sus destinatarios naturales son los ciudadanos, no la Administración. Las normas de diligencia, las normas que definan qué *actuaciones* —conductas— de la Administración son correctas (normales —funcionamiento normal—) y cuáles no (anormales —funcionamiento anormal—), las normas, en definitiva, que establezcan el *modelo de conducta* de la Administración, encuentran mejor ubicación, por ello, en cuerpos normativos *dirigidos a la Administración*. Es en Leyes, Decretos legislativos [487] y Reglamentos de servicios dirigidos a la Administración donde pueden y deben imponerse los concretos estándares de actuación, los concretos estándares de diligencia cuyo incumplimiento permita afirmar que ha habido un funcionamiento anormal de los servicios públicos generador de responsabilidad patrimonial.

Los ejemplos imaginables de estándares de diligencia que cabría —y habría que— imponer normativamente a la Administración son múltiples: periodicidad y forma en que debe revisarse el estado de las carreteras, túneles, puentes y presas, del sistema de alcantarillado, de los medios de transporte públicos (revisiones mecánicas de autobuses, metro, trenes, aviones, barcos y de las infraestructuras que los soportan —túneles, raíles, pistas de despegue, puertos...—), del tendido eléctrico, del software y hardware informáticos empleados por la Administración, del material utilizado en hospitales (así como de sus instalaciones: periodicidad y forma en que se revisará su salubridad, para

---

responsabilidad por resultado, no por conducta. Una responsabilidad de la Administración por servicios (no ya productos) defectuosos (aquellos que no logran el resultado esperado/exigido) es igualmente objetiva.

[486] Recuérdese lo dicho, *supra*, en los once epígrafes de la parte tercera del presente capítulo.

[487] El Decreto legislativo aparece como una herramienta normativa especialmente útil para la fijación de dichos estándares de actuación administrativa, pues combina la mayor legitimidad democrática de la norma de rango legal con la aptitud de la norma reglamentaria para llevar a cabo regulaciones detalladas de cuestiones de alto componente técnico.

evitar las infecciones nosocomiales), en el ejército (estado del armamento, de los aviones, barcos, submarinos y carros de combate...), en los servicios de extinción de incendios, etc.; elaboración de detallados protocolos médicos (donde se establezcan las pruebas y análisis que habrá que hacer a los pacientes en función de los síntomas que presenten, los análisis a que deben someterse la sangre destinada a transfusión y los productos hemoderivados, en qué supuestos habrá que intervenir quirúrgicamente y en cuáles no, quiénes anestesiarán, operarán y quiénes no, qué elementos se tendrán en cuenta en el momento de incluir a un paciente en una lista de espera, qué medidas profilácticas deberán adoptarse en un hospital, cuándo, cómo y con qué intensidad hay que vigilar a los distintos tipos de pacientes —más o menos graves, con o sin tendencias suicidas—...), medidas de seguridad a adoptar en las carreteras (cuándo y dónde ubicar medianas, alambradas que protejan de desprendimientos de piedras sobre la calzada y vallas que impidan la entrada de animales, cómo deben ser los «quitamiedos», cuándo, dónde y con qué regularidad debe echarse sal en la calzada para evitar la formación de capas de hielo, cómo deben señalizarse las carreteras, prohibición de emplear pinturas deslizantes en la señalización de las vías públicas...), en las escuelas públicas o en las cárceles, revisiones técnicas que la Administración debe efectuar antes de autorizar cualquier tipo de instalación o empresa, análisis e inspecciones que deben efectuar las autoridades encargadas de velar por las condiciones sanitarias de los alimentos y locales abiertos al público, protocolos de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad (cuándo y cómo emplear las armas de fuego, cómo actuar en caso de avisos de bomba o de secuestros...), protocolos jurídicos destinados a homogeneizar el proceso de adopción de actos administrativos y evitar la emanación de actos nulos (comprobaciones fácticas que deben realizarse y normativa, jurisprudencia y doctrina que debe consultarse antes de dictar los distintos tipos de actos administrativos —al menos los más complejos, cuando la interpretación de la normativa vigente resulta más difícil— [488]), protocolos de verificación de la

[488] Esta previsión resultará sin duda chocante en España. Pero es obligada si se quiere llevar a la Administración a estándares de actuación europeos: en

veracidad de las informaciones suministradas por la Administración, etc. [489]

> Algunos de estos estándares de diligencia de la Administración existen ya en el ordenamiento jurídico español. Muchos otros, sin embargo, no. Lo cual no deja de ser comprensible, teniendo en cuenta que, como sabemos, la responsabilidad patrimonial de la Administración española es siempre objetiva y no depende, por tanto, de la infracción de una norma de diligencia. ¿Para qué detenerse a elaborar complejos estándares de actuación, particularizadas normas de diligencia, si la Administración responderá civilmente tanto si los infringe como si no? [490]

Junto a los concretos estándares impuestos genéricamente a los distintos servicios administrativos cabe fijar también concretas normas de diligencia directamente dirigidas a los funcionarios y agentes públicos. Cobran así especial importancia los códigos deontológicos y de comportamiento de los funcionarios y agentes públicos.

> Conviene aquí —de nuevo— tener en cuenta el ejemplo italiano. Recientemente, por Decreto del Ministro de la Función Pública de 1 de diciembre de 2000, se ha aprobado un —nuevo [491]—

Alemania se considera que un funcionario actúa imprudentemente cuando desconoce no sólo la normativa reguladora de su ámbito de actividad, sino, también, su interpretación jurisprudencial y doctrinal (MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 639).

[489] Estos —y los muchos otros que cabe imaginar— estándares de actuación administrativa, de diligencia, se asemejan estructural y funcionalmente a los miles de normas de seguridad que regulan los procesos productivos en la industria y que tratan de evitar los daños en los trabajadores y en los consumidores. Sobre las normas de seguridad industrial y, en general, sobre las normas técnicas, su evolución, características, clases, importancia y funciones, véase ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho...*, *op. cit.*, capítulo quinto.

[490] De ello se desprende un nuevo argumento en favor de la limitación de la responsabilidad objetiva global de la Administración española: reconducir la responsabilidad de la Administración al funcionamiento anormal de los servicios públicos estimula —parece razonable entender que así sea— la elaboración de concretos estándares normativos de diligencia administrativa.

[491] Ya fue aprobado uno por Decreto del Ministro de la Función Pública de 31 de marzo de 1994. El nuevo Código de comportamiento lo deroga expresamente en su artículo 14, pero recoge buena parte de sus disposiciones. Como el anterior, desarrolla la previsión contenida en el artículo 58 bis del Decreto Legislativo de 3 de febrero de 1993, núm. 29.

Código de comportamiento de los funcionarios y agentes públicos. Como señala su artículo 1.1, sus principios y contenidos «constituyen especificaciones ejemplificativas de los deberes de diligencia, lealtad e imparcialidad que califican el correcto cumplimiento de la prestación laboral». Dicho código sin duda contribuye a definir y perfilar el modelo objetivo del funcionario diligente.

El escenario ideal sería pues, a mi modo de ver, aquel en que todas las actividades administrativas se encontraran perfectamente reguladas y sujetas a concretos y exhaustivos estándares normativos de actuación, de diligencia. Ese escenario ideal, sin embargo, no bastaría. No bastaría por tres grandes razones.

La primera, y más obvia, es la de que el legislador y la Administración no pueden regular todos y cada uno de los posibles comportamientos de la Administración; por mucho que se intente, siempre se escaparán supuestos, siempre quedarán ámbitos que carecerán de la respectiva norma de diligencia, de la respectiva pauta de conducta. El recurso a la analogía (aplicar los estándares normativos previstos a supuestos que carezcan de ellos y que puedan ser considerados análogos) permitirá resolver satisfactoriamente muchos casos, pero no todos.

La segunda es la de que los estándares impuestos normativamente quedan rápidamente obsoletos por el paso del tiempo y —sobre todo— los sucesivos avances científicos y tecnológicos que el mismo conlleva [492]. La obsolescencia puede y debe ser combatida por el legislador y la Administración mediante

[492] El advenimiento de nuevos estadios científico-tecnológicos es sin duda uno de los factores más importantes de obsolescencia de los estándares de diligencia de la Administración impuestos normativamente, pero no es el único. Cruciales son también el abaratamiento del coste de las medidas de seguridad (piénsese, p. ej., en los aparatos médicos de última generación que se utilizan en los hospitales: si su coste baja será más fácil incluir su —adquisición y posterior— uso en los protocolos médicos; o piénsese en los análisis clínicos: si realizarlos resulta cada vez más barato, más frecuente y generalizada deberá ser también su realización), el aumento (o disminución) de riqueza en la sociedad de referencia, los cambios en la presión fiscal que la colectividad está dispuesta a soportar o el incremento (o reducción) del deseo de seguridad de los ciudadanos (que aumente o disminuya su aversión al riesgo).

actualizaciones periódicas de los estándares normativos; pero no siempre reaccionarán a la velocidad requerida [493].

La tercera es que puede ocurrir que los propios estándares normativos de diligencia merezcan ser considerados imprudentes; esto es, que los estándares normativos sean claramente insuficientes y que su mero cumplimiento no pueda exonerar de responsabilidad a la Administración. Ello sólo sucederá, en mi opinión, en casos extremos, aquellos en que el solo cumplimiento del estándar normativo (y la no adopción de ulteriores medidas de seguridad) por parte del funcionario o agente administrativo le haga incurrir en responsabilidad penal (cuando el solo cumplimiento del estándar normativo dé lugar a una conducta que pueda ser calificada de temerariamente imprudente desde la perspectiva del Derecho penal). Creo, en este sentido, que los estándares normativos tienen su límite en la norma de diligencia del Derecho penal: no puede considerarse que una actuación administrativa sea correcta, diligente (no puede constituir, en definitiva, funcionamiento normal), cuando sea temeraria para el Derecho penal.

> En la historia judicial española se encuentra un caso muy importante en que ello sucedió: la condena penal a dos facultativos del hospital Príncipes de España de Bellvitge por permitir la transfusión de sangre no sometida a las pruebas de detección del virus del SIDA (las transfusiones practicadas comportaron el

---

[493] Que un aspecto negativo de los estándares específicos fijados normativamente es que soportan mal el paso del tiempo lo ha advertido ya MARTÍN REBOLLO al señalar que con ellos se corre el riesgo de «petrificar el Derecho» (MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 365). L. MARTÍN-RETORTILLO, a su vez, refiriéndose sobre todo a la cuantificación normativa de los daños (lo que dice es sin embargo válido también en nuestro contexto), afirma que «Cierto que cualquier opción puntualizadora está siempre expuesta al peligro del aherrojamiento: que el paso del tiempo torne anticuadas —y ridículas— las previsiones. En este sentido el protagonismo del juez ofrece la ventaja de su permanente puesta al día. Pero lo cierto es que, si se quiere, peligro tal puede ser conjurado con cuidado: cláusulas de adecuación de las cuantías, previsión de reforma de las mismas periódicamente, etcétera. Entran ya los aspectos de técnica legislativa, cuyo afinamiento y cuidado debería requerir la mayor atención» (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, p. 106).

contagio del virus a varios pacientes) [494]. Una de estas transfusiones se realizó en el mes de junio de 1986, cuando todavía no se había establecido en toda España la obligatoriedad de someter la sangre objeto de transfusiones a las pruebas de detección del virus del SIDA [495]; el acto médico, por ello, no vulneraba el estándar de diligencia médica impuesto por la normativa administrativa española del momento. Pero el Tribunal Supremo entendió que en esa fecha los conocimientos existentes en la comunidad científica sobre el virus del SIDA y el riesgo de su contagio por sangre eran ya suficientes [496], y que ambos facultativos, con su actuación, omitieron las más elementales normas de precaución y cautela. Uno fue condenado por imprudencia temeraria y el otro por imprudencia simple. En un caso semejante dudo que pueda decirse que el servicio público ha funcionado con normalidad, de forma correcta y diligente [497].

Pero si ello no es así, si el estándar normativo de diligencia fijado para la Administración no contradice claramente la norma de diligencia penal, debe primar la decisión de quien lo ha establecido, y debe entenderse —al menos en línea de principio—

---

[494] Se trata de la célebre STS (Sala 2.ª) de 18 de noviembre de 1991 (Ar. 9448).

[495] En Cataluña dicha obligatoriedad se estableció por Orden de la Consejería de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de 10 de octubre de 1986. El deber de practicar las pruebas de detección del SIDA en la sangre dirigida a transfusiones se extendió a toda España por Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 18 de febrero de 1987.

[496] Sobre la cronología científico-técnica en materia de SIDA puede verse el epígrafe 3.2.3.2 del capítulo cuarto de mi trabajo *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...., op. cit.*

[497] El caso de las transfusiones sanguíneas efectuadas en el hospital de Bellvitge (y en tantos otros hospitales españoles) puede ser abordado desde la perspectiva descrita, esto es, considerando que lo que allí sucedió es que el estándar de diligencia fijado en la normativa administrativa chocaba con la norma de diligencia penal. Pero también puede ser afrontado desde una distinta: puede entenderse que lo que ocurrió es que el estándar de diligencia fijado en la normativa administrativa reguladora de las transfusiones sanguíneas había quedado *obsoleto*, no habiendo sido adaptado ni al surgimiento de la enfermedad del SIDA ni a los avances científico-técnicos que permitían ya en ese momento detectar y prescindir de la sangre contaminada por el virus que la provoca; la normativa española reguladora de las transfusiones sanguíneas se había quedado, en definitiva, en el estadio anterior a la enfermedad del SIDA.

que la Administración actúa correctamente (diligentemente) cuando lo respeta; quienes crean que la Administración debe hacer más para evitar daños, que no es suficiente el respeto del estándar normativo fijado, siempre podrán impugnar la norma (reglamentaria) que lo establezca ante la jurisdicción contencioso-administrativa y esperar que los tribunales la anulen.

¿Cómo corregir estas tres grandes insuficiencias de un sistema basado exclusivamente en exhaustivos estándares específicos de diligencia impuestos normativamente? Ya lo he adelantado antes: combinando los estándares normativos con la otra gran opción —antes aludida— que se presenta cuando se trata de definir cuál será el modelo de conducta (de diligencia) que deberá seguir la Administración: una cláusula general de diligencia (o, negativamente: una cláusula general de culpa). Una cláusula general de diligencia que permita corregir y superar las rigideces de la estandarización y otorgue la suficiente flexibilidad al sistema [498]. Pero una cláusula general de diligencia que actúe como una cláusula de cierre y sólo opere excepcionalmente, cuando los estándares normativos incurran en alguna de las tres grandes insuficiencias apuntadas. Porque una cláusula general de diligencia, aunque sea concebida como un concepto jurídico indeterminado [499], queda —como se ha visto— en gran parte en manos del juez, amenazando la realización de los principios de igualdad, democrático y de seguridad jurídica [500].

---

[498] La ventaja principal de una cláusula general de diligencia (derivada, precisamente, de su generalidad) es su flexibilidad y capacidad de adaptación al caso concreto.

[499] Para GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ «la Ley [ha] objetivado la anormalidad haciendo de ésta un concepto jurídico indeterminado» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, p. 394).

[500] Sobre los problemas que para la realización de dichos principios supone la concesión al juez de un excesivo margen de maniobra en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración véase lo que se dirá *infra* en el próximo capítulo.

El dilema estándares normativos de diligencia-cláusula general de diligencia no es otro, entonces, que el de cómo resolver la tensión existente entre, por un lado, los principios democrático, de igualdad y de seguridad jurídica y, por otro, la necesaria flexibilidad y la justicia del caso concreto.

Esta cláusula general de diligencia debe tener en cuenta los principios constitucionales que delinean los rasgos básicos de la Administración y de su actividad. La Administración que debe tomarse como modelo en el momento de construir y aplicar esta cláusula general de diligencia es, pues —tomando los principios que parecen más relevantes en este contexto—, una Administración *eficaz*, *servicial*, *imparcial* y *sometida plenamente a la ley y al Derecho* (artículo 103.1 CE) [501]. En definitiva, una *buena* Administración [502]. Esta cláusula general de diligencia, además, debe partir del estándar medio de diligencia exigido a sujetos públicos y privados y de las posibilidades reales —no imaginarias— de las Administraciones públicas del país.

Un sistema de exhaustivas normas de diligencia administrativa, de concretos estándares normativos, adecuadamente combinado con una cláusula general de cierre, constituye, a mi juicio, el modelo a seguir, lo que debe imponerse en sustitución del régimen de responsabilidad objetiva global actualmente vigente en España.

4.3. Anormalidad y teoría de la imputación objetiva

Acabamos de ver cuál es, a grandes rasgos, el alcance que debe tener la responsabilidad patrimonial de la Administración y

---

[501] Recuérdese que también en Italia se vincula la cláusula general de culpa administrativa a los principios constitucionales de la Administración.

[502] Una de las aportaciones importantes de la reciente Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea es, sin duda, la instauración de un verdadero derecho fundamental (aunque carente, por el momento, de fuerza jurídica, como el resto de la Carta) «*a una buena administración*» (artículo 41). Derecho que incluye, como manifestación particular —y de especial relevancia, como se comprende, a nuestros efectos—, el derecho a obtener indemnización en concepto de responsabilidad extracontractual por los daños irrogados por la Administración —comunitaria— (apartado tercero del referido artículo 41).

Sobre el concepto (y deber) de buena administración —en el marco, sobre todo, del procedimiento administrativo— puede verse el amplio estudio de Ponce Solé, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

qué debe entenderse por funcionamiento anormal de los servicios públicos. En el presente epígrafe me interesa detenerme someramente en una cuestión mucho más específica y de índole sistemático: ¿Cómo conciliar la limitación de la responsabilidad de la Administración española aquí propuesta —o sea: que la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo nazca, como regla general, en caso de funcionamiento anormal de los servicios públicos— con la teoría de la imputación objetiva?

La teoría de la imputación objetiva, surgida en Derecho civil alemán (en un trabajo de juventud de LARENZ) y recogida y desarrollada, sobre todo, por la dogmática penal (alemana, española e italiana), propugna que la cuestión de cuándo un daño (en general, un determinado resultado) debe ser atribuido a una conducta determinada posee una naturaleza esencialmente normativa, valorativa; la constatación de la existencia de relación de causalidad entre la conducta y el daño no es suficiente para atribuir éste a aquélla porque la causalidad —contra lo que se ha pretendido con frecuencia— tiene una naturaleza fáctica, naturalística, no normativa, y no resulta por ello apta para canalizar la valoración jurídica requerida para llevar a cabo dicha atribución, no resulta apta para decidir cuándo un determinado resultado es —jurídicamente— *obra* de una conducta determinada. La causalidad (que, en tanto noción naturalística, viene perfectamente explicada por la teoría de la equivalencia de las condiciones: la madre del asesino es causa del asesinato cometido por éste; también lo es la propia víctima), no siendo suficiente (a veces ni siquiera será necesaria, como sucede en los casos de responsabilidad por omisión), debe ser completada con una segunda fase de análisis que valore la relación existente entre la conducta y el daño —el resultado— desde una perspectiva no ya fáctica, sino normativa, axiológica. La teoría de la imputación objetiva suministra también los concretos títulos de imputación que componen esta segunda fase de análisis y que cabe extraer del ordenamiento vigente.

He tratado de aplicar la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad patrimonial de la Administración —sanitaria— en otro lugar [503]. En dicho trabajo he partido de la constatación de que conviene separar claramente dos grandes niveles de

[503] En MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, capítulos primero y cuarto. En el capítulo pri-

imputación que a menudo se confunden: la imputación de *conductas* a la Administración (imputación de primer nivel o imputación de conductas), y la imputación de *daños* a las conductas previamente imputadas a la Administración (imputación de segundo nivel o imputación de daños). Ambos deben concurrir para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración (además, obviamente, de la existencia de un daño, con todos sus requisitos). En el primer nivel de imputación se plantea cuándo una conducta desarrollada por una persona física puede ser atribuida a la Administración pública (cuándo puede decirse que ha existido una *actuación de la Administración*); los criterios o títulos de imputación de primer nivel básicos —aunque no los únicos— son, en España (como en muchos otros ordenamientos), la inserción en la organización administrativa (que la persona sea un funcionario o agente de la Administración) y la actuación en ejercicio o con ocasión de las funciones. En el segundo nivel de imputación (imputación del daño) es donde se plantea cuándo un *daño* —no ya una conducta— puede ser atribuido a la Administración (a la conducta de una persona física a su vez atribuida —en virtud del primer nivel de imputación— a la Administración), cuándo, en definitiva, puede considerarse que un determinado daño es *obra* de la Administración. Es precisamente en este segundo nivel de imputación donde ubico y aplico la referida teoría de la imputación objetiva. Tras las necesarias modificaciones, requeridas para adaptar convenientemente dicha teoría a la responsabilidad objetiva de la Administración española —sanitaria—, concluyo que sólo procede imputar un daño a la Administración cuando ésta, con su actuación, además de haberlo causado (además de que haya relación de causalidad entre la actuación

---

mero me ocupo con cierta extensión de la teoría de la imputación objetiva (de sus orígenes y presupuestos fundamentales) y de por qué conviene recibirla en el Derecho administrativo. En el capítulo cuarto trato de aplicarla, con cierto detalle, a la responsabilidad patrimonial de la Administración —sanitaria—. Aplica también a la responsabilidad administrativa la teoría de la imputación objetiva BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación...*, *op. cit.*, capítulo tercero. Parece admitirla, también, en el ámbito administrativo, ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho...*, *op. cit.*, capítulo sexto (en todo el capítulo y, en especial, en las pp. 192-193). La ve con buenos ojos LEGUINA VILLA, Jesús, «Prólogo», *op. cit.*, p. 26. En contra de la teoría de la imputación objetiva, entre los administrativistas españoles, DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 70-74.

> administrativa y el daño), haya creado un riesgo no insignificante, no permitido y no consentido de producirlo, y dicho riesgo —y no otro: fuerza mayor o intervención de la víctima o de un tercero— sea el que se haya realizado en el resultado lesivo [504].

La conciliación entre una responsabilidad por culpa —por culpa, en nuestro caso, objetiva— y la teoría de la imputación objetiva no es sólo posible, sino que resulta fácil y natural. No debe olvidarse, en este sentido, que la teoría de la imputación objetiva ha sido desarrollada, sobre todo, en el ámbito del Derecho penal, donde la responsabilidad se vincula indisociablemente a la presencia de culpa.

Al igual que en Derecho penal, la culpa —la anormalidad, en nuestro caso, de la actuación administrativa— debe integrarse en el título de imputación del *riesgo (no) permitido*: cuando la Administración actúe —funcione— de forma anormal, rebasará el nivel de riesgo permitido y (en el caso de que dicho riesgo no se encuentre consentido y sea el que se realice en el resultado lesivo) deberá serle imputado objetivamente el daño, teniendo la víctima derecho a indemnización.

La subordinación de la responsabilidad administrativa al requisito de la anormalidad, por tanto, sólo provoca que se eleve el nivel de riesgo permitido (permitido desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial) a la Administración; el listón de las actuaciones permitidas a la Administración (esto es, exentas, no generadoras de responsabilidad patrimonial) se sitúa más arriba que bajo una responsabilidad de tipo objetivo como la actualmente imperante en España. La limitación de la responsabilidad administrativa que propongo en este trabajo incide en el título de imputación (de segundo nivel) del riesgo no permitido, pero no en los demás (no disminución de un riesgo, riesgo no insignificante y no consentido, realización del riesgo en el resultado).

---

[504] La pregunta que trato de contestar en el presente epígrafe es la de cómo incide en dicho esquema (que ideé teniendo en mente la responsabilidad *objetiva* prevista *de lege lata* por el ordenamiento español) la limitación que ahora propongo del sistema español de responsabilidad de la Administración.

5. Recapitulación

Dos han sido las cuestiones centrales abordadas en el presente capítulo: 1) por qué no debe admitirse un régimen de responsabilidad civil objetiva global de la Administración (*por qué* debe limitarse el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración española); 2) cuál es el alcance adecuado de la responsabilidad de la Administración (*en qué medida* conviene limitar el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración española).

1. Tras examinar con cierto detalle cuál es el grado de penetración que la responsabilidad —civil— objetiva tiene en Derecho privado y en Derecho público comparado, así como los argumentos que uno y otro han suministrado en su defensa, hemos visto por qué resulta inaceptable un sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración (un sistema en que la responsabilidad sea objetiva para todos y cada uno —sin excepción— de los ámbitos de actuación administrativa) como el que recoge el ordenamiento español desde hace más de cuarenta y cinco años: la responsabilidad objetiva —contra lo que se había llegado a pronosticar— no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa en Derecho civil; la responsabilidad objetiva global de la Administración no existe en los países de nuestro entorno, siendo necesario acercar el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración a los sistemas de responsabilidad administrativa del resto de Estados miembros de la Unión Europea; el criterio del riesgo especial (manejado ordinariamente en Derecho privado en apoyo de la responsabilidad objetiva) no justifica una responsabilidad objetiva global de la Administración; no procede equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares (el criterio del beneficio —tan empleado también en Derecho privado para fundamentar la responsabilidad objetiva— no justifica la responsabilidad objetiva global de la Administración); el principio de igualdad ante las cargas públicas (uno de los principales argumentos suministrados por el Derecho administrativo en favor de la responsabilidad objetiva) no justifica la responsabilidad objetiva global de la

Administración; el principio de garantía patrimonial de los administrados (el fundamento que la doctrina española mayoritaria otorga a la responsabilidad objetiva de la Administración) no puede justificar la responsabilidad objetiva global de la Administración; el artículo 106.2 CE no impone la responsabilidad objetiva global de la Administración española; la responsabilidad objetiva global de la Administración constituye un subsidio a las compañías aseguradoras privadas; la responsabilidad objetiva global de la Administración es insostenible económicamente; la responsabilidad patrimonial no puede erigirse en el criterio determinante del volumen de actuación de las Administraciones públicas; la responsabilidad objetiva global no satisface adecuadamente la función de control que corresponde a la responsabilidad civil de las Administraciones públicas; la responsabilidad civil no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad social (la función redistributiva no corresponde a la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino a instituciones distintas, como la seguridad social); la responsabilidad objetiva global no estimula la adopción de concretos estándares normativos de diligencia de las Administraciones públicas.

2. A continuación he expuesto cuál debe ser, a grandes rasgos, en mi opinión, el alcance de la responsabilidad administrativa: limitada la responsabilidad objetiva a supuestos excepcionales y típicos (análogos a los previstos en Derecho civil), y sin perjuicio de que convenga construir un sistema articulado de responsabilidad administrativa (que tome en consideración las especialidades de los distintos sectores de la acción pública), la regla general debe ser la responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, de la Administración. Funcionamiento anormal entendido como culpa objetiva y delimitado con arreglo a exhaustivos estándares normativos de diligencia a elaborar por el legislador y la Administración y a combinar con una cláusula general de diligencia que sirva de cierre y permita conferir al sistema la necesaria flexibilidad en los casos concretos.

CAPÍTULO QUINTO

LA EXCESIVA GENERALIDAD Y UNIFORMIDAD DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Hacia un sistema más preciso y articulado de responsabilidad administrativa

En el capítulo precedente me he ocupado del excesivo alcance del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración, su defecto más llamativo y más enfatizado por parte de la doctrina crítica. No es, sin embargo —ya lo he dicho antes—, su único defecto. A mi modo de ver, al sistema español cabe reprocharle también una excesiva generalidad y uniformidad. Debe decirse, no obstante, en defensa del sistema español, que en ello —y a diferencia de lo que sucedía con el excesivo alcance— no se distingue particularmente de los sistemas europeos de responsabilidad administrativa que nos están sirviendo de término de comparación en el presente trabajo: la excesiva generalidad y uniformidad son características muy comunes en los modernos sistemas de responsabilidad de las Administraciones públicas.

En este último capítulo me ocuparé de ambos defectos. Pese a estar íntimamente relacionados (no puede corregirse el defecto de la uniformidad sin combatir también el de la generalidad y obligar al legislador a que precise más la regulación de la institución), pueden ser, en mi opinión, deslindados, y merecen un tratamiento autónomo. Comenzaré con la excesiva generalidad, los problemas que la misma plantea y sus posibles soluciones. A continuación, en la segunda parte del capítulo, trataré de sentar las bases de un sistema articulado, no uniforme, de responsabilidad administrativa.

1. La excesiva generalidad del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración

1.1. Peligros de un sistema de responsabilidad administrativa excesivamente genérico y que conceda demasiado protagonismo al juez

La normativa española reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración peca de una excesiva generalidad e indeterminación. El artículo 106.2 CE, como ya sabemos, remite a la Ley la regulación de dicha institución [505]. Esta Ley, actualmente, es la LRJPAC. Pues bien, la LRJPAC dedica sólo ocho preceptos a la responsabilidad administrativa, y, de ellos, sólo dos —y sólo en parte— se ocupan de los requisitos sustanciales de la misma. Se trata de los artículos 139 (apartados primero y segundo) y 141 (apartado primero), que poco añaden —aparte, por supuesto, de establecer la responsabilidad objetiva global de la Administración [506]— a lo que ya dispone el artículo 106.2 CE. Uno y otro precepto se limitan a enunciar los requisitos de la responsabilidad administrativa, sin concretarlos: existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en una persona o grupo de personas, no inevitable o imprevisible según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, que no derive de fuerza mayor, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, y que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Todos y cada uno de estos requisitos plantean problemas interpretativos importantes (¿qué debe entenderse, p. ej., por relación de causalidad, o por daño individualizado, o por fuerza mayor, o por funcionamiento normal/anormal

[505] El nivel de generalidad del artículo 106.2 CE es sin duda el adecuado. Como se ha visto *supra*, en el epígrafe 3.7 del capítulo cuarto, no parece que la Constitución sea la sede adecuada para regular los aspectos básicos —menos aún los de detalle— de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Cumple sobradamente la Constitución garantizando la institución de la responsabilidad administrativa y efectuando una tan amplia remisión al legislador.

[506] Sobre esta gran diferencia entre los artículos 106.2 CE y 139.1 LRJPAC remito de nuevo a lo señalado *supra*, en el epígrafe 3.7 del capítulo cuarto.

de los servicios públicos?, ¿cuándo obliga la Ley a soportar un daño?, ¿existen causas de justificación? —si las hay, ¿cuáles son?—, ¿cuál es el grado de consenso que debe haber en la comunidad científica de referencia para que pueda decirse que el daño era imprevisible o inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica?, ¿qué relevancia tiene —si la tiene— el consentimiento o culpa de la víctima o la intervención de un tercero?). Pero el legislador no los aborda, prescindiendo de ulteriores especificaciones. Como tampoco aborda otros requisitos materiales que parecen deducirse de su articulado (¿qué hay que entender por funcionario o agente a efectos de responsabilidad?, ¿cuándo se imputará la conducta de un funcionario o agente a la Administración pública?).

La normativa reglamentaria no corrige esta gran indeterminación de la LRJPAC. El Reglamento que ha desarrollado la LRJPAC en materia de responsabilidad patrimonial —el RRP— se ocupa casi exclusivamente de los procedimientos administrativos previstos para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración (procedimiento ordinario y abreviado) y de los funcionarios y agentes administrativos (por los daños que causen a los particulares —acción de regreso— y en los bienes y derechos de la Administración), omitiendo toda concreción de los requisitos fundamentales de la institución [507].

> De los requisitos de la responsabilidad administrativa previstos en la LRJPAC, el que probablemente resulta más indeterminado es el de la antijuricidad del daño: ¿Cuándo se considerará que el particular tiene el deber jurídico de soportar el daño? (artículo 141.1 LRJPAC). Esta indeterminación es especialmente grave porque, en un sistema como el español, donde la responsabilidad es siempre objetiva y resulta indiferente que la actuación administrativa haya sido correcta o incorrecta, el requisito de la antijuricidad del daño adquiere una particular importancia.

---

[507] Aunque la LRJPAC, en su DF, habilita al Consejo de Ministros para que adopte «cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo de la presente Ley sean necesarias», el Gobierno, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, sólo ha hecho uso, a través del RRP, de las específicas habilitaciones relativas a cuestiones procedimentales contenidas en los artículos 142.3 y 145 (apartados segundo y tercero) LRJPAC.

Prueba de esta gran indeterminación del requisito de la antijuricidad del daño la ofrece la oscilante interpretación que del mismo viene efectuando la propia doctrina partidaria de la responsabilidad objetiva global de la Administración. GARCÍA DE ENTERRÍA, en los años cincuenta, señaló que los particulares sólo tenían el deber jurídico de soportar aquellos daños que se encontraran cubiertos por una causa de justificación *expresa y concreta* [508]. Actualmente, sin embargo, este autor —junto a T.-R. FERNÁNDEZ— no parece pensar lo mismo [509]. En su *Curso* no se dice ya en ningún sitio que las causas de justificación que obliguen a soportar el daño deban estar previstas de forma expresa y concreta; además, los nuevos ejemplos de daños no antijurídicos que se aportan no constituyen, desde luego, causas de justificación expresa y concretamente previstas por la Ley: ¿En qué Ley se establece expresamente, p. ej., que las cargas generales —uno de los ejemplos de daño no antijurídico suministrados ahora por GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ— deban ser soportadas sin indemnización por los particulares? Parece claro, pues, que ahora, para GARCÍA DE ENTERRÍA —y T.-R. FERNÁNDEZ—, las causas de justificación que obliguen a soportar el daño —exonerando de responsabilidad a la Administración— no tienen ya que estar contempladas de forma expresa y concreta en una Ley [510]. La gran indeterminación del requisito de la antijuricidad del daño permite tanto ésta como la anterior interpretación. Poco dice, por tanto, el artículo 141.1 LRJPAC, cuando establece que «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

---

[508] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 175-177; en el mismo sentido —refiriéndose de forma expresa al artículo 141.1 LRJPAC— LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», *op. cit.*, pp. 398-399.

[509] En GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso... II*, *op. cit.*, pp. 375-379.

[510] Así, de una manera hábil, sutil y sigilosa, se ha limitado considerablemente el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración española. El ambiguo requisito de la antijuricidad del daño aparece como un útil instrumento para restringir convenientemente —ante las crecientes voces críticas— el alcance de la responsabilidad de la Administración sin modificar formalmente las bases objetivas del sistema. Ello ha sido también detectado y criticado por PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, pp. 458-460.

> LÓPEZ MENUDO, con razón, considera que «la fórmula "*no tenga el deber jurídico de soportar, de acuerdo con la Ley*" no es expresiva de una solución concreta con la cual los casos reales puedan resolverse, sino un criterio sumamente ambiguo cuya aplicabilidad o no a cada caso concreto es algo a despejar previamente al análisis y resolución de cada caso mismo. En suma, la ya célebre fórmula no pasa de ser sino una buena expresión doctrinal o académica para indicar de modo sintético una idea que lleva implícita la necesidad de que la Ley intervenga para darle cuerpo, aunque lo sea por vía negativa, pues de suyo la fórmula es insuficiente. Y el problema está en que las leyes sectoriales no suelen delimitar lo antijurídico-objetivo» [511].

La consecuencia inmediata de una normativa tan genérica e indeterminada es el relevantísimo papel que pasa a corresponder al *juez* en la determinación de la responsabilidad extracontractual de la Administración. El juez, en efecto, ante requisitos tan indefinidos (ante límites casi inexistentes), goza de un amplísimo margen interpretativo, y la responsabilidad de la Administración queda en sus manos.

Ello, a mi modo de ver, resulta inadmisible. Por tres grandes razones [512]:

1. Representa, en primer lugar, una subversión del *principio democrático* (artículo 1.1 CE). La responsabilidad extracontrac-

---

[511] LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*, pp. 22-23. En un sentido parecido, constatando la ambigüedad de dicho requisito, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Prólogo», *op. cit.*, pp. 23-24.

[512] El problema abordado en este primer epígrafe del presente capítulo se encuentra estrechamente relacionado, por supuesto, con la cuestión del papel que corresponde al juez en el ordenamiento español y, en general, en todo sistema jurídico. No parece éste el lugar adecuado para adentrarme en semejante cuestión. Más modestamente, me limitaré, en lo que sigue, a apuntar los peligros que —en mi opinión— se derivan de atribuir al juez un excesivo protagonismo en el concreto ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Permítaseme una segunda advertencia: presupongo en todo momento —aunque no se trate de una postura unánimemente compartida en Teoría del Derecho— que las sentencias judiciales carecen de carácter normativo. Sobre la cuestión general acabada de apuntar del papel del juez en la sociedad y el Derecho actuales debe verse NIETO GARCÍA, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

tual de la Administración es, en efecto, una institución clave del Estado de Derecho, una garantía fundamental de los ciudadanos ante la maquinaria administrativa, que representa una parte no despreciable del gasto público y que, sobre todo, condiciona de manera fundamental el nivel de seguridad y de calidad en la prestación de los servicios públicos y, en general, en la actuación administrativa. Es a la colectividad, a través de sus representantes (a través de la Ley, y del Reglamento, en los aspectos de detalle [el Reglamento tiene una legitimación democrática, aunque indirecta, de la que carecen las sentencias judiciales]), y no a los jueces, a quien corresponde decidir qué destino recibirán los recursos públicos (que ella misma ha suministrado, a través de los impuestos), qué garantías asistirán a los particulares que sufran daños como consecuencia de la actuación administrativa, y qué nivel de prestación de los servicios públicos (en su sentido más amplio) cabe exigir a la Administración española.

Así se desprende del propio artículo 106.2 CE, que expresamente señala que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados «en los términos establecidos por la ley». Esta previsión constitucional debe ser entendida, por lo demás, no ya sólo como una norma destinada a los otros poderes constitucionales (tendente a evitar que se inmiscuyan en materia reservada a la Ley), sino, también, como un mandato dirigido al legislador, a quien se le está prohibiendo que haga dejación de sus competencias y delegue en el poder ejecutivo o el judicial la regulación de materia tan importante.

También parece desprenderse del artículo 149.1.18 CE: la reserva al Estado (al legislador y ejecutivo centrales) de la configuración del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas no puede ser interpretada únicamente como una prohibición de que las Comunidades autónomas y entes locales regulen dicha materia, sino, positivamente, como un mandato dirigido al Estado para que construya dicho sistema (un verdadero *sistema*, no la mera enunciación de una serie de requisitos genéricos libremente interpretables por el juez) [513].

[513] No tendría mucho sentido, por otro lado, que la Constitución, que proclama al Estado español como un Estado democrático (artículo 1.1 CE), impi-

2. Amenaza gravemente, en segundo lugar, la consecución de la necesaria *seguridad jurídica*. La seguridad jurídica, garantizada por la propia Constitución (9.3 CE), desaparece rápidamente cuando las normas escritas son muy genéricas y el juez dispone de un gran margen interpretativo: cada caso concreto puede dar lugar a nuevas reglas de responsabilidad, y ninguno de los sujetos involucrados en la responsabilidad administrativa (la Administración, las eventuales víctimas, sus abogados, las aseguradoras) puede saber con seguridad cuál es y cuál será, en caso de producción de un daño, el alcance de la misma. Esta incertidumbre *potencial* es especialmente elevada cuando, como ocurre en España —y, en general, en los sistemas continentales—, los jueces inferiores no quedan vinculados por el precedente fijado por el tribunal superior: *cualquier* juez (y no ya sólo el que se sitúa en la cúspide de la organización judicial) puede entonces dar un contenido y alcance distinto a la responsabilidad de la Administración.

La incertidumbre potencial se traduce en incertidumbre *real* cuando los tribunales son incapaces de elaborar un cuerpo sólido de reglas jurisprudenciales que disciplinen la materia. Cuando la normativa es genérica y poco precisa corresponde a los tribunales tratar de construir un sistema completo y coherente de reglas jurisprudenciales que permitan superar la incertidumbre potencial derivada de dicha normativa —de dicha falta de normativa—, un conjunto de reglas jurisprudenciales que se apliquen con regularidad y previsibilidad y minimicen la inseguridad jurídica [514]. En España no existe dicho sistema de reglas jurispru-

---

diera que los parlamentos autonómicos, dotados de legitimación democrática, regularan la materia de la responsabilidad de la Administración (como impide en su artículo 149.1.18) y viera con buenos ojos, en cambio, la creación de las reglas de responsabilidad administrativa por parte de los jueces, carentes de legitimación democrática.

[514] Que minimicen, pero que no eliminen la inseguridad jurídica. Porque en un sistema que atribuya todo el protagonismo al juez siempre —por mucho que éste consiga emanar un cuerpo compacto, completo y estable de reglas jurisprudenciales— existirá la inseguridad jurídica potencial antes aludida: el juez siempre podrá cambiar de criterio al resolver el caso concreto y aplicar a las partes una solución distinta, inesperada. Cuando, en cambio, las reglas no proceden del juez, sino —exclusivamente— de la Ley y el Reglamento, dicha inse-

denciales. No existe un cuerpo sólido, consolidado y constante de respuestas jurisprudenciales a los problemas que plantean los genéricos requisitos de la responsabilidad administrativa contenidos, sucesivamente —e idénticamente—, en la LEF, la LRJAE y la LRJPAC.

La interpretación de la jurisprudencia española ha oscilado enormemente en una cuestión tan fundamental como es el título básico de imputación de daños a la Administración. El Tribunal Supremo, en una primera fase (durante los años cincuenta y sesenta), se mostró muy reacio a admitir la responsabilidad patrimonial de la Administración, incluso en los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, pese a que la normativa vigente en aquel momento ya establecía con total claridad una responsabilidad de tipo objetivo; luego, en una segunda fase, que llega hasta nuestros días, se ha mostrado mucho más proclive a declarar la responsabilidad administrativa, aunque circunscribiéndola, en la práctica —a pesar del reconocimiento constante, como mera fórmula de estilo, de su carácter objetivo—, a los supuestos de funcionamiento *anormal* de los servicios públicos. Durante esta segunda fase, finalmente, algunas sentencias aisladas han ido más allá del mero reconocimiento formal del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa contenido en la normativa, y han condenado a la Administración en supuestos en que el servicio público había funcionado con toda normalidad [515]. Las oscilaciones jurisprudenciales alcanzan también a la línea que separa el funcionamiento normal del funcionamiento anormal de los servicios públicos y a cuestiones cruciales como la relación de causalidad (unas veces opta por la teoría de la equivalencia de las condiciones y otras, en cambio,

---

guridad jurídica potencial desaparece; mejor: se reduce a la excepcional posibilidad de que el legislador o la Administración emanen una normativa distinta y le doten de alcance retroactivo. Sólo entonces verán las partes que se les aplica una solución inesperada, desconocida.

[515] Actualmente sólo puede predecirse con cierta seguridad qué fallará la jurisdicción española en los casos de claro funcionamiento anormal de los servicios públicos. Cuando, en cambio, el servicio haya funcionado correctamente (o cuando la anormalidad no sea evidente), la incertidumbre sobre el destino que recibirá la demanda de responsabilidad administrativa es completa: aunque la normativa vigente establece que la responsabilidad de la Administración es objetiva, la jurisprudencia dominante niega el derecho a indemnización en estos casos, si bien algunas sentencias aisladas lo reconocen.

por la de la adecuación [516]), el concepto de fuerza mayor o la incidencia de la culpa de la víctima o de un tercero en la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y es que las sentencias son resueltas, casi siempre, atendiendo exclusivamente a las concretas circunstancias del caso enjuiciado, y de forma un tanto intuitiva, no derivándose de ellas criterios generales aplicables a los principales grupos de casos.

No ha ayudado nada a la consolidación de una jurisprudencia definida y precisa, por supuesto, la circunstancia de que los cuatro órdenes jurisdiccionales hayan conocido, durante mucho tiempo, en España, de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Esta jurisprudencia tan oscilante y casuística, en cualquier caso, es, en gran parte, consecuencia del mal material normativo (excesivamente genérico) de que dispone para resolver el delicado tema de la responsabilidad administrativa. Una normativa más precisa y unívoca, menos ambigua y ambivalente, generaría menores oscilaciones interpretativas y facilitaría la labor del juzgador.

No debe pensarse, sin embargo, que la oscilación jurisprudencial se limite al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La falta de criterios fijos y reiterados es también una característica de la jurisprudencia española emanada en el ámbito de la responsabilidad civil de los particulares [517]. Son significativas las palabras críticas de DÍEZ-PICAZO al resumir las conclusiones que cabe extraer de la jurisprudencia española reciente en materia de responsabilidad civil: «Las sentencias dictadas en esta materia en los últimos años son muy numerosas y de muy diferente pelaje, que obedece a las características de los asuntos y de los ponentes. Hay que decir, abruptamente, que no existe entre ellas unidad de doctrina y que muchas veces presentan muy claras contradicciones. No hay, en el sentido del artículo

[516] La teoría de la adecuación, dicho sea de paso, no es, en realidad, una teoría de la causalidad, sino un concreto título de imputación objetiva. Así lo explico en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 72-73, nota núm. 71.

[517] No debe olvidarse, en este sentido, que la responsabilidad civil de los particulares también adolece de una gran dosis de indefinición normativa. Recuérdese la generalidad con que los artículos 1.902 CC y ss. formulan los requisitos de la responsabilidad civil.

> 1.9 CC, jurisprudencia en el genuino significado de la palabra [...] ¿Cuáles son las conclusiones que se pueden extraer de esta larga excursión a través de una serie de sentencias recientes de nuestro Tribunal Supremo? Creo que se puede ratificar la inicial afirmación de que existe una buena dosis de indefinición en la jurisprudencia. A través de ella, resulta imposible el hallazgo de criterios que permitan determinar qué suerte correrán, en el futuro, los casos que ante el Tribunal lleguen. Algo hace pensar que el Tribunal sigue criterios de justicia intuitiva, que resultan difícilmente formalizables en argumentos de técnica jurídica» [518].

Estas oscilaciones jurisprudenciales en la interpretación de una normativa vigente tan indefinida y genérica han dado lugar a una incertidumbre insoportable, enemiga de toda seguridad jurídica [519]. Salvo en los casos muy claros, nadie puede saber con certeza, en España, qué destino recibirá una demanda de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es muy grave.

---

[518] «Como tópico general [continúa diciendo DÍEZ-PICAZO] se puede extraer la idea de que la responsabilidad por culpa es la regla general y que la responsabilidad por riesgo presenta una cierta excepcionalidad. Sin embargo, no existe ningún criterio que permita separar unos casos de otros, ni determinar de antemano cuáles quedarán regidos por un tipo o régimen de responsabilidad y cuáles por otro, de manera que las conclusiones continúan siendo imprevisibles [...] Por último, existe también una notoria falta de definición que se refiere al concepto de culpa» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 19 y 37-38). También pone de relieve, críticamente, la inseguridad jurídica que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación...*, *op. cit.*, pp. 127-130 (y PANTALEÓN, en su comentario citado en la nota núm. 1 de la p. 128 de dicho trabajo).

[519] La gran inseguridad jurídica derivada del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido constatada —con mayor o menor énfasis— por NIETO GARCÍA, Alejandro, «La relación de causalidad...», *op. cit.*, p. 95; NIETO GARCÍA, Alejandro, «Prólogo», *op. cit.*, pp. 17-18; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, pp. 98-99, 100, 102; GARRIDO FALLA, Fernando, «La constitucionalización de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 43-44; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 319, 327-328, 345, 359; CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 346; LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*, pp. 14 y 22-23; FONT I LLOVET, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 239; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Prólogo», *op. cit.*, pp. 18-24.

Porque, como hemos visto antes [520], la seguridad jurídica beneficia a todos los que de un modo u otro se ven involucrados en la responsabilidad patrimonial de la Administración (menos, quizá, a los abogados, pues reduce los costes terciarios). Y porque la incertidumbre de las reglas de responsabilidad civil impide que éstas cumplan una de sus funciones más importantes: la función *demarcatoria* [521]. Las reglas de responsabilidad civil, en efecto, además de compensar, prevenir y controlar, deben servir, como ya sabemos, para delimitar —demarcar— el campo de las conductas sometidas a deber indemnizatorio y distinguirlo del de las conductas libres, el de las conductas que pueden ser desarrolladas sin miedo a tener que indemnizar; deben servir, en definitiva, para que todos sepan dónde comienza y dónde acaba la libertad propia y ajena. Un sistema de responsabilidad impreciso, ambiguo, de confines poco claros, incumple dicha importante función. Este déficit funcional puede predicarse sin ninguna duda del «sistema» normativo y jurisprudencial español de responsabilidad patrimonial de la Administración.

3. Una tercera razón (que, como las dos anteriores, goza de rango constitucional) contraria a una regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración que —como la española— conceda al juez un excesivo poder interpretativo —que le conceda un poder en realidad creativo— es el necesario respeto del *principio de igualdad* (artículo 14 CE). El peligro que para el principio de igualdad representa la delimitación jurisprudencial y no ya normativa de las reglas de responsabilidad de la Administración es evidente y no requiere mayores explicaciones: habrá ciudadanos que se beneficiarán de la interpretación efectuada por aquellos jueces que concedan un amplio alcance a la responsabilidad administrativa, y ciudadanos que sufrirán las consecuencias de interpretaciones más restrictivas. Como ocurría con el problema de la inseguridad jurídica, el riesgo de agravios comparativos se acrecienta en los sistemas que —como el

[520] *Supra*, en el epígrafe 4.2 del capítulo cuarto.

[521] Sobre la función demarcatoria de la responsabilidad civil, en general, y de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular, recuérdese lo señalado, *supra*, en los epígrafes 1 y 2 del capítulo tercero —respectivamente.

español— no establecen la vinculación de los órganos jurisdiccionales al precedente fijado por el tribunal superior [522].

La amenaza a los principios democrático, de seguridad jurídica y de igualdad constituyen las tres grandes razones de fondo que en mi opinión se oponen a que las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración queden —en la práctica, al menos— en manos del juez. Pero no son las únicas. A ellas cabe añadir otras de carácter más circunstancial pero igualmente importantes: el juez (en la España actual, al menos —aunque ello parece extensible al resto de países—) no tiene ni el tiempo, ni la información, ni —a menudo— la preparación necesarios para elaborar un cuerpo completo, coherente y técnicamente adecuado de reglas de responsabilidad patrimonial de la Administración; el juez, además, ordena gastos «sin tener en cuenta consideración presupuestaria alguna» [523].

> Falta de tiempo: en los modernos sistemas jurisdiccionales existe el gravísimo problema del retraso en la tramitación de los asuntos judiciales, retraso provocado —sobre todo— por el progresivo incremento de las reclamaciones. Se trata de un problema generalizado [524], aunque acentuado en el caso español y,

---

[522] La necesidad de que no se produzcan discriminaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración se desprende, específicamente, del artículo 149.1.18 CE. En efecto, parece claro que una de las principales razones que mueve a la Constitución a reservar al Estado la competencia exclusiva en materia de responsabilidad de la Administración es la de evitar una pluralidad de regulaciones —autonómicas— que pusiera en peligro la igualdad de todos los españoles en su posición ante las Administraciones públicas (ante los daños que —en este caso— las distintas Administraciones puedan ocasionar). Si las diferencias de trato en (los aspectos básicos de la) materia de responsabilidad patrimonial introducidas por las Leyes autonómicas son inconstitucionales, más lo serán las que provengan de sentencias judiciales.

Téngase en cuenta lo que sobre la distribución de competencias entre Estado y Comunidades autónomas se dirá todavía *infra*, en el epígrafe 2.3 del presente capítulo.

[523] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, p. 100.

[524] En Italia, p. ej., el retraso en la tramitación de asuntos contencioso-administrativos es tan o más grave que en España, como ponen de relieve los escalofriantes datos suministrados recientemente por FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, «Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: hacia algu-

especialmente, en su jurisdicción contencioso-administrativa, la competente para pronunciarse sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración. Un juez que, para tratar de enjugar dicho retraso y absorber los nuevos asuntos de que va conociendo, tiene que dictar entre 216 y 259 sentencias al año [525], no dispone, obviamente, del tiempo necesario para idear, construir y aplicar un sistema acabado y sofisticado de responsabilidad administrativa.

Falta de información: construir un sistema adecuado de responsabilidad administrativa requiere muchísima información. Información detallada relativa a las medidas de seguridad existentes real y potencialmente y a su eficacia y coste (qué medidas de precaución adoptan y pueden adoptar las Administraciones

---

nas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos», en *RAP*, núm. 154, enero-abril de 2001, pp. 502 y 503: la duración media de un litigio contencioso-administrativo en primera instancia fue, en 1997, de 4.274 días (esto es, 142 meses, más de 11 años); y, en apelación, de unos 1.000 días (33 meses, más de dos años y medio). El retraso acumulado es de más de 800.000 recursos en todas las instancias contencioso-administrativas, cifra que, al actual ritmo de trabajo, y si no se interpusieran nuevos recursos, tardaría unos veinte años en ser enjugada.

[525] Éste es el número de sentencias anuales que debería dictar un Magistrado de una Sala de lo contencioso-administrativo que —hipotéticamente— sólo conociera de asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración en virtud de los —polémicos— módulos de productividad judicial aprobados por el Consejo General del Poder Judicial en julio de 1998. El número oscila en función del grado de especialización del Magistrado (216 sentencias en el caso de que el Magistrado no esté especializado en materia de responsabilidad administrativa, y 259 en el caso de que su especialización sea máxima). Este volumen de sentencias se alcanza (teniendo en cuenta que dichos módulos de productividad exigen a los Magistrados una dedicación a tareas estrictamente jurisdiccionales —resolución de asuntos contenciosos— de 1.320 horas anuales) empleando 6,1 ó 5,1 horas —respectivamente— de promedio en cada caso de responsabilidad patrimonial de la Administración. Los módulos tratan de aportar cierta flexibilidad al contemplar la posibilidad de que un asunto, por su dificultad, exija una «excepcional dedicación»; en ese caso el juez podrá dedicar hasta 130 horas a su resolución. Estos datos reales de la jurisdicción española ponen de relieve que no tiene sentido atribuir a los jueces todo el protagonismo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: nadie (ni el mejor de los jueces) es capaz de leer detenidamente los documentos obrantes en autos (que a menudo incluyen complejos informes periciales), resolver motivadamente el asunto y construir un sistema entero de responsabilidad administrativa en 5,1 horas (o 6,1, o alguna más, cuando el asunto sea especialmente complejo).

públicas, las víctimas potenciales y hasta terceros, cuál es su eficacia y cuánto cuestan), a las capacidades económicas de la Administración, a la incidencia de un régimen u otro de responsabilidad administrativa en la calidad y cantidad de los servicios públicos, etc. El juez no tiene tiempo para recabar toda esta información. Y, aunque lo tuviera, no podría hacerlo, no dispondría de los medios para obtenerla (la participación de peritos en el proceso judicial no es suficiente). Y facilitar a los jueces (a todos los jueces de un país) los medios necesarios para obtener dicha información sería demasiado caro. Mucho más caro, en cualquier caso, que facilitar dichos medios y dicha información exhaustiva a un único órgano técnico centralizado que asesore al legislador o a la Administración en la emanación de las normas sobre responsabilidad administrativa (es mucho más caro que cada juez deba informarse exhaustivamente que lo hagan el legislador y la Administración).

Falta de preparación: procesar correctamente toda la información que debe manejarse para construir un sistema óptimo de responsabilidad administrativa requiere unos conocimientos técnicos de los que el juez, como experto en Derecho, carece. Requiere, según los casos, amplios conocimientos de ingeniería (industrial, naval, aeronáutica, de obras públicas), medicina, veterinaria, biología, medio ambiente, ciencia de la Administración, economía... (piénsese en casos en que se plantee la responsabilidad de la Administración por, respectivamente, daños derivados de la autorización de una fábrica o de la falta de revisión mecánica de una embarcación o de un avión, del estado de las carreteras, de la práctica de una intervención quirúrgica, de la falta de controles veterinarios, de la autorización de modificaciones genéticas en alimentos o plantas, de la contaminación del aire y del agua; los conocimientos de economía y de ciencia de la Administración serán siempre necesarios para ponderar los costes y beneficios y evaluar el impacto que sobre la actuación administrativa tendrá la introducción de una determinada medida). La falta de conocimientos del juez sólo en pequeña medida puede ser suplida por la intervención del perito; el perito podrá ayudar a resolver el caso concreto, pero no a establecer *ex ante* un catálogo exhaustivo de deberes de diligencia administrativa.

Ordenación de pagos sin considerar el elemento presupuestario: el juez condena sin tener en cuenta lo que ello representará

para el erario público. Resulta obligado transcribir aquí las palabras de L. MARTÍN-RETORTILLO, quien supo darse cuenta de esta circunstancia —y darle la suficiente importancia— hace ya algunos años: «hay una constatación, obvia, pero que a mí no deja de preocuparme cuando pienso en ella. Adviértase que el juez, cuando le fija a la Administración una cuantía indemnizatoria —y la condena tiene una fuerza imperativa cuyo alcance conviene no olvidar (así, ese art. 118 de la Constitución)— es de las pocas personas que ordenan un gasto sin tener en cuenta consideración presupuestaria alguna. Todos los poderes del Estado funcionan de acuerdo con el principio presupuestario, incluso el propio parlamento encuentra limitaciones —así, art. 134.6 de la Constitución— en contraste con los Presupuestos Generales del Estado. Pero el juez no. A la hora de condenar al pago de una cuantía indemnizatoria, al primar el aspecto de la compensación del daño causado, tomará en consideración muy variados elementos y circunstancias, pero no las previsiones presupuestarias. Es como si estuviera exento de cualquier consideración al respecto» [526].

Es perfectamente comprensible que el juez no tenga en cuenta consideraciones presupuestarias cuando resuelve los litigios. Ello resulta, incluso, obligado, obligado porque así lo exigen la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad y de seguridad jurídica y —en el concreto ámbito que nos ocupa— el principio de reparación integral de las víctimas (principio inherente, como sabemos, a la responsabilidad civil y recogido por el ordenamiento jurídico español): en un caso extremo, imagínese la injusticia que representaría que un juez, a finales de año, absolviera a la Administración (o redujera el importe de la condena) porque tuviera en cuenta consideraciones presupuestarias y entendiera que la Administración ya ha agotado los recursos que para ese año había autorizado el parlamento. Pero ello no significa que las consideraciones presupuestarias no sean importantes. Al contrario, como se ha visto en el capítulo precedente, tener en cuenta las disponibilidades económicas resulta fundamental en toda definición de un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Lo que pone de relieve la circunstancia de que el juez no tenga ni deba tener en cuenta consideraciones presupuestarias es —de nuevo— que no se trata

[526] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, p. 100.

del órgano adecuado para construir el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Como veremos a continuación, debe ser el legislador —y la Administración— quien lo haga. Y debe hacerlo atendiendo a las implicaciones económicas. Sólo así no habrá ningún inconveniente en admitir que el juez omita toda consideración presupuestaria: el sistema debe estar construido de un modo tal que el juez, al aplicarlo, pueda prescindir de efectuar consideraciones económicas sin que ello amenace su viabilidad financiera; el sistema debe estar construido de un modo tal que soporte —económicamente— una aplicación jurisprudencial íntegra y uniforme.

1.2. Posibles soluciones. Hacia un sistema de responsabilidad más preciso

¿Qué hacer para evitar dichos peligros, para no subvertir el principio democrático y proteger los principios de seguridad jurídica e igualdad? La solución me parece clara: la Ley (y, en su desarrollo, el Reglamento) debe efectuar una regulación *completa* de la responsabilidad administrativa, lo suficientemente detallada y precisa, que impida que sea el juez quien, con toda libertad, la configure. Es, pues, necesario, que la normativa concrete los aspectos esenciales de los requisitos de la responsabilidad administrativa, no limitándose a enunciarlos. En contra de lo que se suele sostener, el Derecho de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas debe dejar de ser un Derecho pretoriano, y volver a las manos de quienes tienen atribuida la potestad normativa.

> No puedo dejar de transcribir, nuevamente, un párrafo de L. Martín-Retortillo con el que estoy totalmente de acuerdo: «Hoy hay, sí, un amplio sentir en la literatura jurídica a favor del protagonismo del juez, que se ha afianzado, sobre todo, desde el afán por superar las lagunas, las imprecisiones, las normas obsoletas, las contradicciones de las soluciones legales u otras circunstancias similares. Y la verdad es que no resulta fácil proclamar soluciones tajantes en esta vieja *querella* del universo jurídico. Pero debe quedar claro que ahí donde aparezca patente el deseo del legislador, ahí donde la norma refleje la expresa voluntad de puntualización, el juez debe actuar con todos los cui-

dados y respetos que exige el sometimiento al imperio de la ley. Envalentonar a los jueces en una dirección contraria no sólo no es virtud, sino defecto o vicio que como tal debe ser evitado» [527].

Alguno objetará que ello no es posible, que si hay una rama del ordenamiento que quede y deba quedar en manos del juez es, precisamente, la responsabilidad civil (tanto la de la Administración como la de los particulares), donde resulta inevitable que la normativa se limite a manejar genéricos conceptos jurídicos indeterminados y remita al juez su concreción. A mi modo de ver, que ello sea así en la generalidad de los países de nuestro entorno no significa que deba seguir siéndolo. Es evidente que el juez debe contar con un margen interpretativo importante, que el legislador y el Reglamento no lo pueden regular todo, que sus normas corren el riesgo de devenir obsoletas y hasta de contradecirse; es evidente, por tanto, que debe haber —debe seguir habiendo— cláusulas generales que sirvan de cierre al sistema y le doten de la suficiente flexibilidad [528]. Pero ello no significa que todo deba quedar en manos del juez. La Ley y el Reglamento deben esforzarse por efectuar una regulación lo más detallada posible, por conocer y trasladar a normas jurídicas el sistema de responsabilidad administrativa que la colectividad (a la que representan de forma directa e indirecta, respectivamente) desea. Ello exige un mucho mayor esfuerzo del legislador y la Administración, no basta con enunciar pocos y genéricos principios generales y esperar que la jurisdicción los concrete y defina. «Quizá [como señala MARTÍN REBOLLO] hay que postular un cambio en la manera de legislar, pasando de un Parlamento que

---

[527] MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, pp. 106-107. (La cursiva es del propio autor.) En un sentido parecido, en el marco más general de la separación de poderes y las relaciones, equilibrios, pesos y contrapesos existentes entre ellos, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español», en *RCEC*, núm. 4, septiembre-diciembre de 1989, pp. 69-71.

[528] Sobre los problemas y déficit de la regulación efectuada por el legislador y la Administración (al definir las normas de diligencia de la Administración) y la necesidad de cláusulas generales que permitan al juez superarlos recuérdese lo dicho *supra*, en el epígrafe 4.2 del capítulo cuarto.

"habilita" a un Legislativo que obliga y fija pautas o criterios mínimos de actuación» [529]. En un contexto en que los poderes públicos no cesan de repetir que deben incrementarse la producción y la productividad, no parece inoportuno exigir a esos mismos poderes públicos que aumenten (cuantitativa y —sobre todo— cualitativamente) su producción normativa en ámbitos como el de la responsabilidad de la Administración [530].

La Ley (y, por supuesto, el Decreto legislativo) y el Reglamento, por tanto, deberían esforzarse en especificar los requisitos de la responsabilidad administrativa: habría que elaborar un catálogo exhaustivo de concretos estándares normativos de diligencia (acompañado de una cláusula general de diligencia) cuya vulneración permita entender que existe funcionamiento anormal de los servicios públicos generador de responsabilidad [531]; precisar qué eventos merecen la consideración de fuerza mayor

---

[529] MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 370.

[530] Puede parecer sorprendente (si no totalmente desfasada) la defensa que aquí estoy efectuando de un sistema de responsabilidad administrativa más detallado, más regulado, cuando la tendencia actual, en muchos países (sobre todo en Italia), en todos los ámbitos del Derecho administrativo, es, precisamente, la contraria: la simplificación normativa. No creo que sea ésta la sede adecuada para detenerme en semejante cuestión. Pero sí diré que dudo que la simplificación normativa sea siempre y en todo caso positiva; deben evitarse, por supuesto, las duplicidades normativas, las contradicciones, debe mejorarse —simplificándolo— el lenguaje jurídico y la redacción de las normas, pero dudo que haya que desmantelar el ordenamiento jurídico. Las sociedades modernas son complejas, y la complejidad social requiere respuestas normativas también complejas, matizadas. Una diferencia no menor entre las sociedades actuales y las primitivas es, precisamente, el grado mucho mayor de complejidad normativa que presentan las primeras respecto de las segundas. No debe olvidarse, además, que la ausencia de normas escritas redunda en un aumento del poder decisorio del juez. Y, como se ha visto, ello vulnera (al menos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración) los principios democrático, de seguridad jurídica y de igualdad. Por otro lado, el grado de complejidad y prolijidad de las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración (en España y en el extranjero) no puede compararse con el que han alcanzado otros sectores del ordenamiento (piénsese, p. ej., en la normativa fiscal).

[531] A esta cuestión he dedicado buena parte del epígrafe 4.2 del capítulo cuarto.

(y, eventualmente, cuáles no); especificar qué ocurre cuando existe culpa o intervención no culposa de la víctima o de un tercero (cómo —con arreglo a qué criterio— se repartirá el importe del daño entre la Administración y el tercero, y cómo responderán uno y otro frente a la víctima —solidaria o mancomunadamente—); escoger —articularlas, mejor— una de las dos grandes fórmulas que se vienen manejando para concretar, en sede de causalidad, la teoría de la equivalencia de las condiciones (la fórmula de la *condicio sine qua non* o la de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza) [532]; determinar qué incidencia tiene el consentimiento de la víctima (y qué requisitos debe reunir); qué perjuicios merecen ser indemnizados (y cuáles no); suministrar criterios precisos de cuantificación de las indemnizaciones —de los daños—; baremar, quizá (ante la dificultad de su prueba y evaluación económica y el riesgo de agravios comparativos), los daños morales; establecer cuándo imputa una persona física sus conductas a la Administración pública (cuándo podrá entenderse que ha habido una actuación *administrativa*) y cuándo no (¿qué sucede cuando el daño lo causa un contratista público?, ¿y cuando lo causa un ente instrumental sometido al Derecho privado?); qué ocurre cuando la Administración asegura su responsabilidad civil (y si puede asegurarla); qué grado de consenso (y cómo se determina) se requiere en la comunidad científica para que pueda considerarse que un daño era imprevisible o inevitable según el estado de los conocimientos de la técnica o de la ciencia; si existen causas de justificación de la acción administrativa (y, en caso afirmativo, cuáles son); establecer —eventualmente— presunciones de causalidad y/o de anormalidad —culpa— en materias que ofrezcan una especial complejidad probatoria para las víctimas [533]; especificar cuándo responderá la

[532] Sobre la relación de causalidad y los problemas que plantean ambas fórmulas puede verse, extensamente, MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 229-244.

[533] Favorables al establecimiento de presunciones de culpa o de causalidad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración se han mostrado también DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, pp. 551 y 562-563; LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*, p. 44, y CASTAÑO SANCHO, Almudena, «La contaminación...», *op. cit.*, pp. 137-138. *Infra*, en el epígrafe 2.2 del

Administración por omisión (cuándo ocupará la Administración la posición de garante que justifique su responsabilidad omisiva [534]) [535].

Una regulación de la responsabilidad administrativa que contemplara estas y muchas otras cuestiones problemáticas ima-

---

presente capítulo, pondré algunos ejemplos de presunciones que quizá cabría introducir en un sistema articulado de responsabilidad administrativa.

Recuérdese —lo hemos visto *supra*, en el epígrafe 2.1.2 del capítulo cuarto del presente trabajo— que en la Ley alemana de responsabilidad de la Administración de 1981 la presunción de culpa (la inversión de la carga de la prueba de la culpa) era la regla general (§ 2.1 *StHG*). Lo era también en la frustrada propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios presentada por la Comisión el 9 de noviembre de 1990, antes aludida (recuérdese lo señalado al respecto *supra*, en el epígrafe 3.2 del capítulo cuarto del presente trabajo). Dicha Directiva, en efecto, de haber sido aprobada, hubiera sometido a responsabilidad por culpa a todos los prestadores de servicios de la Unión Europea, incluyendo a las Administraciones públicas (artículo 1.1); culpa (ausencia de culpa, mejor) cuya prueba no correspondía a la víctima, sino al prestador de servicios: «La carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de servicios» (artículo 1.2).

Un ejemplo de norma que establece una presunción —*iuris tantum*— de causalidad es el § 34 de la *GenTG* (Ley alemana de técnica genética).

La presunción de la culpa (y la consiguiente inversión de la carga de la prueba) y sus efectos tanto en el comportamiento procesal como extraprocesal (previo al proceso) de las partes en litigio (causante y víctima del daño) ha sido estudiada con particular atención por la doctrina civilista partidaria del análisis económico del Derecho. Puede verse, al respecto (con cita de las aportaciones recientes más relevantes desde la perspectiva del *Law & Economics*), GÓMEZ POMAR, Fernando, «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», *op. cit.*, pp. 5-17. Este autor sostiene que la inversión de la carga de la prueba de la culpa resulta ineficiente (y, por ello, desaconsejable) en aquellas actividades que pueden ser consideradas intrínsecamente peligrosas, y siempre y cuando la prueba de la culpa presente el mismo coste tanto para la víctima como para el causante del daño. A mi modo de ver, las presunciones de culpa deberían ser introducidas precisamente en aquellos ámbitos —que no son pocos— en que la prueba de la culpa presenta un coste superior para la víctima que para la Administración.

[534] Uno de los efectos más positivos de introducir concretos y exhaustivos estándares normativos de diligencia administrativa es que se facilitaría enormemente la resolución de los supuestos de responsabilidad de la Administración por omisión.

[535] Por otro lado, como se verá en la segunda parte del presente capítulo, habría que adaptar dichos requisitos a las especialidades que presenten los diferentes sectores de la acción administrativa.

ginables sería sin duda mucho más precisa, mucho menos genérica e indeterminada. Relevaría al juez de la difícil e incómoda función que tiene ahora, *de facto*, encomendada, y daría adecuada respuesta a los principios democrático, de seguridad jurídica e igualdad. Atribuiría a la responsabilidad civil de la Administración la saludable función demarcatoria que le corresponde. Y se adecuaría a la posición y funciones que la Constitución impone a los distintos poderes del Estado: el legislador (y la Administración) creando el Derecho (el Derecho de la responsabilidad civil de la Administración) y los jueces aplicándolo y verificando —controlando— su respeto por parte de la Administración [536].

> Una regulación semejante, tan completa, precisa y detallada (una regulación, en definitiva, tan compleja), debería venir precedida, inexorablemente, de un intenso debate doctrinal y político. Un debate doctrinal y político como el que precedió a la *StHG* alemana de 1981. Dicha Ley tuvo un período de gestación de trece años. Sus orígenes se remontan al 47.º Congreso de Juristas Alemanes (*47. Deutscher Juristentag*), celebrado en 1968 en Nuremberg. Allí, la sección de Derecho público recomendó que se llevara a cabo una nueva y completa regulación federal de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicha recomendación fue tomada en consideración por los Ministros federales de Justicia e Interior, que a principios de 1970 nombraron una comisión de expertos independiente para que preparara una nueva regulación legal de la materia. Dicha comisión terminó sus trabajos en junio de 1973, y se concretaron en un informe de 172 páginas que incluía un proyecto de Ley federal de responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicho informe fue publicado por los Ministros federales de Justicia e Interior y dio lugar a un muy intenso debate doctrinal. En septiembre de 1976, los Ministros federales de Justicia e Interior elaboraron un proyecto de Ley que, partiendo del elaborado por la comisión de expertos, trató de recoger y asimilar las críticas que al mismo se habían dirigido. Dicho proyecto fue llevado al Parlamento por el Gobierno federal en mayo de 1978 y fue

[536] No debe olvidarse en ningún momento la función que la Constitución atribuye a los jueces en relación con la Administración: «Los Tribunales *controlan* la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (artículo 106.1 CE).

objeto de importantes modificaciones en Comisión. No pudiendo ser aprobado en dicha legislatura (la octava), lo fue en la siguiente [537].

2. La excesiva uniformidad del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración

2.1. La necesidad de un sistema articulado de responsabilidad administrativa

El sistema español de responsabilidad administrativa, como ya se ha dicho, no es sólo excesivamente amplio y excesivamente genérico, indeterminado. Es también excesivamente uniforme.

La LRJPAC, en efecto, somete a un mismo régimen de responsabilidad todas las manifestaciones de la actividad administrativa, pese a su enorme disparidad: actividad jurídica (elaboración de actos administrativos —reglados y discrecionales, limitativos de derechos, sancionadores, autorizativos, expropiatorios, de fomento...— y normas jurídicas —Reglamentos y Decretos legislativos, en las materias más variadas—) y actividad material (actividad de policía, defensa, actividad empresarial, prestación de asistencia sanitaria, servicios sociales, mantenimiento de obras públicas, transportes públicos, defensa del medio ambiente, educación, cárceles, recaudación de impuestos, actividad informativa...).

---

[537] Detalladamente, sobre la gestación de la *StHG*, con las referencias de los numerosos trabajos doctrinales que mediaron en la misma, Ossenbühl, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 438-456; Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 796-798 y 800-803.

Que parezca recomendable tomar como modelo la forma en que se gestó la *StHG* no significa, ni mucho menos, que también haya que tomar como modelo el propio contenido de dicha Ley. A mi modo de ver, la *StHG* no lleva a cabo una regulación lo suficientemente precisa y detallada, una regulación que evite los peligros apuntados *supra* en el epígrafe 1.1 del presente capítulo.

La Administración de nuestros días, tan compleja, requiere un sistema de responsabilidad también más complejo. La Administración actual requiere un *sistema articulado* de responsabilidad, que recoja (y responda a) las especialidades —que son muchas y muy importantes— de los distintos ámbitos de la acción administrativa.

En Derecho privado no existe tal uniformidad. Junto a la regla general (que en España, como en la mayoría de países, es la responsabilidad por culpa) se ha desarrollado una pluralidad de regulaciones especiales que trata de adaptar la responsabilidad civil de los particulares a las distintas manifestaciones que puede tener su actividad. El particular, por ello, no responde siempre del mismo modo: cuando conduzca un vehículo deberá asegurarse y responderá objetivamente de los daños personales —y, subjetivamente, de los daños materiales— que pueda ocasionar; cuando se dedique a la fabricación o distribución de productos responderá por todos los que resulten defectuosos y siempre que el daño no fuera inevitable o imprevisible según el estado de los conocimientos científico-técnicos; cuando explote una compañía aérea o gestione una central nuclear responderá objetivamente hasta un determinado límite cuantitativo; cuando emita una información sólo responderá cuando la misma carezca de veracidad, etc.

Esta diversificación debe extenderse —profundizándola, incluso— a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Debe tenderse —según la feliz expresión de FONT— hacia una *escala de la responsabilidad administrativa* [538]. Hacia una gra-

[538] FONT I LLOVET, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 239. Coincido totalmente con lo que dicho autor allí afirma: «Entre lo más discutible del actual sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas en España se encuentra, en mi opinión, su carácter *único, uniforme y homogéneo*. Uniforme tanto para todo tipo de daños que reciban todo tipo de sujetos —ciudadanos, empresas— a consecuencia de la actividad administrativa, como, sobre todo, carácter *único y uniforme para todo tipo de actuaciones lesivas* que de una forma u otra sean imputables a la Administración: esa cláusula famosa del funcionamiento de los servicios públicos, que engloba todo el actuar de la Administración. Es esta una situación inusual respecto de los demás sujetos de derecho, que gozan de una diversidad de regímenes según el tipo de actuación o riesgo, y según el sector de actividad de que se trate. De

duación de la responsabilidad en los distintos sectores. Debiendo ser la regla general —como ya se ha dicho— la responsabilidad por funcionamiento anormal, no pocos habrán de ser los supuestos —expresa y típicamente previstos— de responsabilidad objetiva de la Administración. Cabe pensar, incluso —se ha apuntado ya al final del epígrafe precedente—, que en algunos ámbitos (cuando resulte especialmente complejo para las víctimas probar la anormalidad de la actuación administrativa) se imponga una solución intermedia: responsabilidad por culpa —por anormalidad— *presunta*.

La diversificación, la particularización sectorial no debe limitarse, sin embargo, al criterio fundamental de imputación de daños (culpa-responsabilidad objetiva), sino que debe alcanzar potencialmente a todos los requisitos y elementos de la responsabilidad administrativa: todos los requisitos y elementos de la responsabilidad de la Administración deben ser objeto de adaptación cuando las especialidades de un determinado sector de actuación administrativa así lo exijan. Adaptación, pues, eventualmente, de la causalidad (de su prueba: presunciones de causalidad), de los daños indemnizables, de los títulos de imputación de primer nivel, del consentimiento...

---

modo que así se coloca a la Administración, cuando de sujetos económicos se trata, en clara desventaja a consecuencia del monolitismo del objetivismo de su sistema de responsabilidad. [...] Así las cosas, creo que hay que introducir modulaciones en el sistema y pensar en ir admitiendo la posibilidad de asumir una suerte de *escala de la responsabilidad* que conduzca hacia la matización y gradualización de un régimen hasta hoy absolutamente uniforme» (*op. cit.*, p. 239). (La cursiva es del propio autor.)

También LÓPEZ MENUDO ha detectado el problema de la excesiva uniformidad del sistema español de responsabilidad administrativa, mostrándose partidario de ponerle fin (LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*, pp. 14-15 —en especial, en la nota núm. 3—).

Favorable a una «estratificación» de la responsabilidad administrativa, también, GAMERO CASADO, Eduardo, «El nuevo escenario de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 4-5. (Suya es la acertada expresión entrecomillada.) Aunque para este autor —a diferencia de lo que vengo sosteniendo— dicha estratificación se desprende ya del sistema vigente; ello se explica, en mi opinión, porque dicho autor tiene en cuenta la interpretación —mejor: algunas de las interpretaciones— que del sistema efectúa la jurisprudencia.

Un factor crucial de diversificación y adaptación a las particularidades sectoriales lo conocemos ya: los estándares normativos de diligencia. La previsión particularizada de los deberes de diligencia que han de regir en cada uno de los sectores de la acción administrativa (la previsión particularizada de lo que deba entenderse por funcionamiento anormal en cada ámbito) constituye, en efecto, un expediente fundamental de diversificación y articulación del sistema de responsabilidad administrativa [539].

2.2. Algunos ejemplos sectoriales

No es éste, por supuesto, el lugar adecuado para ensayar un análisis pormenorizado de las especialidades sectoriales que debería recoger un sistema articulado de responsabilidad administrativa. Sólo enunciaré, a título ejemplificativo, algunas de las que a mi modo de ver presentan tres sectores básicos de la actuación administrativa: emanación de actos administrativos [540], asistencia sanitaria y actividad de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

2.2.1. *Responsabilidad por actos administrativos* [541]

La responsabilidad de la Administración derivada de la emanación de actos administrativos presenta muchos matices que la normativa española simplemente ignora. Ninguna especialidad se deriva, en la LRJPAC, de la circunstancia de que el acto administrativo sea emanado en el marco de una potestad reglada o

---

[539] Recuérdense los ejemplos sectoriales de estándares normativos de diligencia aludidos *supra*, en el epígrafe 4.2 del capítulo precedente.

[540] La emanación de actos administrativos no constituye, naturalmente, un *sector* de la actividad administrativa, sino una manifestación de dicha actividad —acaso la más importante— que se proyecta sobre todos y cada uno de los distintos sectores materiales sobre los que incide la Administración.

[541] Poco se ha ocupado la doctrina española de la responsabilidad por actos administrativos y de las muchas especialidades que presenta. Una excepción destacable se encuentra en el libro de Blasco Esteve, Avelino, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1985.

discrecional, produzca efectos favorables o restrictivos de derechos o, incluso, de que sea contrario o ajustado a Derecho. Todos estos supuestos quedan igualmente sometidos a la omnicomprensiva cláusula general del artículo 139.1 LRJPAC, sin ninguna matización.

> La única referencia que dicha Ley efectúa a los actos administrativos se encuentra —dejando de lado la alusión del artículo 142.5— en su artículo 142.4: «La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5» [542].

En mi opinión, la Ley debería partir de una distinción fundamental entre actos administrativos ajustados a Derecho y actos administrativos contrarios a Derecho. Los primeros no deberían dar lugar —al menos en principio— a responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que rara vez ocurrirá que un acto administrativo ajustado a Derecho constituya funcionamiento anormal de los servicios públicos [543]. Los segundos, en cambio, sí.

Es más: cabría, a mi modo de ver —y ésta es la primera gran especialidad que habría que introducir en la responsabilidad por actos administrativos—, establecer una *presunción de anormalidad* (de culpa) derivada de la mera constatación de la contrariedad a Derecho (nulidad o anulabilidad) del acto administrativo lesivo. De este modo, el particular que consiguiera acreditar los otros requisitos de la responsabilidad patrimonial (daño —con

---

[542] El primer inciso de este precepto tiene su origen, como se sabe, en lo dispuesto en el artículo 40.2 LRJAE.

[543] Incluso al amparo del sistema de responsabilidad objetiva global vigente actualmente en España parece difícil afirmar la responsabilidad de la Administración por actos administrativos ajustados a Derecho: muy a menudo —casi siempre, de hecho— podrá sostenerse que el particular tiene el deber jurídico de soportar el daño derivado del acto administrativo ajustado a Derecho (artículo 141.1 LRJPAC).

todos sus elementos—, imputación de primer nivel y el resto de aspectos de la imputación de segundo nivel) se vería exonerado de probar la anormalidad (la culpa) de la actuación de la Administración en el momento en que lograra la anulación del acto administrativo lesivo.

> Dos grandes razones abonan esta presunción de anormalidad. La primera, de tipo práctico, es la gran dificultad que para la víctima puede suponer el tener que probar, en estos casos, la anormalidad (la culpa) de la actuación administrativa, la anormalidad de la actividad jurídica que ha precedido a la emanación del acto administrativo. No es fácil, en efecto, demostrar que —como veremos a continuación— la emanación del acto administrativo viciado ha sido irrazonable, imprudente. La segunda razón, de carácter más sustantivo, es que la contrariedad a Derecho de un acto administrativo representa ya de por sí un desvalor muy importante por parte del ordenamiento, un desvalor tan importante que impide considerar —al menos *a priori*— que el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño que de dicho acto eventualmente se derive: si la vulneración de los requisitos de validez a que el ordenamiento (la Constitución, la Ley, el Reglamento y los principios generales del Derecho) somete a los actos administrativos (a la actividad jurídica de las Administraciones públicas) comporta una sanción tan grave como la invalidez y la anulación, no se ve por qué no ha de comportar también la sanción —sin duda menos grave— del deber indemnizatorio, de la responsabilidad civil [544].

A cambio de esta presunción de anormalidad (de culpa) cabría introducir en el ordenamiento jurídico español el principio —tan asentado en el Derecho alemán— de que procede rebajar o incluso excluir el deber resarcitorio de la Administración en el caso de que la víctima haya dejado de impugnar —dolosa o imprudentemente— el acto administrativo lesivo (en general —este requisito es extensible también a los daños produ-

---

[544] Como dice SCOCA, «Si las ilegalidades formales [ello es extensible también a las sustanciales] son aptas para dar lugar a la tutela de anulación, esto es, para justificar una medida muy gravosa para la Administración (y para el interés público), no pueden no considerarse aptas para "resistir" la tutela resarcitoria, mucho menos "invasiva"» (SCOCA, Franco Gaetano, «Risarcibilità e interesse legittimo», en *Dir. pubbl.*, núm. 1, enero-abril de 2000, p. 27).

cidos por actuaciones materiales de la Administración—, cuando haya dejado de emplear los medios jurídicos que el ordenamiento pone a su disposición para tratar de minimizar el daño [545]). En las manos de la víctima queda, en efecto, la posibilidad de reducir enormemente el daño sufrido a través de la interposición del recurso administrativo, primero, y del contencioso-administrativo, después. Si decide no hacerlo —no intentarlo—, no parece justo que la Administración —la colectividad— haya de cubrir la totalidad del daño experimentado, de un daño que podría haber sido mucho menor en caso de anulación del acto administrativo. Como es fácil observar, esta regla no es más que una aplicación concreta del principio de modulación de la responsabilidad en caso de concurrencia de culpa de la víctima [546].

Naturalmente, la imposición de esta regla, al estimular —incluso obligar— la litigiosidad, debería venir acompañada de una potenciación de la condena en costas: al particular que lograra la anulación del acto administrativo lesivo debería reco-

[545] Como, p. ej., un interdicto, en el caso de la vía de hecho (artículo 125 LEF).

[546] Esta regla, en Alemania, se encuentra recogida en el § 839.3 *BGB*, como ya hemos visto *supra*, en el epígrafe 1 del capítulo segundo. La regla de la compensación de culpas en caso de concurrencia de culpa de la víctima (en general, del acreedor) existe también en el Código civil italiano. Según el primer apartado del artículo 1.227 CC (it.), «Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a la causación del daño, el resarcimiento será reducido según la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que se hayan derivado». El segundo apartado del precepto continúa diciendo que «El resarcimiento no será debido por los daños que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria». CARANTA, sin embargo, apoyándose en la jurisprudencia italiana, considera que la interposición de los recursos judiciales contra el acto administrativo lesivo por parte del particular afectado constituye una actuación que excede —en la medida en que supone un gasto económico— del deber de diligencia ordinaria que el citado precepto exige a la víctima (al acreedor), entendiendo, por ello, que su falta de interposición no podrá representar una reducción de la cuantía resarcitoria (CARANTA, Roberto, «La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità», en *Foro it.*, I, núm. 11, noviembre de 1999, p. 3210). El problema, hasta la fecha, no se planteaba en Italia porque hasta la sentencia núm. 500/1999 no era posible procesalmente ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración sin antes haber obtenido la anulación del acto administrativo lesivo. Ahora, sin embargo, ello sí es posible. Y con dicha posibilidad ha surgido el citado problema.

nocérsele en muchos casos el derecho a recuperar sus gastos judiciales [547].

La referida presunción de anormalidad se trataría, por supuesto (en coherencia con el principio general de responsabilidad por funcionamiento anormal defendido en el presente trabajo), de una presunción *iuris tantum*, que admitiría prueba en contra de la Administración [548]. Ésta podría destruirla acreditando que la interpretación de los hechos y del Derecho que había llevado a la emanación del acto administrativo era razonable, prudente [549].

> Como afirma MAURER, «No procede evidentemente el reproche culpabilístico cuando, ante una situación jurídica objetivamente dudosa, [el funcionario] llega, a partir de un examen jurídico y fáctico diligente, a una interpretación jurídica defendible, a pesar de que la misma no sea confirmada luego por la jurisprudencia y se muestre de este modo "incorrecta"» [550].

La exoneración de responsabilidad de la Administración por actos administrativos contrarios a Derecho, pero fundados en interpretaciones razonables, es a mi modo de ver la aportación positiva de la importante línea jurisprudencial iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 5 de febrero de

---

[547] Véase lo que más adelante se dirá sobre las costas judiciales.

[548] A diferencia de lo que sucedía en Italia con anterioridad a la sentencia 500/1999. Como he apuntado más arriba y explico con mayor detenimiento en el epígrafe 3.2 de mi trabajo «La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos», *op. cit.*, la jurisprudencia italiana, con anterioridad a la referida sentencia, presumía la culpa en los actos administrativos contrarios a Derecho. Pero se trataba, en la práctica (salvo contadas excepciones), de una presunción *iuris et de iure*, que no admitía prueba en contra de la Administración.

[549] Como ya he dicho *supra*, en el epígrafe 4.2 del capítulo cuarto, cabría elaborar protocolos jurídicos que estandarizaran la diligencia exigible en la emanación de actos administrativos.

[550] MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 639. En un sentido semejante la doctrina italiana citada en el epígrafe 3.2 de mi trabajo «La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos», *op. cit.*, contraria a la presunción *iuris et de iure* establecida por la jurisprudencia anterior a la sentencia 500/1999.

1996 (Ar. 987) [551] y convenientemente destacada por FONT [552]. Según dicha línea jurisprudencial, «siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica» ni nacer, por tanto, la responsabilidad administrativa [553].

Discrepo, sin embargo, de dicha jurisprudencia, cuando limita esta circunstancia exonerativa a los actos administrativos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales o en aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. No hay duda, por supuesto, de que es en dichos ámbitos donde mayor margen de

---

[551] Han continuado dicha línea jurisprudencial, entre otras, las SSTS (Sala 3.ª) de 4 de noviembre de 1997 (Ar. 8203), 11 de marzo de 1999 (Ar. 3035), 28 de junio de 1999 (Ar. 7143) y 13 de enero de 2000 (Ar. 659). Parece seguirla también (al aludir al que denomina «criterio de la ostensibilidad») la STS (Sala 3.ª) de 16 de febrero de 1999 (Ar. 4438).

La citada STS de 1996 contenía un voto particular —al que más adelante se hará referencia— que no ha tenido luego continuidad.

[552] FONT I LLOVET, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 240-242.

[553] STS (Sala 3.ª) de 5 de febrero de 1996 (Ar. 987), FJ 3.º El tribunal, en el caso concreto resuelto por esta sentencia, niega el derecho a resarcimiento de un particular a quien la Administración, por medio de un acto administrativo posteriormente anulado, había denegado la apertura de una farmacia. Para el tribunal, «ha de concluirse que la valoración que se efectúa en la resolución anulada por parte de la Administración de los datos obrantes en su poder a efectos de integrar el concepto indeterminado contenido en la norma [el concepto de «núcleo de población», que permitía, en el artículo 1.*b)* del parcialmente derogado Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, exceptuar la regla de una farmacia por cada cuatro mil habitantes], se ha operado con arreglo a los criterios exigibles conforme a lo manifestado en los fundamentos anteriores [esto es, de forma razonada y razonable] para excluir la antijuricidad de la posible lesión, como lo confirma el hecho de que tal resolución se viese ratificada en la primera instancia jurisdiccional» (FJ 4.º).

Que el acto administrativo anulado haya sido considerado ajustado a Derecho por alguno de los órganos jurisdiccionales que han tenido que pronunciarse sobre su legalidad o ilegalidad representa, en efecto, un importante (aunque no decisivo) indicio acerca de la razonabilidad del mismo. Así se considera, también, en Alemania (respecto de los órganos jurisdiccionales colegiados), donde se parte de la base de que no cabe exigir a un funcionario de la Administración mayores conocimientos jurídicos que a un tribunal (MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 639-640).

maniobra interpretativa posee la Administración, y donde con mayor facilidad podrá afirmarse, por consiguiente, que la interpretación administrativa ha sido razonable, prudente. Pero ello no significa que la Administración no pueda probar que su interpretación de los hechos y del Derecho ha sido defendible, razonable, prudente también en el marco de una potestad reglada [554].

Sirvan dos ejemplos. Imagínese que la Administración militar impone una sanción disciplinaria (potestad eminentemente reglada) a un soldado. La sanción se impone porque varios compañeros del soldado han declarado que el mismo se ausentó de su puesto de vigilancia. Si posteriormente se demuestra que dichos testigos mintieron y se anula la sanción porque el soldado no cometió los hechos que se le imputan, no podrá decirse que la Administración (a menos que ésta hubiera podido saber que los testigos mentían —si, p. ej., fuera conocida su enemistad con el soldado sancionado—) ha actuado imprudente e irrazonablemente al imponer dicha sanción. La Administración se habrá equivocado, habrá incurrido en un error fáctico, pero se tratará de un error excusable que deberá exonerarle de responsabilidad. El soldado indebidamente sancionado podrá, por supuesto, reclamar una indemnización de quienes declararon falsamente en su contra. Es sólo a ellos a quienes el daño por él sufrido resulta imputable [555]. En este ejemplo la diligencia exoneratoria de responsabilidad atañe a la interpretación de los hechos, a la integración de la base fáctica de una potestad claramente reglada. En el siguiente, el error excusable se produce en sede de interpretación del Derecho de otra potestad igualmente reglada, la tributaria: la Administración practica una liquidación tributaria que resulta anulada porque la jurisprudencia cambia de criterio y considera que el Reglamento que le ha servido de base (que establece el tributo liquidado por la Administración) es nulo por carecer de la suficiente cobertura legal. No creo tampoco que la Administra-

[554] De una potestad reglada que carezca de conceptos jurídicos indeterminados.

[555] Si la Administración no logra acreditar su diligencia deberá indemnizar al soldado en virtud de la aquí defendida presunción de anormalidad de los actos administrativos contrarios a Derecho. Declaran la responsabilidad de la Administración por sanciones (arrestos privativos de libertad) impuestas a soldados y posteriormente anuladas, entre otras, las SSTS (Sala 3.ª) de 1 de febrero de 1999 (Ar. 1506), 11 de marzo de 1999 (Ar. 3035) y 13 de enero de 2000 (Ar. 659).

> ción deba responder en este caso: la liquidación tributaria no ha sido irrazonable, imprudente, porque se encontraba avalada por una jurisprudencia que venía declarando ajustadas a Derecho las anteriormente practicadas. La Administración ha incurrido, aquí, en un error jurídico en el marco de una potestad reglada. Pero es, de nuevo, un error excusable [556].

Por otro lado, el hecho de que la interpretación llevada a cabo por la Administración en el marco de una potestad discrecional sea razonable, defendible, conllevará no sólo la irresponsabilidad administrativa, sino, incluso —en ello consiste precisamente la discrecionalidad—, la validez del acto administrativo (el acto administrativo será ajustado al ordenamiento porque la Administración habrá elegido correctamente entre las diferentes alternativas justas que libremente se le aparecen). El acto discre-

---

[556] Se trata de un caso real, el resuelto por la STS (Sala 3.ª) de 13 de marzo de 1999 (Ar. 2519). La Administración practicó una liquidación tributaria en aplicación de lo dispuesto en los Reales Decretos 3041/1976, de 31 de diciembre, 1197/1977, de 20 de mayo y 1886/1977, de 23 de julio, normas ajustadas a Derecho según la jurisprudencia entonces vigente (así, p. ej., la STS [Sala de lo contencioso-administrativo] de 7 de julio de 1981 [Ar. 3022], respecto del análogo Real Decreto 2881/1979, de 29 de diciembre). El Tribunal Supremo, con posterioridad a la emanación de la liquidación tributaria en examen, cambió abiertamente de criterio, considerando que dichos Reglamentos eran nulos por carecer de cobertura legal (la sentencia de referencia es la STS [Sala 3.ª] de 10 de enero de 1997 [Ar. 205]). En aplicación de esta nueva orientación jurisprudencial, la STS de 13 de marzo de 1999 confirma la anulación de la liquidación declarada por la sentencia de instancia y el deber de la Administración de indemnizar al particular los gastos del aval que solicitó para obtener la suspensión de dicha liquidación. Dudo, como digo en el texto, que la Administración deba responder en un caso semejante y asumir el coste del aval (no hay duda, en cualquier caso, de que el daño parece más imputable a la Administración —u órgano administrativo— que elaboró los Reglamentos nulos que a la que los aplicó). Pero ésta es una opinión *de lege ferenda*. Porque la sentencia es perfectamente adecuada al ordenamiento jurídico español vigente: siendo la responsabilidad de la Administración española, *de lege lata*, objetiva, resulta irrelevante que su interpretación de los hechos y del Derecho haya sido diligente o negligente, su deber resarcitorio surgirá tanto en uno como en otro caso. El deber de restituir el importe del aval (en general, el coste de toda garantía aportada para suspender la ejecución de una deuda tributaria) en —todo— caso de liquidaciones tributarias anuladas viene impuesto ahora, además, específicamente, por el artículo 12 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes.

cional no dará derecho a indemnización porque ni siquiera podrá ser anulado.

> Discrepo de la referida línea jurisprudencial en un segundo aspecto. Aunque, como he señalado, me parece acertado que se excluya la responsabilidad de la Administración cuando el acto administrativo anulado proceda de una interpretación prudente, defendible, razonable, no me cabe la menor duda de que admitir dicha exoneración significa someter a la Administración a una responsabilidad por anormalidad, por culpa. Por ello, creo vanos y poco convincentes los grandes esfuerzos dedicados por el Tribunal Supremo a tratar de demostrar que la referida exoneración se sitúa en el terreno de la antijuricidad del daño y que no rompe el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa. Coincido, pues, con lo que el Magistrado PECES MORATE afirma en su voto particular a la sentencia que inició dicha línea jurisprudencial: «El criterio mayoritario sitúa, a nuestro parecer, la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos y resoluciones administrativas fuera del ámbito de una auténtica responsabilidad objetiva o por el resultado, aproximándola a la responsabilidad por culpa, con evidente quiebra del único sistema legalmente configurado» [557]. La interpretación del Tribunal Supremo, pese a ser acertada, es contraria al ordenamiento jurídico español. Tenemos, pues, aquí, una prueba más de que la jurisprudencia española, pese a afirmarlo y defenderlo enfáticamente, no aplica el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración contenido en la normativa vigente. Y tenemos una prueba más de que conviene modificar el sistema vigente y limitar el alcance de la responsabilidad de la Administración española.

Las especialidades que suscita la responsabilidad por actos administrativos no terminan aquí. Un sistema articulado de responsabilidad debería tomar en consideración y resolver al menos otro aspecto complejo que parece requerir también una regulación diferenciada: ¿La responsabilidad por actos contrarios a Derecho de la Administración debe tener el mismo alcance tanto cuando dichos actos incidan en situaciones jurídicas ya existen-

[557] FJ 5.º del voto particular formulado por dicho Magistrado a la citada STS de 5 de febrero de 1996. Lo cree también PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, p. 460, nota núm. 46.

tes de los particulares, desfavoreciéndolos, como cuando se limiten a dejar de crear nuevas situaciones jurídicas favorables? La jurisprudencia española declara la responsabilidad de la Administración con mucha mayor facilidad ante los primeros (sanciones administrativas [558], órdenes de cierre de establecimientos [559], liquidaciones tributarias [560], expropiaciones [561], denegaciones de renovación del permiso de trabajo de inmigrantes [562], órdenes de paralización de obras [563], declaraciones de ruina [564], traslados forzosos de funcionarios públicos [565]... [566]) que ante los segundos (denegaciones de autorizaciones administrativas [567], resoluciones de oposiciones, subastas y concursos

---

[558] Las SSTS (Sala 3.ª) de 1 de febrero de 1999 (Ar. 1506), 11 de marzo de 1999 (Ar. 3035) y 13 de enero de 2000 (Ar. 659), antes citadas, declaran la responsabilidad de la Administración por las sanciones anuladas impuestas a soldados.

[559] Declara la responsabilidad de la Administración por la clausura ilegal de una discoteca —aunque reduciendo la cuantía indemnizatoria en un 30 por 100 por constatar concurrencia de culpa del particular afectado— la STS (Sala 3.ª) de 30 de octubre de 1990 (Ar. 8338).

[560] Obligan a la Administración a restituir los gastos de aval derivados de una liquidación tributaria ilegal, entre muchas otras, las SSTS (Sala 3.ª) de 31 de mayo de 1997 (Ar. 4418) y 13 de marzo de 1999 (Ar. 2519).

[561] Declara la responsabilidad de la Administración por una expropiación ilegal la STS (Sala 3.ª) de 21 de noviembre de 1998 (Ar. 9963).

[562] Obligan a indemnizar los daños derivados de la denegación ilegal de la renovación del permiso de trabajo (entre ellos, la pérdida del puesto de trabajo) las SSTS (Sala 3.ª) de 16 de febrero de 1999 (Ar. 1623) y 2 de marzo de 1999 (Ar. 2320).

[563] Declara la responsabilidad de la Administración por una orden ilegal de paralización de obras la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 2 de junio de 1982 (Ar. 4177).

[564] Declara la responsabilidad de la Administración por una declaración improcedente de ruina la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 23 de febrero de 1966 (Ar. 1040).

[565] Declara la responsabilidad de la Administración por un traslado forzoso improcedente de un funcionario público la STS (Sala 3.ª) de 9 de marzo de 1999 (Ar. 3032).

[566] Ulteriores ejemplos y referencias jurisprudenciales en GAMERO CASADO, Eduardo, «El nuevo escenario de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 4.

[567] Deniegan la responsabilidad de la Administración por los daños derivados de la denegación ilegal de una licencia de apertura de farmacia, de construcción de un camping y de exhibición cinematográfica, respectivamente, las SSTS (Sala 3.ª) de 5 de febrero de 1996 (antes citada), 1 de febrero de 1999

públicos [568], sobre todo). Ello no deja de ser razonable [569]. El daño sufrido por el particular es seguramente mayor en los primeros que en los segundos [570]: no es lo mismo afectar a una situación jurídica de un sujeto ya existente y consolidada que dejar de crearle una situación jurídica hipotéticamente favorable (no es lo mismo perjudicar que dejar de beneficiar); en este contexto, en relación con los actos administrativos anulados que dejan de crear situaciones jurídicas favorables, quizá sí sea conveniente distinguir entre potestades regladas y discrecionales, entre —sobre todo— licencias regladas y licencias discrecionales, y separar los casos en que el particular ostenta un verdadero derecho de aquellos otros en que únicamente le asiste una simple expectativa. Se impone, en cualquier caso, la regulación específica del legislador. El legislador tendría que pronunciarse expresamente sobre el alcance de la responsabilidad administrativa en uno y otro caso. Un sistema articulado realmente lo exige.

Es en este punto donde probablemente resulte más interesante la polémica italiana relativa a la resarcibilidad de los intereses legítimos. En Italia, la doctrina partidaria de la resarcibilidad de

---

(Ar. 2627) y 28 de junio de 1999 (Ar. 7143). Declaran, en cambio, la responsabilidad administrativa por la denegación ilegal de una licencia de apertura de granja avícola y de construcción de una última planta de apartamentos, respectivamente, las SSTS (Sala 3.ª) de 4 de noviembre de 1997 (Ar. 8203) y 16 de febrero de 1999 (Ar. 4438).

[568] Deniega la responsabilidad de la Administración en favor de uno de los participantes en una subasta pública (para la explotación de una cantera) anulada la STS (Sala 3.ª) de 8 de febrero de 1999 (Ar. 1383).

[569] También FONT se ha mostrado partidario de conceder un alcance distinto a la responsabilidad patrimonial de la Administración en uno y otro caso: FONT I LLOVET, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 241-242.

[570] De lo que no hay duda es de que el daño es más cierto y fácilmente cuantificable en los primeros que en los segundos: es mucho más fácil determinar y cuantificar el daño derivado de una sanción administrativa o de una expropiación ilegales que el de la denegación ilegal de una licencia (¿cuánto hubiera podido ganar el farmacéutico o el constructor o el industrial al que se le deniega la licencia de apertura de la farmacia o de edificación o de instalación de la industria?, ¿con qué rotundidad puede excluirse la posibilidad de que el farmacéutico o el constructor o el industrial hubieran cosechado pérdidas con su actividad —pérdidas que la denegación ilegal de la licencia, paradójicamente, habría evitado—?).

los intereses legítimos siempre ha tenido muy claro que deben distinguirse, a efectos resarcitorios, los —allí llamados— intereses legítimos *opositivos* (el particular obstaculiza, se *opone* a un acto desfavorable —expropiatorio, sancionador...; en general, todo acto desfavorable dirigido a alterar una situación jurídica ya existente y consolidada— que pretende emanar la Administración; el particular, aquí, tiene interés en mantener el *statu quo*) de los intereses legítimos *pretensivos* (el particular, aquí, no se opone a un acto administrativo desfavorable dirigido a incidir en una situación jurídica ya existente, sino que *pretende* la adopción, el reconocimiento de una situación nueva favorable —paradigmáticamente, la obtención de una licencia—; el particular pretende la modificación del *statu quo*) [571]; y que la resarcibilidad [572] de los

[571] Sobre la distinción entre unos y otros, p. ej., SCOCA, Franco Gaetano, «Risarcibilità e interesse legittimo», *op. cit.*, p. 20.

[572] En Italia se discute actualmente si los intereses legítimos (opositivos o pretensivos) son, por su propia naturaleza, susceptibles de resarcimiento, o si, por el contrario, interés legítimo y resarcimiento del daño constituyen elementos ontológicamente incompatibles; si lo que en realidad ocurre cuando se declara la resarcibilidad de un interés legítimo es que el mismo se ha transformado previamente en derecho subjetivo o expectativa de derecho; y si, por tanto, lo que genera el deber resarcitorio no es, en realidad, la lesión de un interés legítimo (opositivo o pretensivo), sino la lesión de un derecho subjetivo o de una expectativa de derecho. El principal valedor de la tesis de la incompatibilidad entre interés legítimo y resarcimiento es ROMANO, Alberto, «Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi», en *Dir. amm.*, núm. 1, 1998, *passim*; también en ROMANO, Alberto, «Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?», en *Foro it.*, I, núm. 11, noviembre de 1999, *passim*. En contra de la misma —esto es, a favor de la susceptibilidad resarcitoria de los intereses legítimos—, señaladamente, SCOCA, Franco Gaetano, «Risarcibilità e interesse legittimo», *op. cit.*, pp. 28-37 y 54. Con la alusión que estoy efectuando en el texto al tratamiento que la doctrina italiana ha dispensado a la resarcibilidad de intereses legítimos opositivos y pretensivos no pretendo tomar partido ante semejante —espinosa— polémica dogmática ni posicionarme en favor de una u otra interpretación; sólo me interesa destacar que la doctrina italiana ha sabido ver que no es lo mismo —tampoco a efectos de responsabilidad patrimonial de la Administración— incidir en situaciones jurídicas ya consolidadas de los particulares que dejarles de crear nuevas situaciones favorables. Que la citada polémica es básicamente académica, dogmática, siendo lo verdaderamente importante —a efectos prácticos— la identificación de las posiciones jurídicas individuales merecedoras de tutela resarcitoria (se las considere derechos subjetivos o meros intereses legítimos) lo admite el propio ROMANO, Alberto, «Sono risarcibili...», *op. cit.*, p. 3225.

primeros (que constituyen verdaderos derechos subjetivos, aunque —en la terminología italiana— «debilitados» por efecto de la acción administrativa que incide sobre ellos) es mucho más clara que la de los segundos.

La resarcibilidad de los intereses *pretensivos* se hace depender, a menudo, del carácter reglado o discrecional de la actuación administrativa llamada a pronunciarse sobre los mismos. Son elocuentes las palabras de CERULLI IRELLI al respecto: así como «es pacífica la resarcibilidad» de los intereses opositivos, la de los intereses pretensivos «se presenta diferenciad[a] según los casos. En algunos casos, cuando la contrariedad a Derecho concierne a actos plenamente discrecionales, no se configura daño resarcible (daño *injusto*) alguno porque no hay norma que asegure al titular del interés la satisfacción del mismo. En dichos casos, como sabemos, al titular del interés, cuando salga victorioso de la sede contencioso-administrativa (habiendo obtenido la anulación del acto lesivo), sólo se le reserva una nueva oportunidad de obtener el bien pretendido, repitiendo el procedimiento (pero no podrá obtener el bien si ello no resulta conforme al interés público valorado discrecionalmente por la autoridad administrativa competente). Distinto es el caso en que la lesión del interés, y el daño, son producidos por un acto (posteriormente declarado contrario a Derecho) presuntamente discrecional, pero sustancialmente reglado en su contenido dispositivo, por efecto del procedimiento en concreto desarrollado. Así, por ejemplo, una licencia de construcción (acto teóricamente incluible entre los discrecionales) que tenga por objeto un bien inmueble cuya destinación haya sido fijada puntualmente por los planes urbanísticos generales y de ejecución, aparece como un acto sustancialmente reglado a cuya emanación la autoridad administrativa, en presencia de los requisitos subjetivos y objetivos requeridos (objeto de aclaración), queda obligada. En tales casos se debe, pues, tener en cuenta la situación concreta para establecer si es o no configurable un daño resarcible. Distinto todavía es el caso de los actos reglados de contenido enteramente aclaratorio, mediante los cuales la Administración, aunque en ejercicio de una potestad *exclusiva* [...], queda obligada, simplemente, a aplicar la Ley. En estos casos la contrariedad a Derecho del acto productor del daño da lugar sin duda a la obligación de resarcimiento del mismo» [573].

[573] CERULLI IRELLI, Vincenzo, *Corso di diritto amministrativo*, 3.ª ed., Torino, Giappichelli, 2000, pp. 731-732. (La cursiva es del propio autor.)

También la Corte de Casación italiana ha otorgado siempre un tratamiento distinto a uno y otro tipo de intereses. Ha seguido haciéndolo la propia sentencia núm. 500/1999, antes citada. Ésta, al ocuparse del requisito del daño injusto, admite con total naturalidad la resarcibilidad de los intereses opositivos, pero somete a mayores prevenciones la de los pretensivos. Según la Casación, «En lo concerniente a los intereses legítimos opositivos, podrá reconocerse daño injusto en el sacrificio del interés a la conservación del bien o de la situación de ventaja derivado del ejercicio ilegal del poder [...] En cuanto a los intereses pretensivos, cuya lesión se produce en caso de denegación contraria a Derecho del acto administrativo solicitado o de retraso injustificado en su adopción, deberá en cambio evaluarse la consistencia de la protección que el ordenamiento dispensa a las solicitudes de ampliación de la esfera jurídica del particular. Valoración que implica un pronóstico, a realizar con arreglo a la normativa sectorial, sobre el fundamento o falta de fundamento de la solicitud presentada, para así poder establecer si el solicitante era titular no ya de una mera expectativa, como tal no tutelable, sino de una situación susceptible de generar una confianza objetiva en su conclusión positiva; esto es, de una situación que, según la disciplina aplicable, se encontraba destinada, normalmente, a un resultado favorable, pudiendo ser considerada, entonces, jurídicamente protegida» (FJ 9.º) [574].

Otro problema específico de la responsabilidad por actos administrativos que requeriría la atención del legislador es el de los gastos judiciales (fundamentalmente —aunque no sólo— el coste del abogado y del procurador) generados por una acción —victoriosa— de responsabilidad: ¿Constituyen una partida indemnizable?

El de la resarcibilidad de los gastos judiciales de una acción de reclamación de daños y perjuicios contra la Administración es un problema específico de responsabilidad por actos administrativos porque en él el daño sufrido por el particular (los gastos

[574] Se ha mostrado crítico con este método del pronóstico sugerido por la Casación italiana, por entender que significa que el juez sustituya a la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales, SCOCA, Franco Gaetano, «Risarcibilità e interesse legittimo», *op. cit.*, pp. 19-22.

judiciales [575]) deriva siempre, en último término, de un acto administrativo: el acto —expreso o presunto— por el que la Administración desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por el particular. El daño de los gastos judiciales, pues, aunque mediatamente puede derivar tanto de un acto administrativo como de una actuación material de la Administración como, incluso, de un Reglamento (dependiendo de cuál haya sido la manifestación de la actuación administrativa que produjo el daño —daño que podemos llamar *principal*— que suscitó la reclamación de responsabilidad del particular), tiene siempre su origen *inmediato* en el acto administrativo denegatorio de indemnización [576].

El tema no es objeto, en España, de regulación específica, y se resuelve según la disciplina general de las costas procesales [577]. En virtud de dicha regulación general (contenida, en lo

---

[575] A mi juicio resulta indiscutible que los gastos judiciales derivados de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración constituyen un daño, un daño generado por la Administración (si ésta no hubiera desestimado la reclamación de responsabilidad formulada por el particular en vía administrativa dichos gastos no se hubieran producido) y que reúne los requisitos de efectividad, evaluabilidad económica e individualización exigidos por el artículo 139.2 LRJPAC. Cabe, por ello, perfectamente, considerar que constituyen un daño indemnizable a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

[576] Parece útil, a estos efectos, distinguir entre daño principal y daño secundario. Daño principal sería el generado de forma inmediata por la actuación administrativa lesiva (la muerte, lesiones, daños en las cosas, lucro cesante, daño moral...); y daño secundario el derivado de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración (principalmente, gastos judiciales). El primero podrá tener su origen inmediato en cualquiera de las manifestaciones de la acción administrativa (Reglamentos, actos administrativos, actuaciones materiales); el segundo sólo lo tendrá en el acto administrativo denegatorio de responsabilidad de la Administración. Como es fácil apreciar, esta diferenciación se produce, en España, porque toda acción de responsabilidad patrimonial debe venir precedida de una reclamación ante la Administración, tramitada con arreglo al procedimiento (a los procedimientos) previsto(s) en el RRP y resuelta de forma expresa o presunta por un acto administrativo.

[577] Disciplina general prevista para todo tipo de recurso contencioso-administrativo, y no sólo para el interpuesto contra un acto administrativo denegatorio de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Según la STS (Sala 3.ª) de 13 de enero de 2000 (Ar. 659), no cabe pedir el resarcimiento de los gastos judiciales como una partida más de la indemniza-

referente al proceso contencioso-administrativo, en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa —LJCA—), en primera o única instancia los gastos judiciales sólo serán resarcidos al particular, en principio, cuando haya habido temeridad o mala fe por parte de la Administración. La vigente LJCA introduce, sin embargo, una novedosa excepción: «se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas, cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad» (párrafo segundo del artículo 139.1 LJCA). Se trata del principio del vencimiento: «cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad» habrá que imponer las costas procesales a quien pierda el litigio.

> El principio del vencimiento se erige en la regla general en las demás instancias o grados, aunque puede ser excepcionado cuando el órgano jurisdiccional lo estime conveniente: «En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición» (artículo 139.2 LJCA).

El principio del vencimiento, excepcional en primera o única instancia, se ha de convertir en la regla general en los recursos interpuestos en reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración si hacemos caso a GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ [578] y consideramos que en toda reclamación de cantidad (la reclamación de responsabilidad administrativa sin duda lo es; constituye, de hecho, la reclamación de cantidad paradigmática) se hará perder al recurso su finalidad de no reintegrar los gastos judiciales a quien resulte vencedor.

En mi opinión, esta regulación de las costas procesales, en su aplicación a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial

---

ción solicitada en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando el órgano jurisdiccional ha excluido la condena en costas de la Administración. Los gastos judiciales se separan, pues, de la pretensión indemnizatoria, y su reparación sólo puede canalizarse a través de la regulación genérica de las costas procesales.

[578] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso..., II, op. cit.*, p. 683.

de la Administración, resulta, a la vez, demasiado restrictiva y demasiado generosa.

El principio general de imposición de costas en el caso exclusivo de temeridad o mala fe es demasiado restrictivo porque significa someter a la Administración a una responsabilidad (en relación con los gastos judiciales) por dolo (mala fe) o culpa grave (temeridad). Y, como sabemos, la responsabilidad de la Administración debe nacer siempre que haya anormalidad, culpa, en cualquiera de sus grados, y no sólo cuando dicha culpa sea grave (cuando la Administración actúe temerariamente) o exista dolo; no hay ninguna razón, por otro lado, para privilegiar a los actos administrativos que deniegan reclamaciones de responsabilidad respecto del resto de actos administrativos. Además, no imponer las costas a la Administración en los casos de culpa no grave significa enviarle un mensaje negativo, desincentivarla: no resulta necesario esmerarse demasiado en el momento de resolver las reclamaciones de responsabilidad en vía administrativa, basta evitar que la desestimación de dicha reclamación sea tachada de temeraria. Condenar a la Administración en costas siempre que su desestimación de la reclamación de responsabilidad merezca ser considerada imprudente —gravemente o no— supone, en cambio, incentivarla a estudiar con mayor detenimiento (tanto en los aspectos fácticos como jurídicos) las reclamaciones de que conoce y tratar de evitar que sus actos denegatorios de indemnización sean anulados con tanta frecuencia por los tribunales. Ello lo exigen tanto el interés de los afectados como el de la colectividad: a todos interesa tratar de paliar el colapso de la jurisdicción contencioso-administrativa, y una buena vía para ello es hacer que los procedimientos administrativos (en este caso, el de responsabilidad patrimonial) sirvan para algo, impidiendo que la Administración los convierta en meras formalidades que obligan a los particulares a recurrir a la tutela de los tribunales.

El principio del vencimiento (que, como se ha visto, parece que ha de tener una especial importancia en las reclamaciones que, como la de responsabilidad, son de cantidad; y que, en cualquier caso, rige como regla general en las demás instancias y grados), a su vez, resulta demasiado amplio, generoso, porque

significa prescindir de la conducta administrativa y dar entrada en materia de costas a la responsabilidad objetiva. Condenar en costas a la Administración que pierda el litigio sin entrar siquiera a considerar la eventual razonabilidad de los motivos que la han llevado a desestimar la reclamación del particular en vía administrativa supone someterla, sin duda, a una responsabilidad (por los gastos judiciales) de tipo objetivo, a una responsabilidad por el resultado, por la mera anulación del acto administrativo. Y ya sabemos las razones por las cuales debe prevalecer una responsabilidad administrativa basada en la culpa, en la anormalidad de la actuación de los servicios públicos [579].

Creo, por todo ello, que debería establecerse una regulación especial de las costas derivadas de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración, una regulación especial que se aproximara al régimen general de responsabilidad por actos administrativos antes delineado en sus rasgos básicos: debería partirse de una presunción de anormalidad por los actos denegatorios de responsabilidad que fueran anulados, presunción de anormalidad que comportara que se reintegraran los gastos judiciales al particular recurrente a menos que la Administración consiguiera probar que su denegación de la reclamación de responsabilidad efectuada en la vía administrativa había sido razonable, prudente, defendible, atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas del caso [580].

Una cuestión discutible es la del importe de los gastos judiciales que deben ser reintegrados. El artículo 139.3 LJCA ha

[579] La Administración que conozca de una reclamación de responsabilidad patrimonial debe poder confiar, en efecto, en que una denegación razonable, prudente, de la misma no le va a hacer cargar con los gastos judiciales del particular que no esté de acuerdo con la misma. No tendría sentido, por otro lado, indemnizar siempre los gastos judiciales (siempre que el acto administrativo de denegación de responsabilidad acabara siendo anulado) y no, en cambio, los daños primarios causados por la actuación administrativa, normalmente más graves que aquéllos.

[580] Será razonable, desde esta perspectiva, una desestimación que se produzca tras haber practicado y valorado correctamente las pruebas pertinentes y haber constatado la no concurrencia de los requisitos de la responsabilidad administrativa (en la interpretación que de los mismos efectúan la doctrina y la jurisprudencia).

introducido la posibilidad de que se satisfaga sólo una parte de las costas procesales: «La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima». La reintegración parcial de los gastos judiciales está perfectamente justificado en los casos en que existe culpa de la víctima (imagínese, p. ej., que el particular omitiera datos importantes durante la tramitación del procedimiento administrativo). En el resto de casos, sin embargo, atenta contra el principio de reparación integral propio de la responsabilidad civil —por culpa—, aunque quizá pueda justificarse por la intención de evitar que la Administración —la colectividad— deba acarrear con los honorarios de abogados muy caros; el mensaje que parece lanzar el artículo 139.3 LJCA (aunque la decisión queda en todo caso en las manos del juez, que podrá ordenar el pago íntegro de los gastos judiciales) es el de que los particulares que quieran contar con abogados de honorarios muy elevados deberán asumir parte de su coste.

Lo señalado en el presente epígrafe es sólo una aproximación introductoria a algunas de las especialidades que suscita la responsabilidad por actos administrativos. La elaboración de un sistema articulado de responsabilidad administrativa que pretendiera dar una respuesta satisfactoria y completa a los numerosos problemas que dicha manifestación de la actuación administrativa presenta a efectos de responsabilidad debería ir más allá y abordar ulteriores cuestiones. Especialmente importante me parece la relación que hay —si la hay— o tiene que haber entre los diferentes vicios de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos y la responsabilidad de la Administración. Así, p. ej., ¿todo vicio formal que comporte la anulación del acto administrativo debe dar lugar a responsabilidad de la Administración?, ¿deben dar lugar a responsabilidad en los mismos términos que los vicios de fondo?, ¿o debe considerarse, como en Francia, que los vicios de forma no comportan la responsabilidad de la Administración si el acto administrativo era materialmente —en lo concerniente al fondo— correcto? [581]

[581] Postura esta también mantenida por un sector de la doctrina italiana. Las referencias de las obras de algunos de sus principales valedores pueden encontrarse en SCOCA, Franco Gaetano, «Risarcibilità e interesse legittimo», *op. cit.*, p. 25 (quien se opone a dicho planteamiento en las pp. 25-27). SCOCA apunta algo que me parece acertado y que se sitúa en la línea de lo que ya he

2.2.2. *Asistencia sanitaria* [582]

El sector de la asistencia sanitaria es, por su propia naturaleza, uno de los más estrechamente vinculados a riesgos y daños. Riesgos y daños que, sin embargo, son, en gran parte, fruto de las limitaciones científico-técnicas y de la condición perecedera del ser humano. La circunstancia de que la Administración, al prestar asistencia sanitaria, pretenda neutralizar, minimizar tales riesgos en beneficio, precisamente, de las propias víctimas, justifica que en este sector deba corresponder un particular protagonismo a la culpa, al funcionamiento anormal del servicio público. Como ocurre, por otro lado, y de forma indiscutida, en el sector sanitario privado.

---

señalado antes, con motivo de la necesaria distinción entre actos administrativos desfavorables que inciden en situaciones ya consolidadas y actos administrativos que dejan de crear nuevas situaciones favorables: el acto administrativo anulado por razones puramente formales en ocasiones no originará daño alguno, o provocará un daño de dimensiones menores que el acto anulado por razones de fondo (*op. ult. cit.*, pp. 27-28). Yo añadiría una precisión a semejante observación. Los actos anulados por vicios formales casi siempre (salvo en los casos de anulación del acto en vía administrativa —de oficio o a instancia de parte—) generarán, al menos, un daño perfectamente resarcible: los gastos judiciales sufragados por el particular para obtener la anulación del acto.

[582] La responsabilidad de la Administración sanitaria viene atrayendo desde hace ya un tiempo la atención de la doctrina española. Se han ocupado de sus aspectos materiales (omito aquí la abundante doctrina que se ha dedicado al importante pero ya superado [al menos teóricamente: no hay duda de cuál es la voluntad del legislador tras la reforma del artículo 9.4 LOPJ, el nuevo artículo 2.*e)* LJCA y la DA 12.ª añadida a la LRJPAC por la Ley 4/1999] problema de la jurisdicción competente), entre otros, MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos...», *op. cit.*; CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, *op. cit.*; VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*; ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., «Responsabilidad sanitaria», *op. cit.*; PEMÁN GAVÍN, Juan, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», en *DA*, núms. 237-238, enero-junio de 1994; RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, «La responsabilitat...», *op. cit.*; DEL SAZ CORDERO, Silvia, «La responsabilidad de la Administración por el contagio del virus del SIDA», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1993-1; MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio del SIDA», en *RAP*, núm. 136, enero-abril de 1995; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, y yo mismo en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*

Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia española [583], que, pese a lo dispuesto por la normativa vigente, casi siempre ha exigido culpa, anormalidad para condenar a la Administración sanitaria.

> Excluyen la responsabilidad de la Administración sanitaria por no haberse probado el elemento de la culpa, entre muchas otras, las SSTS (Sala 1.ª) de 14 de noviembre de 1994 (Ar. 8473), 8 de abril de 1996 (Ar. 2988), 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112), 25 de enero de 1997 (Ar. 155), 9 de junio de 1997 (Ar. 4734), 16 de diciembre de 1997 (Ar. 8690) y 23 de octubre de 2000 (Ar. 9197).

Una primera especialidad que plantea la responsabilidad administrativa en el ámbito sanitario se encuentra relacionada, precisamente, con el elemento de la culpa. A falta de que se desarrollen completos protocolos médicos y, en cualquier caso, complementándolos, existe en este ámbito un punto de referencia específico e ineludible en el momento de determinar los deberes de diligencia cuya vulneración dé lugar a funcionamiento anormal del servicio público sanitario y —en el caso de que concurran los otros requisitos— a responsabilidad patrimonial de la Administración: la *lex artis* [584].

La responsabilidad por culpa de la Administración sanitaria, en segundo lugar, podría y debería venir acompañada, con fre-

---

[583] Sobre todo la civil, que es la que en mayor número de ocasiones ha conocido de reclamaciones de responsabilidad en materia de asistencia sanitaria pública. Sólo desde mediados de los años noventa ha comenzado la Sala de lo civil del Tribunal Supremo a aplicar (tímida y aisladamente, en determinados grupos de casos, nunca como regla general) a la Administración sanitaria la responsabilidad objetiva contenida en el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU). Véase lo que a continuación se dirá sobre los artículos 26 y 28 LGDCU, sobre dicha tímida línea jurisprudencial y la reciente sentencia que parece haberle puesto fin.

[584] Sobre la *lex artis* en materia de responsabilidad de la Administración sanitaria puede verse VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 130-135. Y en materia de responsabilidad civil por asistencia sanitaria, en general, recientemente, ALONSO PÉREZ, Mariano, «La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la "lex artis")», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 33-53 (y la doctrina civilista allí citada).

cuencia, de *presunciones de culpa*, de anormalidad. Ya he dicho antes que en un sistema debidamente articulado cabría introducir presunciones de culpa en aquellos ámbitos o grupos de casos en que la víctima se encuentra ante graves dificultades para demostrar la negligencia administrativa, el mal funcionamiento de los servicios públicos. No hay duda de que el sanitario es uno de estos ámbitos. Las presunciones deberían ser introducidas, sobre todo, en aquellas actuaciones médicas particularmente complejas, donde la prueba de la culpa requiere gran cantidad de información y conocimientos técnico-científicos al alcance de la Administración pero inasequibles para la víctima. Estas presunciones deberían ser, por supuesto, *iuris tantum*, y destruibles por una actividad probatoria de la Administración mínimamente convincente [585].

---

[585] Discrepo, por tanto, de la jurisprudencia civil que niega reiteradamente el establecimiento de presunciones de culpa en el ámbito médico (entre muchas otras, la STS [Sala 1.ª] de 14 de noviembre de 1994 [Ar. 8473] y las sentencias por ella citadas). Puede verse, al respecto —con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales—, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 203-242.

No será fácil que los profesionales de la medicina acepten una inversión de la carga de la prueba semejante. No debe olvidarse, en este sentido, que uno de los *lobbies* que se opuso con mayor vehemencia y eficacia a la propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios de 9 de noviembre de 1990 y a la inversión de la carga de la prueba por ella prevista fue, precisamente, el de los médicos.

De hecho, sin embargo, la inversión de la carga de la prueba de la culpa en el ámbito de la sanidad privada y de otros servicios prestados por particulares se encuentra impuesta, en España, por el propio legislador. Uno de los siempre olvidados o ignorados preceptos que la LGDCU dedica a la responsabilidad extracontractual, el artículo 26, así lo establece con total claridad: «Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o *servicios* a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad». Naturalmente, dicho precepto no resulta de aplicación a la responsabilidad de la Administración pública (sanitaria y no sanitaria), puesto que queda desplazado por la normativa posterior y específica que la regula (el Título X de la LRJPAC) y la responsabilidad objetiva global por ella establecida. Sobre la aplicación de dicho precepto de la LGDCU en el ámbito de la sanidad privada y su —prácticamente nula— incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo reacia a

El protagonismo que debe corresponder a la culpa —aun presunta— en el marco de la responsabilidad de la Administración sanitaria no significa que deban excluirse hipótesis puntuales y típicas de responsabilidad objetiva, semejantes a las que puedan existir en el ámbito de la sanidad privada del nuestro y de otros países. Podrían someterse a responsabilidad objetiva, p. ej., los daños producidos por los virus y bacterias intrahospitalarios (infecciones nosocomiales) [586] o por el empleo de pro-

---

admitir la inversión de la carga de la prueba de la culpa en dicho sector, FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Comares, 1997, pp. 120-122. Sobre la incidencia de dicha Ley en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración puede verse MONTORO CHINER, María Jesús, «Consideraciones sobre la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 y la responsabilidad patrimonial de la Administración», en *RJC*, núm. 3, 1985. Y sobre la inversión de la carga de la prueba de la culpa en el ámbito de la responsabilidad civil por asistencia sanitaria (en general, y no sólo de la prestada por parte de la Administración), recientemente, LLAMAS POMBO, Eugenio, «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil...*, *op. cit.* (y la doctrina civilista allí citada).

[586] La jurisprudencia española viene aplicando ya parámetros de responsabilidad objetiva a los supuestos de infecciones intrahospitalarias, induciendo del grave y desproporcionado (en relación con la afección que llevó al paciente al hospital) resultado lesivo la falta de adopción de las medidas de higiene y asepsia exigibles a los centros sanitarios (principio *res ipsa loquitur*; sobre dicho principio y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo ha aplicado en materia sanitaria GÓMEZ POMAR, Fernando, «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», *op. cit.*, pp. 14-15). Condenan a la Administración sanitaria por los daños sufridos por infecciones intrahospitalarias (gravísimas secuelas en una pierna —en el supuesto de la primera sentencia— y la amputación de la misma —en el supuesto de las dos últimas—), entre otras, las SSTS (Sala 1.ª) de 26 de mayo de 1997 (Ar. 4114), 1 de julio de 1997 (Ar. 5471) y 21 de julio de 1997 (Ar. 5523).

Las dos últimas resoluciones aplican el artículo 28 LGDCU, que establece una responsabilidad objetiva en los siguientes términos: «1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. 2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsa-

ductos defectuosos (sangre y productos hemoderivados contaminados, medicamentos defectuosos...).

Pero las especialidades no deberían terminar en la denominada imputación de segundo nivel [587]. El legislador debería dar

---

bilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, *servicios sanitarios*, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños. 3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo».

A mi modo de ver, tampoco este artículo 28 LGDCU (al igual que —como se ha visto— el artículo 26 LGDCU, y por la misma razón) resulta de aplicación a la Administración pública, sanitaria y no sanitaria. De la misma opinión se ha mostrado, recientemente, la propia Sala de lo civil del Tribunal Supremo, que en la STS (Sala 1.ª) de 28 de noviembre de 2000 (Ar. 9303) se ha apartado de la línea jurisprudencial trazada por ella misma desde mediados de los años noventa (línea jurisprudencial a la que pertenecen, además de las dos sentencias de julio de 1997 acabadas de citar, las SSTS [Sala 1.ª] de 9 de junio de 1998 [Ar. 3717], 22 de noviembre de 1999 [Ar. 8618] y 30 de diciembre de 1999 [en dos sentencias distintas de esa misma fecha: Ar. 9496 y Ar. 9752], entre otras) y ha negado que el régimen de responsabilidad extracontractual previsto por la LGDCU sea aplicable a la Administración pública.

En cualquier caso, la mención que dicho precepto efectúa de los servicios sanitarios es seguramente demasiado genérica y debería ser precisada (limitada a determinados ámbitos de la asistencia sanitaria). Partidario de su supresión se muestra PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, p. 461.

[587] Las especialidades apuntadas hasta ahora tampoco agotan los problemas de imputación de segundo nivel específicos de la responsabilidad de la Administración por la prestación de asistencia sanitaria. Otro elemento de la imputación de segundo nivel que adquiere una especial relevancia en el marco de la responsabilidad de la Administración sanitaria y que merecería una regulación —más— detallada y adaptada a las particularidades de dicho sector de la actividad administrativa es el del *consentimiento*, el consentimiento informado de la víctima como causa de exoneración de responsabilidad de la Administración sanitaria. Su regulación actual es insuficiente, como ponen de relieve las oscilaciones jurisprudenciales en puntos clave como el grado de formalización que debe recibir (cuándo debe formalizarse por escrito y cuándo no, y qué información debe indicarse en el escrito que se somete a la firma del paciente; nótese, en este sentido, el escaso formalismo exigido por las SSTS [Sala 3.ª] de 3 de octubre y 27 de noviembre de 2000 [Ar. 7799 y 9409, respectivamente]), la parte que lo debe probar (obsérvese la contradicción existente

expresa respuesta a problemas complejos como la indemnizabilidad y —en caso afirmativo— valoración económica de determinados daños propios —aunque no exclusivos— de la asistencia sanitaria, de determinadas prestaciones sanitarias: ¿Constituye un daño, un daño indemnizable, p. ej., el nacimiento indeseado de un hijo como consecuencia de una fallida operación de vasectomía o de ligadura de trompas —o de un error en los controles sobre fertilidad a que los pacientes se someten tras la práctica de una intervención quirúrgica de este tipo—? [588] En caso afirmativo, ¿cómo cuantificarlo económicamente?

Responde al primero de ambos interrogantes la STS (Sala 3.ª) de 3 de octubre de 2000 (Ar. 7799). Ante un supuesto de hija no deseada tenida por un hombre que se había sometido a una operación de vasectomía aparentemente exitosa, el Tribunal Supremo, tras afirmar que no «puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad», considera —no sin cierta contradicción, al menos en los términos en que se expresa el tribunal— que «Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma», y que «No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto [...] la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al

---

entre la STS [Sala 1.ª] de 16 de diciembre de 1997 [Ar. 8690], para la cual corresponde a la víctima demostrar que no recibió la información suficiente, y la STS [Sala 3.ª] de 28 de junio de 1999 [Ar. 6330], que considera —acertadamente, en mi opinión; lo contrario supone imponer una prueba diabólica a la víctima— que debe ser la Administración quien pruebe que obtuvo el consentimiento informado de la víctima) o su misma eficacia exoneratoria. Remito aquí a lo que ya he señalado al respecto en el epígrafe 3.2.4 del capítulo cuarto de mi trabajo *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*

[588] O, en un caso similar, el nacimiento de un hijo aquejado de alguna enfermedad hereditaria no detectada a través del diagnóstico prenatal. Puede verse, al respecto, PÉREZ-TENESSA, Antonio, «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», en *RAP*, núm. 154, enero-abril de 2001.

que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al "minimum" ético constitucionalmente establecido».

Tras reconocer en estos términos la existencia de daño moral, el Tribunal Supremo afirma también la de daño emergente y lucro cesante: «Junto a estos perjuicios, debe tenerse en cuenta la existencia de daño emergente, ligado a los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad, que la intervención quirúrgica realizada convierte en incierta. También, sin duda, al lado del daño emergente, existen consecuencias dañosas que podrían encuadrarse en el lucro cesante. Sería, sin embargo, un grave error integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado, pues ésta constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo. Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados. En el caso examinado [el actor, trabajador no cualificado, tenía ya dos hijos de corta edad y una esposa a los que mantener con un sueldo de 102.768 pesetas mensuales], la situación económica y familiar de los padres declarada probada en la sentencia permite admitir, en principio, la existencia de este tipo de perjuicio, atendiendo a las necesidades familiares presumibles y los medios económicos disponibles para ello» (FJ 5.°).

Esta sentencia me suscita dos observaciones. La primera se refiere a la —en mi opinión— artificiosa distinción efectuada entre importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado (concepto no resarcible, según el tribunal, por constituir una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico y, por ello, un daño no antijurídico) y lucro cesante verdaderamente resarcible: ¿Acaso no es precisamente el coste de manutención de la nueva hija —visto desde una perspectiva negativa: lo que su importe representará para la modesta economía de la familia afectada—, junto a los gastos de embarazo y parto, lo que

acaba considerando indemnizable el tribunal? Seguramente hubiera sido más sencillo afirmar sin rodeos ni artificiosas distinciones que el ordenamiento jurídico ni impone ni puede imponer a una familia de renta tan baja la obligación de cargar sin ayudas externas con la manutención de un hijo inesperado y de algún modo «imputable» a un tercero. Que el ordenamiento jurídico establezca el deber de mantener a los hijos no significa que los padres no puedan reclamar del tercero responsable el coste de dicha manutención, no significa que deban ser ellos quienes asuman de forma exclusiva dicho coste, sin poder trasladarlo a un tercero. El Derecho urbanístico también impone a los propietarios el deber de mantener en buen estado de conservación las fachadas de sus edificios, y sería absurdo aducir dicha obligación legal para considerar inindemnizables los daños en ellas causados por terceros e impedir que los propietarios afectados pudieran exigir de dichos terceros indemnización por los desperfectos ocasionados.

La segunda observación es de mayor importancia. La solución a la que llega el tribunal es —o parece ser— la siguiente: los padres de hijos inesperados sólo podrán ser indemnizados cuando el coste de embarazo, parto y manutención represente para ellos —debido a sus limitados recursos económicos— un auténtico quebranto económico. Dicho en otras palabras: sólo podrán reclamar indemnización las familias de rentas bajas. Ésta es, a mi modo de ver, una solución seguramente loable en términos de solidaridad. Pero no lo es en términos de responsabilidad civil. Sabemos ya que inherente a la responsabilidad civil es el resarcir todos los daños que puedan ser imputables a terceros, con independencia de la capacidad económica de la víctima, con independencia de que sea rica o pobre. El Tribunal Supremo, con esta sentencia, da pues un ejemplo más de lo que he constatado con amplitud en otro lugar del presente trabajo: en España se está utilizando la responsabilidad patrimonial de la Administración con una función redistributiva que no le corresponde. Una función redistributiva que corresponde, en realidad, a la seguridad social.

Las especialidades del ámbito sanitario deberían alcanzar, incluso, a aspectos relacionados con la acción de responsabilidad como, p. ej., el cómputo del plazo de prescripción: ¿Dónde fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción en el caso de enfermedades crónicas como el SIDA o la hepatitis C, caracterizadas

por un más o menos largo período de latencia del virus causante y, posteriormente, por un progresivo deterioro de la salud del enfermo?, ¿en el momento en que se produce el contagio, en el que se diagnostica la enfermedad, en el que ésta comienza a desarrollarse y manifestarse o en el —eventual— momento de la muerte del enfermo?

La regulación actual permite (obliga a) descartar, sin duda, los momentos del contagio y diagnóstico de la enfermedad como *dies a quo* del plazo de prescripción de un año. El artículo 142.5 LRJPAC, en efecto, establece que «En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas». Dicha regulación parece clara: la regla general es el momento en que se produce el hecho lesivo (en nuestro caso, el contagio de la enfermedad); dicha regla es sometida a una primera excepción: cuando el efecto lesivo se manifieste con posterioridad al momento en que se produce el hecho lesivo (que es precisamente lo que ocurre en el caso de enfermedades como el SIDA o la hepatitis C: siempre pasa un tiempo —que puede llegar a ser de muchos años— entre el momento en que se produce el contagio, el momento en que se diagnostica la enfermedad y el momento en que ésta comienza a desarrollarse, manifestándose su efecto lesivo) se tendrá en cuenta este segundo momento; el precepto prevé una segunda excepción que retrasa todavía más el inicio del plazo de prescripción: en caso de daños físicos o psíquicos a las personas el plazo empezará a computarse no ya cuando se manifieste el efecto lesivo, sino en un momento posterior, el de la curación o la determinación del alcance de las secuelas [589]. Esta segunda excepción resulta también plenamente aplicable al SIDA y la hepatitis C, ya que ocasionan —gravísimos— daños físicos y psíquicos a los enfermos. Como —por ahora, al menos— constituyen enfermedades incurables, debe estarse al momento en que se determine el

[589] Que el plazo de prescripción no empiece a computarse mientras no se produzca la curación o se determine el alcance de las secuelas es perfectamente comprensible: sólo cuando haya finalizado el proceso curativo o se conozca el alcance de las secuelas se podrá saber con exactitud cuál es la magnitud del daño sufrido por la víctima. Lo cual es básico, como se comprende, para la fijación de la cuantía indemnizatoria.

alcance de las secuelas. El problema es que tanto el SIDA como la hepatitis C son enfermedades crónicas caracterizadas por un continuado y progresivo deterioro de la salud de sus pacientes, deterioro que acaba (en el caso del SIDA —con anterioridad al menos a los recientes avances farmacológicos—) o puede acabar (en el caso de la hepatitis C, cuando la cirrosis desemboca en un cáncer de hígado) con la muerte del paciente y que hace muy difícil —si no imposible— la determinación de las secuelas a que alude el referido artículo 142.5 LRJPAC. La dificultad se acentúa, además, por la circunstancia de que la evolución de ambas enfermedades —sobre todo la de la hepatitis C, que en muchos casos ni siquiera se convertirá en crónica— varía mucho de unos pacientes a otros [590].

El Tribunal Supremo, en una jurisprudencia consolidada favorable a las víctimas, considera que «Como quiera que la hepatitis C es una enfermedad crónica cuyas secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, están indeterminadas en el caso concreto, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima, estamos claramente ante un supuesto de daño continuado y por tanto el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas» [591]. El plazo de prescripción, por tanto, sólo se iniciará en el momento en que pueda determinarse *de forma definitiva* el alcance de las secuelas. Dicho momento, según ha señalado el

[590] Y es que el problema desborda el ámbito mismo de la prescripción, va más allá: ¿Qué ocurrirá, p. ej., si un paciente al que se practica una transfusión con sangre contaminada de VHC reclama a los pocos días de producido el contagio y obtiene una cuantiosa indemnización en compensación de los daños que normalmente se derivan de la hepatitis C y luego dicho paciente no acaba desarrollando la enfermedad (son bastantes, en efecto, como he señalado, los casos en que la hepatitis C no se convierte en crónica)?, ¿deberá devolver las sumas obtenidas, o al menos las que excedan de los daños realmente sufridos?, ¿cómo debe resolver la Administración, primero, en vía administrativa, y el juez, después, en vía contencioso-administrativa, una reclamación semejante?, ¿debe atenerse al que sea el desarrollo más frecuente de la enfermedad, al que sea más probable teniendo en cuenta las circunstancias del paciente, sólo debe considerar los daños efectivamente sufridos por la víctima hasta el momento y no los que puedan derivarse en el futuro? Todas estas incógnitas deberían ser despejadas, en mi opinión, por el legislador.

[591] STS (Sala 3.ª) de 5 de octubre de 2000 (Ar. 8621), FJ 1.º Jurisprudencia confirmada por las SSTS (Sala 3.ª) de 19, 30 y 31 de octubre de 2000 (Ar. 8637, 9116 y 9384, respectivamente).

tribunal en alguna ocasión, coincide con aquel en que se estabilizan los efectos lesivos [592]. Teniendo en cuenta que, como he dicho antes, los efectos lesivos de ambas enfermedades no siempre se estabilizan, sino que suelen empeorar progresivamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo conducirá, a menudo, a que no exista plazo de prescripción alguno (al menos mientras viva la víctima [593]). Ésta es quizá la única solución defendible en términos de justicia que puede darse a este tipo tan peculiar de daños. Pero, en la medida en que supone prescindir del principio (constitucional, no se olvide: artículo 9.3 CE) de seguridad jurídica (principio protegido por el instituto de la prescripción), convendría que recibiera el expreso respaldo del legislador [594].

2.2.3. *Fuerzas y cuerpos de seguridad* [595]

La producción de molestias e incluso auténticos daños a los particulares es consustancial a muchos aspectos de la actividad desarrollada por las fuerzas y cuerpos de seguridad. Dichos daños y molestias (registros, identificaciones y controles

---

[592] Así, p. ej., en la STS (Sala 3.ª) de 30 de octubre de 2000 (Ar. 9116).

[593] Porque de lo que no parece haber duda es de que el plazo de prescripción comenzará a computarse, en cualquier caso, cuando se produzca el fallecimiento del enfermo.

[594] Cuestión distinta (aunque relacionada: pues a mayor amplitud del plazo de prescripción menor importancia tendrá el establecimiento de uno u otro *dies a quo*) es la de si el *plazo* de prescripción de un año fijado por la normativa administrativa vigente es lo suficientemente largo. Para MUGA no lo es, y sugiere que —para acercar el Derecho español al ordenamiento comunitario y al de otros Estados miembros— dicho plazo sea ampliado a tres años (MUGA MUÑOZ, José Luis, «El plazo para reclamar la responsabilidad de las Administraciones públicas. Una propuesta de política legislativa», en *RAP*, núm. 152, mayo-agosto de 2000, pp. 178-179).

[595] La doctrina que se ha ocupado de la responsabilidad patrimonial de la Administración en este concreto sector de su actuación no es muy abundante. Destacan los trabajos de BARCELONA LLOP, Javier, «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», en *DA*, núms. 237-238, enero-junio de 1994; NAVARRO MUNUERA, Andrés, «La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público», en *REDA*, núm. 60, octubre-diciembre de 1988, y SOTO NIETO, Francisco, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en AA. VV., *Gobierno y Administración en la Constitución, II*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988.

—como el de alcoholemia— forzosos, detenciones, interrogatorios, ruedas de reconocimiento, incautaciones, inspecciones, seguimientos y vigilancia, eventual intercepción de las comunicaciones, entrada en domicilios, uso de la fuerza...) son ocasionados para salvaguardar el orden público, proteger la integridad física y patrimonial de las personas y el resto de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento. Se trata, por tanto, de daños y molestias justificados, que —en la terminología de la normativa vigente— los particulares están obligados a soportar y que no pueden dar lugar a pretensiones resarcitorias. Pero ello será así, por supuesto, sólo en la medida en que concurran las circunstancias fácticas y jurídicas que los justifican; sólo en la medida en que las fuerzas y cuerpos de seguridad actúen correctamente, según las reglas que disciplinan su actuación; sólo en la medida, en definitiva, en que exista un funcionamiento *normal* de la actividad policial.

Al igual que en el resto de sectores, conviene elaborar una minuciosa reglamentación de las actuaciones policiales, que establezca cómo se debe actuar —y cómo no— ante los distintos tipos de eventualidades (cómo se debe disolver una manifestación ilegal, cuándo —a partir de qué indicios probatorios— y cómo se debe investigar a un sujeto o actividad y proceder a las detenciones e interrogatorios, cuándo y cómo se debe —y no debe— hacer uso de las armas reglamentarias, etc.) y permita separar con nitidez el funcionamiento normal del funcionamiento anormal en dicho sector de actividad. En la definición de la corrección de la actuación policial está llamado a cumplir un papel crucial, sin lugar a dudas, el criterio de la *proporcionalidad*. Dicho concepto jurídico indeterminado será clave para enjuiciar todas aquellas actuaciones policiales —que serán muchas— insusceptibles de predeterminación normativa; ha de permitir valorar con la suficiente flexibilidad la reacción policial ante los variadísimos matices e intensidades que puede presentar y presenta la amenaza a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento.

La preeminencia que también en dicho sector debe corresponder a la culpa (anormalidad) no excluye, sin embargo, que deba haber algunos ámbitos sometidos a responsabilidad obje-

tiva. Parece razonable que se sujeten a responsabilidad objetiva aquellas actuaciones policiales caracterizadas por su especial peligrosidad. El supuesto paradigmático, cómo no, es el del uso de armas de fuego por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Si el manejo de armas de fuego por parte de los particulares se suele someter a responsabilidad objetiva (piénsese, p. ej., en la caza), parece razonable hacer lo propio con las que emplean las fuerzas y cuerpos de seguridad para la defensa del orden público.

La responsabilidad objetiva por el manejo de armas de fuego no debería beneficiar, sin embargo, a todas sus posibles víctimas. No debería beneficiar, concretamente, a quienes son objeto de la intervención policial lesiva: el sospechoso que escapa de la policía, el delincuente que dispara o de otro modo atenta contra el policía que se defiende con su arma, o quien amenaza con su arma u otro objeto peligroso a algún ciudadano (un rehén, p. ej.) o va a cometer cualquier otro delito. Cuando un policía dispare a alguien en el ejercicio de sus funciones, la víctima no se beneficiará de responsabilidad objetiva, sino de responsabilidad por culpa: si el policía ha usado correctamente (de forma no anormal, imprudente) su arma de fuego (esto es, de forma proporcionada, sin excederse, por exigirlo las circunstancias y la protección —la legítima defensa— de la integridad física o patrimonial propia o ajena), la víctima no podrá exigir que se la indemnice, debiendo soportar el daño sufrido. Tanto la actuación policial como el daño irrogado se encontrarán perfectamente justificados [596].

Deberían beneficiarse, en cambio, de la responsabilidad objetiva de las fuerzas y cuerpos de seguridad por el uso de armas de fuego todas aquellas personas que resultaran lesionadas de forma *incidental*, esto es, todas aquellas personas que no hubieran provocado —y por ello no fueran el objeto de— la reacción policial consistente en el uso del arma de fuego. Así, p. ej., todos aquellos que resulten incidentalmente dañados por disparos efectuados por la policía al perseguir a un delincuente (el peatón que transita —de forma no imprudente— por la zona, el propietario de un establecimiento o un vehículo adyacente). La responsabilidad objetiva de la Administración, en estos casos, debería venir

[596] No tendría ningún sentido, en efecto, que quien disparara contra un agente de la autoridad y acabara resultando lesionado pudiera reclamar indemnización de la Administración, de la colectividad.

acompañada, en mi opinión, de una acción de regreso contra el sujeto que, con su actuación, ha provocado el uso del arma de fuego por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad [597].

Presupuesto indispensable de esta responsabilidad objetiva por el uso de armas de fuego debería ser, en mi opinión, que el agente que provocara el daño actuara en ejercicio o con ocasión de sus funciones, esto es, como agente de la autoridad, no como particular. Discrepo, por tanto, de la línea jurisprudencial (continuada, sobre todo, por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo) que hace responder a la Administración por los daños dolosos o imprudentes cometidos por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en situación de francos de servicio valiéndose de las armas reglamentarias que dicha Administración les autoriza a portar en todo momento [598]. No creo, en efecto, que el riesgo creado por la organización administrativa al permitir que los agentes porten el arma reglamentaria durante las veinticuatro horas del día (autorización concedida, no se olvide, para que dichos agentes puedan utilizar su arma para mantener la seguridad y el orden incluso durante sus horas de ocio) sea tan elevado como para imputar a la Administración los daños que el uso privativo —e indebido— de las mismas por parte de aquéllos pueda producir. No parece que el riesgo que en este caso crea la

[597] Es el delincuente que huye de la policía desatendiendo sus llamadas al alto, en el ejemplo acabado de poner, y no la colectividad, quien debe terminar soportando el daño sufrido por el peatón o el propietario del establecimiento o del vehículo dañados. El daño por ellos sufrido es imputable, sin lugar a dudas, a su actuación, a su huida dolosa de la policía.

[598] Sobre esta línea jurisprudencial y la problemática que suscita en el marco general de la imputación de primer nivel véase lo que he señalado en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 182-197 (así como la doctrina allí citada). En ella cabe incluir la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 27 de mayo de 1987 (Ar. 3488) y, entre otras, las SSTS (Sala 2.ª) de 21 de diciembre de 1993 (Ar. 9589), 6 de mayo de 1994 (Ar. 3618), 17 de julio de 1995 (Ar. 5606), 28 de octubre de 1995 (Ar. 7914), 29 de febrero de 1996 (Ar. 925), 18 de marzo de 1996 (Ar. 1918), 28 de octubre de 1996 (Ar. 9680) y 2 de octubre de 1997 (Ar. 7598).

Es necesario señalar que mi discrepancia respecto de dicha línea jurisprudencial se mueve sólo en el plano *de lege ferenda*, pues *de lege lata*, teniendo en cuenta el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración española, no resulta fácil rebatirla.

Administración difiera mucho del que genera al conceder licencias de armas y autorizar el uso de armas de fuego por parte de los particulares, ámbito en el que no se la hace responder por los daños que éstos causen.

En mi opinión, el daño causado por un agente de la autoridad con su arma reglamentaria durante sus horas de ocio sólo debería ser imputado a la Administración —además, por supuesto, de al propio agente— cuando se probara que dicho agente carecía de las aptitudes mentales requeridas para portar un arma de fuego: cuando el agente viniera sufriendo trastornos psicológicos con anterioridad a los hechos o hubiera participado ya en altercados violentos reveladores de su peligrosidad sin que la Administración le hubiera retirado el arma. En estos casos la imputación del daño a la Administración sí se encuentra plenamente justificada. En estos casos la organización administrativa sí crea un riesgo muy elevado de producción de resultados lesivos. En estos casos sí existe funcionamiento anormal de los servicios públicos [599].

2.3. Sistema de responsabilidad y Comunidades autónomas. ¿Hacia un sistema *fragmentado* de responsabilidad patrimonial de la Administración?

He tratado de demostrar en esta última parte del presente trabajo que resulta necesario construir un sistema *articulado* de responsabilidad administrativa, un sistema que atienda a las muchas particularidades de los distintos sectores de la actuación de la Administración española actual. He señalado, incluso,

---

[599] Por eso coincido con la STS (Sala 3.ª) de 14 de enero de 1999 (Ar. 1072), que excluye la responsabilidad de la Administración por la muerte ocasionada por un militar, con su arma particular, encontrándose franco de servicio, porque los informes psiquiátricos a que había sido sometido dicho militar no revelaban que tuviera «motivaciones peligrosas ni para consigo mismo ni para los demás» (FJ 1.º) y no había motivo alguno para retirarle la licencia de armas.

La prudencia sí hubiera exigido retirar el arma y el permiso de armas en algunos de los supuestos de las sentencias citadas *supra*, en la nota precedente.

algunas de las que presentan —o podrían presentar— los actos administrativos, la asistencia sanitaria y la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad. El problema que surge a continuación es el de determinar *a quién* corresponde construir dicho sistema articulado de responsabilidad administrativa. ¿Corresponde únicamente al Estado, en virtud de la expresa atribución competencial contenida en el artículo 149.1.18 CE?, ¿o deben de tener alguna participación las Comunidades autónomas con competencia en el sector de que se trate? ¿El sistema articulado de responsabilidad administrativa debe ser un sistema *unitario* en todo el territorio español o puede convertirse en un sistema *fragmentado* por Comunidades autónomas?

El problema se plantea, sobre todo, en el más importante de los aspectos del nuevo régimen de responsabilidad administrativa por mí sugerido en el presente trabajo: la fijación de concretos estándares de actuación de las Administraciones públicas a los que ligar la normalidad/anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos y, consiguientemente, el nacimiento o no de la responsabilidad administrativa. La fijación de dichos estándares, como he dicho antes, resulta imprescindible para construir un sistema de responsabilidad verdaderamente articulado, verdaderamente adaptado a las particularidades de cada sector de actuación de la Administración. ¿Pero quién debe fijar dichos estándares? ¿El Estado, único competente para definir el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas españolas, o las Comunidades autónomas competentes en cada sector?

En mi opinión, la fijación de los concretos estándares de diligencia no forma parte del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Se trata de cuestiones íntimamente relacionadas pero distintas. La fijación de los concretos estándares de actuación administrativa forma parte del respectivo sector de actuación administrativa y es, por tanto, competencia del nivel territorial que ostente la competencia sobre éste. Así, unas veces corresponderá al Estado la fijación de dichos estándares (cuando la competencia sobre el sector que deba ser sometido a estándares le corresponda a él), otras a las Comunidades autónomas (cuando la competencia sectorial

recaiga sobre ellas) y otras —las más frecuentes— dicha competencia será compartida entre ambos niveles territoriales (cuando corresponda al Estado regular las bases de la materia y a la Comunidad autónoma su desarrollo legislativo).

De lo contrario existiría el riesgo de que el Estado, aduciendo la competencia exclusiva en materia de definición del sistema de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas reconocida por el artículo 149.1.18 CE, vaciara de contenido las competencias sectoriales atribuidas a las Comunidades autónomas tanto por el artículo 148 CE como por los distintos Estatutos de Autonomía. Porque ello es, indudablemente, lo que sucedería si fuera el Estado quien determinara cómo deben actuar (bajo qué estándares, cuánto deben invertir en medidas de seguridad, en diligencia) las Administraciones autonómicas en las materias que están reservadas a su competencia. Cada Comunidad autónoma —cada parlamento autonómico y, en su desarrollo, cada Gobierno autonómico— debe poder configurar libremente (respetando, por supuesto, cuando sea necesario, las bases estatales) los sectores de la actuación administrativa sometidos a su competencia; debe poder decidir, p. ej., cuánto quiere gastar en sanidad (de cuántos hospitales y camas dispondrá su Servicio de Salud autonómico, qué máquinas e instrumentos se adquirirán, qué protocolos —más o menos exhaustivos y costosos— deberán seguirse en el tratamiento de las distintas enfermedades, cómo se organizarán las listas de espera...) o en el mantenimiento de las carreteras que transcurran únicamente por su territorio (cada cuánto tiempo tendrá que examinarse el estado de las carreteras, qué tipo de pinturas se emplearán en su señalización, qué medidas de seguridad se adoptarán para evitar accidentes de tráfico —cuántos kilómetros de vallas metálicas antidesprendimiento deberán colocarse, en qué zonas—...).

Con ello no peligra el principio de igualdad de todos los ciudadanos en todo el territorio español. O, por lo menos, no peligra más de lo que ha creído conveniente la propia Constitución al diseñar un Estado políticamente descentralizado con diecisiete parlamentos autonómicos dotados de amplias competencias legislativas en los más diversos sectores. Precisamente para salvaguardar dicho principio de igualdad y garantizar una

mínima uniformidad en la condición jurídica de todos los ciudadanos españoles ha atribuido el constituyente con frecuencia la regulación de las bases de las distintas materias al legislador estatal. Es en ejercicio de dicha competencia sobre las bases y no en virtud de la habilitación competencial en materia de responsabilidad administrativa contenida en el artículo 149.1.18 CE como el Estado debe garantizar un mínimo común denominador en el nivel de prestación de los distintos servicios públicos, en sus concretos estándares de diligencia.

El título competencial «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas» no incluye, pues, la definición de los concretos estándares que deben regir la actuación administrativa. Pero sí incluye la posibilidad de asociar a dichos estándares el nacimiento de la responsabilidad de las distintas Administraciones públicas. Y aquí sí vinculará el legislador estatal a los legisladores y Administraciones autonómicos. El legislador estatal podría (debería, en mi opinión, como he tratado de demostrar a lo largo del presente trabajo), en efecto, modificar la LRJPAC, poner fin a la responsabilidad objetiva global de la Administración española, introducir una nueva regla general de responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos y asociar dicha anormalidad —y el desencadenamiento de la responsabilidad administrativa— a los concretos estándares de diligencia que rigieran los distintos sectores de la actuación administrativa. Un sistema semejante, que remitiría a los concretos estándares elaborados por los parlamentos y Administraciones central y autonómicos —según quien ostentara en cada caso la competencia sobre el sector en cuestión—, no sería un sistema fragmentado, sino *unitario*, que tendría validez en todo el territorio nacional y se impondría a todas las Administraciones públicas, ya fueran estatales, autonómicas, locales o instrumentales. Creo, además, que el legislador estatal de responsabilidad patrimonial de la Administración podría obligar a las Comunidades autónomas a elaborar dichos concretos estándares de prestación de los —respectivos— servicios públicos. O dicho de otro modo: si el legislador estatal decidiera vincular la responsabilidad de la Administración a dichos concretos estándares, las Comunidades autónomas quedarían obligadas a elaborarlos.

Lo que sí es cierto, por supuesto, es que un sistema unitario como el propuesto, al pivotar de forma esencial sobre los estándares fijados por las instancias competentes, podría recibir concreciones distintas en aquellos sectores de la actuación administrativa reservados a la competencia de las Comunidades autónomas. Así, una misma conducta podría ser considerada constitutiva de funcionamiento anormal del servicio público y desencadenar la responsabilidad administrativa en una Comunidad autónoma y no, en cambio, en otra que (por disponer de menos recursos económicos o, simplemente, por priorizar otras posibles asignaciones del gasto público, en ejercicio legítimo de la orientación política de la mayoría parlamentaria de dicha Comunidad) sometiera a estándares más laxos la prestación de esa misma actividad [600]. Ello resulta perfectamente aceptable. La responsabilidad patrimonial de la Administración debe adaptarse a las decisiones sobre el nivel de calidad de los servicios públicos que adopte la colectividad en cada caso competente.

Este *acento autonómico* es precisamente una de las ventajas —otra más— que a mi modo de ver presenta un sistema de responsabilidad vinculado a la anormalidad de la actuación administrativa sobre un sistema de responsabilidad objetiva global como el todavía contemplado por el ordenamiento jurídico español. En un sistema de responsabilidad objetiva global las deci-

[600] El ejemplo sanitario es ilustrativo: una misma conducta lesiva (como, p. ej., la de practicar una anestesia a un paciente y provocarle un *shock* anafiláctico y la muerte) puede ser considerada anormal y, por tanto, generadora de responsabilidad administrativa, en una Comunidad autónoma que invierta mucho en sanidad pública (la gestión de la sanidad pública es una competencia atribuida a las Comunidades autónomas, como se sabe) e incluya dentro del protocolo médico previo a la práctica de anestesias el deber de realizar múltiples —y muy caros— análisis de sangre destinados a detectar posibles reacciones alérgicas del paciente; y puede ser considerada perfectamente normal (y, por ello, no generadora de responsabilidad de la Administración sanitaria), en cambio, en otra Comunidad autónoma más pobre (cuya colectividad —representada en el parlamento autonómico— prefiera asumir el riesgo de que se produzcan reacciones alérgicas a las anestesias a cambio de ahorrar el alto coste económico de las pruebas que permtirían reducir dicho riesgo) o que dé menor prioridad a la sanidad pública y que no incluya entre los estándares de actuación médica la práctica de análisis de sangre tan costosos.

siones que las Comunidades autónomas puedan adoptar en relación con el nivel de prestación de los servicios públicos atribuidos a su competencia no tienen ninguna repercusión a efectos indemnizatorios: la Administración autonómica deberá indemnizar en todo caso, tanto cuando haya actuado de conformidad con el estándar preestablecido como cuando no. En cambio, asociando la responsabilidad a la anormalidad de la actuación administrativa y ésta, a su vez, a los estándares elaborados por la Administración autonómica —cuando ostente ésta la competencia en el sector de que se trate—, dichos estándares —y la decisión política autonómica subyacente— pasan a ser relevantes a efectos resarcitorios y ganan en importancia y significación.

OCHO CONCLUSIONES Y UNA REFLEXIÓN FINAL

No quiero finalizar el presente trabajo sin antes enunciar de forma sintética las principales conclusiones alcanzadas a lo largo del mismo y sin efectuar una breve reflexión final.

I. La institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración española se encuentra, actualmente, en crisis. Son tantos los autores que critican abiertamente el sistema vigente que no cabe seguir afirmando la existencia de una doctrina dominante en la materia. Tres son sus principales defectos: peca de un excesivo alcance, de una excesiva generalidad e indeterminación y de una excesiva uniformidad.

II. La construcción de un sistema adecuado de responsabilidad administrativa pasa por considerar e importar muchas de las soluciones presentes en otros países de la Unión Europea. El mercado común, la libre competencia y la profundización de la integración política exigen la aproximación de los sistemas de responsabilidad administrativa de los distintos países miembros de la Unión Europea. Exigen la formación de un Derecho común de la responsabilidad de la Administración. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 41.3, no ha hecho más que confirmarlo.

III. Muchos de los problemas y perplejidades que suscita la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración derivan de su incorrecto deslinde respecto de figuras afines, pero distintas. Especialmente importante es la clara separación de la responsabilidad administrativa respecto de las instituciones de la delimitación de derechos y la expropiación forzosa. Dicha clara separación exige superar la distinción tradicionalmente trazada entre la delimitación de derechos y la expropiación forzosa y acoger la que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

La delimitación de derechos (prevista, en general, en relación con los derechos del Capítulo segundo del Título I CE, en el artículo 53.1 CE) cubre todas aquellas medidas de carácter *normativo* procedentes del poder público (el legislador y, en menor medida, la Administración) destinadas a conformar el contenido de los derechos individuales. La admisibilidad de las medidas delimitadoras de derechos dependerá del resultado de su ponderación con otros valores y derechos constitucionales y de su respeto al contenido esencial del derecho afectado (cuando, naturalmente, se trate de un derecho de los del Capítulo segundo del Título I CE) y a principios como el de igualdad, proporcionalidad o confianza. Dichos principios exigirán, en ocasiones, que la delimitación —para que se ajuste a la Constitución— venga acompañada de indemnización.

La expropiación forzosa (artículo 33.3 CE), a su vez, abarca toda privación total o parcial de derechos e intereses patrimoniales «acordada imperativamente» (esto es, mediante un acto jurídico de Derecho público dirigido a producirla) por el poder público (el legislador y, más frecuentemente, la Administración) para la satisfacción del interés general. En ella el daño irrogado al particular aparece como un *medio necesario* para la consecución del interés general, como un verdadero *sacrificio*. Articulándose no sólo como potestad en manos del poder público, sino, también, como garantía de los derechos e intereses patrimoniales, la expropiación debe venir siempre acompañada de indemnización. Atendiendo a su identidad estructural con las expropiaciones formales, convendría dar un tratamiento análogo —en el marco, incluso, de la propia LEF— a todas aquellas actuaciones *materiales* de tipo expropiatorio de la Administración.

La responsabilidad extracontractual de la Administración (artículo 106.2 CE), finalmente, cubre los daños derivados *incidentalmente* de la actuación administrativa, no exigidos directamente por el interés general, y constituye una institución de garantía residual, que opera sólo en defecto de la delimitación de derechos y la expropiación ajustadas a Derecho.

IV. Otra fuente importante de equívocos es la escasa atención dedicada a identificar las *funciones* de la responsabilidad

patrimonial de la Administración. El alcance y la configuración de la entera institución de la responsabilidad administrativa dependen, en efecto, de las funciones que se le atribuyan a ésta. Las funciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración coinciden en gran parte con las de la institución general de la responsabilidad extracontractual. Las funciones de la responsabilidad administrativa son principalmente cuatro: *compensación* de daños, *prevención* de daños y accidentes, *control* del buen funcionamiento de la acción administrativa y *demarcación* de las conductas administrativas libres de responsabilidad civil. Resulta equivocado, pues, creer que la única función de la institución es la compensación de las víctimas. La responsabilidad patrimonial de la Administración debe ser configurada de tal modo que cumpla adecuadamente todas y cada una de las funciones indicadas.

V. Un sistema de *responsabilidad objetiva global* de la Administración (un sistema en que la responsabilidad sea objetiva para todos y cada uno —sin excepción— de los ámbitos de actuación administrativa) como el que recoge el ordenamiento español desde hace más de cuarenta y cinco años resulta *inaceptable*, por muchas razones: la responsabilidad objetiva —contra lo que se había llegado a pronosticar— no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa en Derecho civil; la responsabilidad objetiva global de la Administración no existe en los países de nuestro entorno, siendo necesario acercar el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración a los sistemas de responsabilidad administrativa del resto de Estados miembros de la Unión Europea; el criterio del riesgo especial (manejado ordinariamente en Derecho privado en apoyo de la responsabilidad objetiva) no justifica una responsabilidad objetiva global de la Administración; no procede equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares (el criterio del beneficio —tan empleado también en Derecho privado para fundamentar la responsabilidad objetiva— no justifica la responsabilidad objetiva global de la Administración); el principio de igualdad ante las cargas públicas (uno de los principales argumentos suministrados por el

Derecho administrativo en favor de la responsabilidad objetiva) no justifica la responsabilidad objetiva global de la Administración; el principio de garantía patrimonial de los administrados (el fundamento que la doctrina española mayoritaria otorga a la responsabilidad objetiva de la Administración) no puede justificar la responsabilidad objetiva global de la Administración; el artículo 106.2 CE no impone la responsabilidad objetiva global de la Administración española; la responsabilidad objetiva global de la Administración constituye un subsidio a las compañías aseguradoras privadas; la responsabilidad objetiva global de la Administración es insostenible económicamente; la responsabilidad patrimonial no puede erigirse en el criterio determinante del volumen de actuación de las Administraciones públicas; la responsabilidad objetiva global no satisface adecuadamente la función de control que corresponde a la responsabilidad civil de las Administraciones públicas; la responsabilidad civil no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad social (la función redistributiva no corresponde a la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino a instituciones distintas, como la seguridad social); la responsabilidad objetiva global no estimula la adopción de concretos estándares normativos de diligencia de las Administraciones públicas.

VI. Limitada la responsabilidad objetiva a supuestos excepcionales y típicos (análogos a los previstos en Derecho civil), y sin perjuicio de que convenga construir un sistema articulado de responsabilidad administrativa (que tome en consideración las especialidades de los distintos sectores de la acción pública), la regla general debe ser la responsabilidad por el *funcionamiento anormal* de los servicios públicos, de la Administración. Funcionamiento anormal entendido como culpa objetiva y delimitado con arreglo a exhaustivos estándares normativos de diligencia a elaborar por el legislador y la Administración y a combinar con una cláusula general de diligencia que sirva de cierre y permita conferir al sistema la necesaria flexibilidad en los casos concretos. La elaboración de dichos estándares corresponderá al Estado y/o a las Comunidades autónomas, dependiendo de quién ostente la competencia en el sector de que se trate.

VII. Los sistemas de responsabilidad civil de las Administraciones públicas tienden a ser, en los distintos países, demasiado *genéricos e indeterminados*. Entre ellos se encuentra el sistema español. Ello resulta inadmisible porque significa dejar en las manos del juez el entero instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con grave peligro para los principios democrático, de seguridad jurídica y de igualdad. Es más: el juez carece del tiempo, la información y la formación necesarios para elaborar un sistema completo y coherente de responsabilidad patrimonial de la Administración. La Ley (y, desarrollándola, el Reglamento) debe efectuar una regulación *completa* de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo suficientemente detallada y precisa para impedir que sea el juez quien, con total libertad, la configure. Es, pues, necesario, que la normativa concrete los aspectos esenciales de los requisitos de la responsabilidad administrativa, no limitándose a enunciarlos. En contra de lo que se suele sostener, el Derecho de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas debe dejar de ser un Derecho pretoriano, y volver a las manos de quienes tienen atribuida la potestad normativa.

VIII. Es también muy frecuente que los sistemas de responsabilidad patrimonial de la Administración sean demasiado *uniformes*. El español no es una excepción; al contrario, en él la uniformidad es absoluta, mayor que en el resto de países. La LRJPAC, en efecto, somete a un mismo régimen de responsabilidad todas las manifestaciones de la actividad administrativa, pese a su enorme disparidad: actividad jurídica (elaboración de actos administrativos —reglados y discrecionales, limitativos de derechos, sancionadores, autorizativos, expropiatorios, de fomento...— y normas jurídicas —Reglamentos y Decretos legislativos, en las materias más variadas—) y actividad material (actividad de policía, defensa, actividad empresarial, prestación de asistencia sanitaria, servicios sociales, mantenimiento de obras públicas, transportes públicos, defensa del medio ambiente, educación, cárceles, recaudación de impuestos, actividad informativa...). La Administración de nuestros días, tan compleja, requiere un sistema de responsabilidad también más complejo. La Administración actual requiere un *sistema articu-*

lado de responsabilidad, que recoja (y responda a) las especialidades —que son muchas y muy importantes— de los distintos ámbitos de la acción administrativa. Especialidades relevantes deberían introducirse, señaladamente, en materia de actos administrativos, de asistencia sanitaria y de fuerzas y cuerpos de seguridad.

* * *

Acabo este libro con el convencimiento de que debe acometerse una reforma en profundidad del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración. Una reforma como la esbozada en el presente trabajo que corrija el excesivo alcance, generalidad y uniformidad de un sistema que constituyó, en su momento, un gran avance, pero que ha dado ya sus mejores frutos y acusa irremediablemente el paso del tiempo. La institución de la responsabilidad de la Administración debe modernizarse. Debe adaptarse a las nuevas coordenadas económicas, sociales, culturales, políticas y jurídicas de este siglo XXI apenas iniciado.

Una reforma semejante sólo la puede acometer el legislador. Y debe acometerla deprisa. Pero no de forma precipitada. Antes deberá promover un debate profundo en la comunidad científica que permita contrastar y acercar las posturas doctrinales divergentes y consensuar el necesario cambio legislativo. Un debate que involucre también a jueces y Administraciones y siente las bases de un nuevo sistema de responsabilidad administrativa, de un sistema de responsabilidad moderno, innovador y, por qué no, inédito entre los países de nuestro entorno cultural.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Delimitación de derechos, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración

1.1. *Jurisprudencia alemana*

— Sentencia del *BVerfG* de 14 de julio de 1981.
— Sentencia del *BVerfG* de 15 de julio de 1981.

1.2. *Jurisprudencia italiana*

— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 20 de enero de 1966, núm. 6.
— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 29 de mayo de 1968, núm. 55.
— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 29 de mayo de 1968, núm. 56.
— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 20 de mayo de 1999, núm. 179.
— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 26 de abril de 1971, núm. 79.
— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 22 de junio de 1971, núm. 133.
— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 20 de febrero de 1973, núm. 9.
— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 4 de julio de 1974, núm. 202.
— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 20 de diciembre de 1976, núm. 245.
— Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 16 de junio de 1988, núm. 648.

1.3. *Jurisprudencia española*

— STC 11/1981, de 8 de abril.
— STC 108/1986, de 29 de julio.
— STC 37/1987, de 26 de marzo.
— STC 99/1987, de 11 de junio.
— STC 70/1988, de 19 de abril.
— STC 227/1988, de 29 de noviembre.

— STC 149/1991, de 4 de julio.
— STC 28/1997, de 13 de febrero.
— STC 61/1997, de 20 de marzo.
— STC 248/2000, de 19 de octubre.
— STS (Pleno) de 15 de julio de 1987 (Ar. 10105/1988).
— STS (Pleno) de 15 de julio de 1987 (Ar. 10106/1988).
— STS (Pleno) de 25 de septiembre de 1987 (Ar. 10107/1988).

2. Alcance de la remisión a la Ley contenida en el artículo 106.2 CE

— STC 325/1994, de 12 de diciembre.
— STC 206/1997, de 27 de noviembre.
— STS (Sala 3.ª) de 5 de febrero de 1996 (Ar. 987).
— STS (Sala 3.ª) de 11 de marzo de 1999 (Ar. 3035).

3. Baremos indemnizatorios contenidos en la LRSCVM

— STC 181/2000, de 29 de junio.
— STC 242/2000, de 16 de octubre.
— STC 244/2000, de 16 de octubre.
— STC 267/2000, de 13 de noviembre.
— STC 21/2001, de 29 de enero.

4. Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos administrativos

— STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 23 de febrero de 1966 (Ar. 1040).
— STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 7 de julio de 1981 (Ar. 3022).
— STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 2 de junio de 1982 (Ar. 4177).
— STS (Sala 3.ª) de 30 de octubre de 1990 (Ar. 8338).
— STS (Sala 3.ª) de 5 de febrero de 1996 (Ar. 987).
— STS (Sala 3.ª) de 10 de enero de 1997 (Ar. 205).
— STS (Sala 3.ª) de 31 de mayo de 1997 (Ar. 4418).
— STS (Sala 3.ª) de 4 de noviembre de 1997 (Ar. 8203).
— STS (Sala 3.ª) de 21 de noviembre de 1998 (Ar. 9963).

— STS (Sala 3.ª) de 1 de febrero de 1999 (Ar. 1506).
— STS (Sala 3.ª) de 1 de febrero de 1999 (Ar. 2627).
— STS (Sala 3.ª) de 8 de febrero de 1999 (Ar. 1383).
— STS (Sala 3.ª) de 16 de febrero de 1999 (Ar. 1623).
— STS (Sala 3.ª) de 16 de febrero de 1999 (Ar. 4438).
— STS (Sala 3.ª) de 2 de marzo de 1999 (Ar. 2320).
— STS (Sala 3.ª) de 9 de marzo de 1999 (Ar. 3032).
— STS (Sala 3.ª) de 11 de marzo de 1999 (Ar. 3035).
— STS (Sala 3.ª) de 13 de marzo de 1999 (Ar. 2519).
— STS (Sala 3.ª) de 28 de junio de 1999 (Ar. 7143).
— STS (Sala 3.ª) de 13 de enero de 2000 (Ar. 659).

5. Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

— STS (Sala 3.ª) de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115).
— STS (Sala 2.ª) de 18 de noviembre de 1991 (Ar. 9448).
— STS (Sala 1.ª) de 14 de noviembre de 1994 (Ar. 8473).
— STS (Sala 1.ª) de 8 de abril de 1996 (Ar. 2988).
— STS (Sala 1.ª) de 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112).
— STS (Sala 1.ª) de 25 de enero de 1997 (Ar. 155).
— STS (Sala 1.ª) de 26 de mayo de 1997 (Ar. 4114).
— STS (Sala 1.ª) de 9 de junio de 1997 (Ar. 4734).
— STS (Sala 1.ª) de 1 de julio de 1997 (Ar. 5471).
— STS (Sala 1.ª) de 21 de julio de 1997 (Ar. 5523).
— STS (Sala 1.ª) de 16 de diciembre de 1997 (Ar. 8690).
— STS (Sala 1.ª) de 9 de junio de 1998 (Ar. 3717).
— STS (Sala 3.ª) de 31 de mayo de 1999 (Ar. 6154).
— STS (Sala 3.ª) de 28 de junio de 1999 (Ar. 6330).
— STS (Sala 1.ª) de 22 de noviembre de 1999 (Ar. 8618).
— STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1999 (Ar. 9496).
— STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1999 (Ar. 9752).
— STS (Sala 4.ª) de 6 de marzo de 2000 (Ar. 2600).
— STS (Sala 3.ª) de 3 de octubre de 2000 (Ar. 7799).
— STS (Sala 3.ª) de 5 de octubre de 2000 (Ar. 8621).
— STS (Sala 3.ª) de 19 de octubre de 2000 (Ar. 8637).
— STS (Sala 1.ª) de 23 de octubre de 2000 (Ar. 9197).
— STS (Sala 3.ª) de 30 de octubre de 2000 (Ar. 9116).
— STS (Sala 3.ª) de 31 de octubre de 2000 (Ar. 9384).
— STS (Sala 3.ª) de 27 de noviembre de 2000 (Ar. 9409).
— STS (Sala 1.ª) de 28 de noviembre de 2000 (Ar. 9303).

6. Responsabilidad patrimonial por actos de las fuerzas y cuerpos de seguridad

— STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 27 de mayo de 1987 (Ar. 3488).
— STS (Sala 2.ª) de 21 de diciembre de 1993 (Ar. 9589).
— STS (Sala 2.ª) de 6 de mayo de 1994 (Ar. 3618).
— STS (Sala 2.ª) de 17 de julio de 1995 (Ar. 5606).
— STS (Sala 2.ª) de 28 de octubre de 1995 (Ar. 7914).
— STS (Sala 2.ª) de 29 de febrero de 1996 (Ar. 925).
— STS (Sala 2.ª) de 18 de marzo de 1996 (Ar. 1918).
— STS (Sala 2.ª) de 28 de octubre de 1996 (Ar. 9680).
— STS (Sala 2.ª) de 2 de octubre de 1997 (Ar. 7598).
— STS (Sala 3.ª) de 14 de enero de 1999 (Ar. 1072).

7. Otras cuestiones

— Sentencia del *BVerfG* de 19 de octubre de 1982 (Declaración de inconstitucionalidad de la *StHG*).
— Sentencia de la *Corte di cassazione* núm. 500/1999, de 22 de julio (Indemnizabilidad de los intereses legítimos).
— STS (Sala 3.ª) de 6 de marzo de 1985 (Ar. 2807) (Responsabilidad de la Administración ante las compañías aseguradoras del petrolero Urquiola).
— STS (Sala 3.ª) de 28 de noviembre de 1998 (Ar. 10358) (Sometimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración al principio de reparación integral).
— STS (Sala 3.ª) de 9 de marzo de 2000 (Ar. 2468) (Indemnización de la víctima 31 años después de producido el hecho lesivo).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACHTERBERG, Norbert, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1986.

ALONSO PÉREZ, Mariano, «La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la "lex artis")», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000.

ALPA, Guido, «Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile», en ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Dir.), *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, vol. I, Torino, UTET, 1987.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario, *La responsabilità civile. II. Rischio d'impresa. Assicurazione. Analisi economica del diritto*, 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 1980.

ARIAS MARTÍNEZ, M.ª Antonia, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: objetividad y relación de causalidad en la jurisprudencia reciente», en *RArAP*, núm. 15, diciembre de 1999.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; VELASCO CABALLERO, Francisco, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: el caso de la futura Ley del Sector Eléctrico», en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo (Valladolid, 16-18 de octubre de 1997)*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., «Responsabilidad sanitaria», en DÍAZ ALABART, Silvia; ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid, Xunta de Galicia/Montecorvo, 2000.

AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, Paris, Litec, 1999.

BARCELONA LLOP, Javier, «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», en *DA*, núms. 237-238, enero-junio de 1994.

—: «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *REDA*, núm. 105, enero-marzo de 2000.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Coord.), *Propie-*

dad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado, Madrid, Tecnos/Junta de Andalucía, 1996.

BARTOLOMEI, Franco, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1965.

BATIFFOL, Henri «Préface», en *Arch. philos. droit*, núm. 22, 1977.

BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997.

BERNARD, Monique, «Proposition de directive de la Commission des Communautés Européennes sur la responsabilité du prestataire de services», en ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo*, La Laguna, Centro de Estudios Criminológicos/Universidad de La Laguna, 1993.

BISBAL MÉNDEZ, Joaquim, «La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso», en *RDM*, núms. 167-168, enero-junio de 1983.

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

BON VALSASSINA, Marino, «Vincoli espropriativi e diritto all'indennizzo», en *Giur. cost.*, 1968.

BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, 4.ª ed., Paris, Presses des Sciences Politiques/Dalloz, 1997.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 1994.

BRYDE, Brun-Otto, «Art. 14 (Eigentum und Erbrecht)», en VON MÜNCH, Ingo; KUNIG, Philip (Coord.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 1992.

BUSNELLI, Francesco Donato, «Nuove frontiere della responsabilità civile», en *Jus*, núm. 1, 1976.

—: «La parabola della responsabilità civile», en *Riv. crit. dir. priv.*, II, diciembre de 1988.

CALABRESI, Guido, «La responsabilità civile come diritto della società mista», en *Pol. dir.*, núm. 6, diciembre de 1978.

—: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (trad. de BISBAL MÉNDEZ, Joaquim), Barcelona, Ariel, 1984.

CAMMELLI, Marco, «La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi», en SORACE, Domenico (Coord.), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, CEDAM, 1998.

CANO CAMPOS, Tomás, «La directiva del Presidente del Consejo de Ministros italiano de 27 de enero de 1994 sobre la prestación de los servicios públicos», en *RAP*, núm. 139, enero-abril de 1996.

CARANTA, Roberto, «La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità», en *Foro it.*, I, núm. 11, noviembre de 1999.

CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», en *DA*, núms. 254-255, mayo-diciembre de 1999.

CASTAÑO SANCHO, Almudena, «La contaminación de la jurisprudencia civil en materia de responsabilidad aquiliana por los criterios de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *REDA*, núm. 101, enero-marzo de 1999.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987.

CERULLI IRELLI, Vincenzo, *Corso di diritto amministrativo*, 3.ª ed., Torino, Giappichelli, 2000.

CHAPUS, René, *Droit administratif général*, vol. I, 10.ª ed., Paris, Montchrestien, 1996.

CIARCIA, Fabio, «Le carte dei servizi. Un quadro aggiornato al D. Lgs. 286/1999, in attuazione dell'art. 11 della L. 59/1997», en *dirittoitalia.it*, http://www.dirittoitalia.it/Dottrin/artic/carte_servizi.htm.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía* (trad. de la 2.ª ed. norteamericana a cargo de SUÁREZ, Eduardo L.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

CUETO PÉREZ, Miriam, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

—: «Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones públicas tras la reforma de la Ley 30/92», en *RAP*, núm. 152, mayo-agosto de 2000.

D'ANGELO, Guido, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, Morano, 1963.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Elcano, Aranzadi, 2000.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª ed., Madrid, Civitas/Universidad de Deusto, 1993.

DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, I, 14.ª ed., Paris, LGDJ, 1996.

DEL SAZ CORDERO, Silvia, «La responsabilidad de la Administración por el contagio del virus del SIDA», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1993-1.

DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969.

DEPENHEUER, Otto, «Art. 14», en STARCK, Christian (Coord.), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, 4.ª ed., München, Franz Vahlen, 1999.

DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho», en *REDA*, núm. 108, octubre-diciembre de 2000.

DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1976.

—: *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.ª ed., Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1996.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

DUGUIT, Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2.ª ed., Paris, Félix Alcan, 1920.

—: *Traité de droit constitutionnel*, III, 3.ª ed., Paris, Fontemoing & Cie., 1930.

ENGLARD, Izhak, «The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory», en *J. Leg. Studies*, núm. 1, enero de 1980.

—: *The Philosophy of Tort Law*, Aldershot, Dartmouth, 1993.

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo, I/1*, 13.ª ed., Madrid, Tecnos, 1999.

—: «Responsabilidad e inactividad de la Administración», en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo (Valladolid, 16-18 de octubre de 1997)*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

EÖRSI, Gyula, «Versuch zum Entwurf eines einheitlichen Systems der Zivilrechtlichen Verantwortung», en *Annales Budap.*, I, 1959.

—: «Correlations Between Liability and Insurance», en *Droit Hongrois-Droit Comparé/Hungarian Law-Comparative Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970.

EPSTEIN, Richard. A., «A Theory of Strict Liability», en *J. Leg. Studies*, núm. 1, enero de 1973.

ESSER, Josef, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*, München, C. H. Beck, 1941.

—: «Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts», en *JZ*, núm. 5, 5 de marzo de 1953.

ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht. Band II. Besonderer Teil*, 7.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1991.

ESTEVE PARDO, José, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, Ariel, 1999.

EWALD, François, «La faute civile, droit et philosophie», en *Droits*, núm. 5, 1987.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Comares, 1997.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, «Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos», en *RAP*, núm. 154, enero-abril de 2001.

FLETCHER, George P., «Fairness and Utility in Tort Theory», en *Harv. L. Rev.*, núm. 3, enero de 1972.

FONT I LLOVET, Tomàs, «Prólogo», en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000 (dicho Prólogo se encuentra publicado también en la *REDA*: FONT I LLOVET, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales», en *REDA*, núm. 106, abril-junio de 2000).

FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Band I. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., München, C. H. Beck, 1973.

FRANKLIN, Marc A., «Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement», en *Va. L. Rev.*, núm. 4, mayo de 1967.

FRANZONI, Massimo, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, CEDAM, 1988.

GAMERO CASADO, Eduardo, «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas», en *REDA*, núm. 103, julio-septiembre de 1999.

—: «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual», en *AJA*, núm. 426, 17 de febrero de 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», en *ADC*, tomo VIII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1955.

—: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 1984 (reimpresión de la edición publicada por el Instituto de Estudios Políticos —Madrid— en 1956).

—: «Prólogo», en LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, Tecnos, 1970.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», en *RAP*, núm. 141, septiembre-diciembre de 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, I*, 10.ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

—: *Curso de Derecho Administrativo, II*, 7.ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

GARRIDO FALLA, Fernando, «El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada», en *RAP*, núm. 81, septiembre-diciembre de 1976.

—: «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», en *RAP*, núm. 118, enero-abril de 1989.

—: «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», en *RAP*, núm. 119, mayo-agosto de 1989.

—: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 1992.

—: «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», en *REDA*, núm. 94, abril-junio de 1997.

GIANNINI, Massimo Severo, «Basi costituzionali della proprietà privata», en *Pol. dir.*, núms. 4-5, octubre de 1971.

GÓMEZ POMAR, Fernando; PASTOR PRIETO, Santos, «El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico», en *ADC*, núm. 2, abril-junio de 1990.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», en *InDret*, http://www.indret.com, núm. 1, enero-marzo de 2001.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, 2.ª ed., Elcano, Aranzadi, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

HAGER, Johannes, «Vorbemerkung zu den §§ 823 ff», en AA. VV., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13.ª ed., Berlin, Sellier - De Gruyter, 1999.

HUBER, Ernst Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. II, 2.ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1954.

HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 1998.

IEVA, Lorenzo, «"Carte dei servizi pubblici" e tutela degli utenti», en *Giust.it*, http://www.giust.it/articoli/ieva_servizi.htm.

JANNARELLI, Antonio, «Responsabilità civile: funzioni e disciplina generale», en BESSONE, Mario (Coord.), *Istituzioni di diritto privato*, 3.ª ed., Torino, Giappichelli, 1996.

JELLINEK, Walter, *Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., Berlin, Verlag Dr. Max Gehlen, 1966 (reimpresión, con apéndice de 1950 y prólogo de Otto BACHOF, de la edición publicada por Springer —Berlín— en 1931).

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. IV, Madrid, Cortes Generales/EDERSA, 1996.

JORDANO FRAGA, Jesús, «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 *RAP*, núm. 149, mayo-agosto de 1999.

KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, 7.ª ed., Neuwied, Luchterhand, 1996.

LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München, C. H. Beck, 1987.

LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, Tecnos, 1970.

—: «El fundamento de la responsabilidad de la Administración», en *REDA*, núm. 23, octubre-diciembre de 1979.

—: «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993.

—: «Prólogo», en BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997.

—: «La reforma de la Ley de Procedimiento», en *DA*, núm. 7, abril de 2000.

LLAMAS POMBO, Eugenio, «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000.

LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute dans la responsabilité administrative», en *Droits*, núm. 5, 1987.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema», en *RAnAP*, núm. 36, octubre-diciembre de 1999.

MAGIDE HERRERO, Mariano, «El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración; especial referencia a la

responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos», en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo (Valladolid, 16-18 de octubre de 1997)*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

MAGNUS, Ulrich, *Schaden und Ersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1987.

MARTÍN MATEO, Ramón, «El estatuto de la propiedad inmobiliaria», en *RAP*, núm. 52, enero-abril de 1967.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, Civitas, 1991.

—: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», en *DA*, núms. 237-238, enero-junio de 1994.

—: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: nota introductoria», en MARTÍN REBOLLO, Luis (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

—: (Ed.), *Leyes Administrativas*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

—: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», en *RAP*, núm. 150, septiembre-diciembre de 1999.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas», en *RVAP*, núm. 19, septiembre-diciembre de 1987.

—: «De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español», en *RCEC*, núm. 4, septiembre-diciembre de 1989.

MASSERA, Alberto, «Diritti degli utenti e regolazione della con correnza: le carte dei servizi e le autorità indipendenti», en SORACE, Domenico (Coord.), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, CEDAM, 1998.

MAUNZ, Theodor, «Art. 14», en MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter, *Grundgesetz. Kommentar*, München, C. H. Beck, 1969.

MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.ª ed., München, C. H. Beck, 1999.

MÍGUEZ MACHO, Luis, *Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios*, Barcelona, CEDECS, 1999.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, Reppertor, 1998.

MIR PUIGPELAT, Oriol, «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», en *RJC*, núm. 4, 1999.

—: «La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su desarrollo reglamentario», en *JA*, núm. 8, julio de 2000.

—: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000.

—: «La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos», de publicación en el próximo número de la *RAP*.

MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, Torino, UTET, 1998.

MONTORO CHINER, María Jesús, «Consideraciones sobre la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 y la responsabilidad patrimonial de la Administración», en *RJC*, núm. 3, 1985.

—: «L'assegurament de la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques», Ponencia presentada a las III Jornadas de órganos asesores y consultivos celebradas en Barcelona los días 9 y 10 de noviembre de 2000 (en prensa).

MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de droit administratif*, 4.ª ed., Paris, Montchrestien, 1995.

MORBIDELLI, Giuseppe, «Contenuto "essenziale" del diritto di proprietà sul suolo, strade, fasce di rispetto», en *Giur. cost.*, 1971.

—: «Le proprietà. Il governo del territorio», en AMATO, Giuliano; BARBERA, Augusto (Coord.), *Manuale di diritto pubblico. III. L'azione dei pubblici poteri*, 5.ª ed., Bologna, Il Mulino, 1997.

MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, 3.ª ed., Paris, PUF, 1996.

MUGA MUÑOZ, José Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio del SIDA», en *RAP*, núm. 136, enero-abril de 1995.

—: «El plazo para reclamar la responsabilidad de las Administraciones públicas. Una propuesta de política legislativa», en *RAP*, núm. 152, mayo-agosto de 2000.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (Algunas refle-

xiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)», en JORGE BARREIRO, Alberto; GRACIA GUILLÉN, Diego (Dir.), *Responsabilidad del personal sanitario. Actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo/Consejo General del Poder Judicial, 1995.

NAVARRO MUNUERA, Andrés, «La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público», en *REDA*, núm. 60, octubre-diciembre de 1988.

NIETO GARCÍA, Alejandro, «Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa», en *RAP*, núm. 38, mayo-agosto de 1962.

—: «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», en *REDA*, núm. 4, enero-marzo de 1975.

—: «Prólogo», en BLASCO ESTEVE, Avelino, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1985.

—: *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

OSSENBÜHL, Fritz, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, Tecnos/Junta de Andalucía, 1996.

—: *Staatshaftungsrecht*, 5.ª ed., München, C. H. Beck, 1998.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Art. 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.), *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.

—: «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en *DA*, núms. 237-238, enero-junio de 1994.

—: «La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria», en JORGE BARREIRO, Alberto; GRACIA GUILLÉN, Diego (Dir.), *Responsabilidad del personal sanitario. Actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo/Consejo General del Poder Judicial, 1995.

—: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Madrid, Civitas, 1995.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo, I, Parte General*, 12.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)», en *REDA*, núm. 19, octubre-diciembre de 1978.

PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona, Ariel, 1998.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)», en *ADC*, núm. 3, julio-septiembre de 1981.

PEMÁN GAVÍN, Juan, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», en *DA*, núms. 237-238, enero-junio de 1994.

PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, «Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la "ciencia" o de la "técnica"», en *REDA*, núm. 104, octubre-diciembre de 1999.

PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso, «Artículo 33. Propiedad privada y herencia», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. III, Madrid, Cortes Generales/EDERSA, 1996.

PÉREZ-TENESSA, Antonio, «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», en *RAP*, núm. 154, enero-abril de 2001.

PINTOS AGER, Jesús, «STC de 29/6/00, sobre el baremo», en *InDret*, http://www.indret.com, núm. 3, 2000.

PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

POSNER, Richard A., «A Theory of Negligence», en *J. Leg. Studies*, núm. 1, enero de 1972.

—: *El análisis económico del Derecho* (trad. de la 4.ª ed. norteamericana a cargo de SUÁREZ, Eduardo L.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

PREDIERI, Alberto, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1969.

REBOLLO PUIG, Manuel, «El Procedimiento Administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Especial referencia a la Comunidad Andaluza», en HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo (Coord.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Granada, Junta de Andalucía/Comares, 2000.

REINHARDT, Rudolf, «Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?», en REINHARDT, Rudolf; SCHEUNER, Ulrich, *Verfassungsschutz des Eigentums. Zwei Abhandlungen*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1954.

RINCK, Gerd, *Gefährdungshaftung*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1959.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, 17.ª ed., Paris, Dalloz, 1998.

ROCA TRÍAS, Encarna, *Derecho de Daños. Textos y materiales*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

RODOTÀ, Stefano, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.

—: «Presentazione», en CALABRESI, Guido, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* (trad. de DE VITA, Anna; VARANO, Vincenzo; VIGORITI, Vincenzo), Milano, Giuffrè, 1975.

—: «Proprietà e industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile», en *Pol. dir.*, núm. 4, agosto de 1978.

—: «Art. 42», en GALGANO, Francesco; RODOTÀ, Stefano, *Rapporti economici*, vol. II, Bologna/Roma, Zanichelli/Foro Italiano, 1982.

RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, «La responsabilitat de les administracions sanitàries: algunes reflexions sobre la jurisdicció competent i la construcció dogmàtica de la responsabilitat administrativa», en *RJC*, núm. 2, 1999.

ROMANO, Alberto, «Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi», en *Dir. amm.*, núm. 1, 1998.

—: «Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?», en *Foro it.*, I, núm. 11, noviembre de 1999.

RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen», en ERICHSEN, Hans-Uwe (Coord.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11.ª ed., Berlin, De Gruyter, 1998.

RÜMELIN, Max, *Schadensersatz ohne Verschulden*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1910.

SALVADOR CODERCH, Pablo, «Prólogo», en SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

—: Recensión del libro *Derecho de Daños*, de Luis DÍEZ-PICAZO, en *InDret*, http://www.indret.com, 1 de febrero de 2000.

SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «Problemas de la responsabilidad civil en Derecho español», en *Europa e dir. priv.*, núm. 2, 1999.

SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

SALVI, Cesare, «Il paradosso della responsabilità civile», en *Riv. crit. dir. priv.*, núm. 1, marzo de 1983.

—: *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1998.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando; TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, «Ley de Contrato de Seguro», vol. II, en MOTOS, Miguel; ALBALADEJO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, tomo XXIV, Madrid, EDERSA, 1985.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración», en *REDA*, núm. 7, octubre-diciembre de 1975.

SANDULLI, Aldo M., «Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

—: *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

—: «Prólogo», en DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Elcano, Aranzadi, 2000.

SANVITI, Giuseppe, «La responsabilità civile come controllo della pubblica amministrazione», en AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988.

—: «La carta dei servizi pubblici», en *Reg. e gov. loc.*, núms. 5-6, septiembre-diciembre de 1994.

SCOCA, Franco Gaetano, «Risarcibilità e interesse legittimo», en *Dir. pubbl.*, núm. 1, enero-abril de 2000.

SHAVELL, Steven, «Strict Liability versus Negligence», en *J. Leg. Studies*, núm. 1, enero de 1980.

SORACE, Domenico, «Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorie e problemi nella rendita urbana», en *Riv. crit. dir. priv.*, núm. 3, septiembre de 1989.

SOTO NIETO, Francisco, «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en AA. VV., *Gobierno y Administración en la Constitución, II*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988.

STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972.

STÖDTER, Rolf, «Über den Enteignungsbegriff», en *DÖV*, núm. 4, febrero de 1953.

TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.

—: *Causalità e danno*, Milano, Giuffrè, 1967.

—: «Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva», en AA. VV., *Fondamento e funzione della responsabilità civile. Atti del Seminario diretto dai proff. Vincenzo Buonocore e Ugo Majello*, Napoli, Cooperativa editrice Economia e Commercio, 1975.

TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2.ª ed., Paris, Economica, 1989.

VECCHIO, Giuseppina, «Le modifiche alla disciplina della carta dei servizi introdotte dall'art. 11 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286», en *Mondo Giudiz.* (web), http://www.mgiudiziario.it/dottr.html.

VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, I, 12.ª ed., Paris, PUF, 1992.

VILLAR PALASÍ, José Luis, «Justo precio y transferencias coactivas», en *RAP*, núm. 18, septiembre-diciembre de 1955.

VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites*, Barcelona, Praxis, 1996.

VINEY, Geneviève, «De la responsabilité personnelle à la répartition des risques», en *Arch. philos. droit*, núm. 22, 1977.

VON HIPPEL, Eike, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen. Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin/Tübingen, De Gruyter/J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968.