

miento para éste: art. 121.2 LEF) y los profesionales que ejercen funciones públicas (p. ej., los Notarios).

## 2. La actividad dañosa

El plano objetivo de la imputación (esto es, los caracteres de la actividad que produce el daño) presenta un grado de complejidad algo superior: es necesario distinguir dentro del mismo un aspecto formal y otro material.

### a) El aspecto formal: los tipos de actividades dañosas

BIBLIOGRAFÍA.—A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Madrid, 2.ª ed., 1985; M.ª C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo*, RAP 127 (1992), p. 211 y ss.

En principio, se consideran daños indemnizables los causados por cualquier tipo de actividad administrativa (salvo, naturalmente, la ocasionada en el seno de contratos, dado que aquí tratamos sólo de la responsabilidad extracontractual). Pero cada uno de estos tipos ofrece particularidades:

- 1) La responsabilidad puede ser producida por la simple emisión de *normas reglamentarias*. Es cierto que, en principio, este supuesto se mueve dentro de márgenes muy estrechos: no tanto por el hecho de que los reglamentos, al ser productos normativos, constituirían títulos de creación de deberes jurídicos que sus destinatarios estarían obligados a soportar, excluyendo la antijuridicidad de la lesión (argumento que sería inválido, por cuanto, por definición, la justificación de un acto que impone un deber debe provenir de una norma superior, no del mismo reglamento), sino por la circunstancia de que su generalidad excluiría el requisito de la individualización del daño. Esto no obstante, es también evidente que existen múltiples reglamentos cuyo ámbito de destinatarios es muy reducido y perfectamente identificable, lo que, en caso de producir daños, darían lugar al deber de indemnizarlos.
- 2) El daño puede ser causado también a través de *actos administrativos formales*, como consecuencia de su declaración de ilegalidad en vía de recurso. A este supuesto se refiere el art. 142.4 LRJAP, al decir que dicha anulación “no presupone derecho a la indemnización”. Con esta

fórmula elíptica no se está queriendo, naturalmente, excluir la indemnización (de tal manera que el particular dañado por un acto administrativo debería conformarse con su simple anulación), sino señalando que la mera ilegalidad declarada del acto no es título suficiente para exigir indemnización, la cual sólo procederá, además, cuando concurren los presupuestos de la responsabilidad que estudiamos en este capítulo.

- 3) El supuesto más frecuente de causación de daños es el producido por las *actuaciones materiales* de la Administración, esto es, aquellas que suponen una transformación de la realidad física, ya sea operando sobre las personas o sobre las cosas; por su carácter prototípico, no plantea problema ni dificultad alguna.
- 4) Finalmente, también puede dar lugar a responsabilidad la *inactividad de la Administración*, en el sentido de la omisión de los deberes de actuar que el ordenamiento jurídico le impone (p. ej., falta de inspección de instalaciones peligrosas, reparación de baches en las carreteras, muerte de un enfermo por inasistencia del personal de un hospital, etc.).

### b) El aspecto material: el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos

BIBLIOGRAFÍA.—S. ORTOLA NAVARRO, *Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal del servicio público, consistente en la negligencia en el cumplimiento de los deberes de policía, inspección y ejecución en materia de navegación aérea (servidumbre de aeropuertos)*, REDA 2 (1974), p. 319 y ss.

Como hemos visto reiteradamente, el art. 139.1 LRJAP define la lesión resarcible por referencia a los daños causados como consecuencia “del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Esta expresión no puede entenderse en sentido literal: de un lado, la fórmula “servicios públicos” alude a la totalidad de la actividad administrativa, no sólo a su modalidad específica de actividad prestacional; y, de otro, la mención totalizadora al funcionamiento normal o anormal de la Administración tampoco puede significar que cualquier daño causado por ésta sea indemnizable (lo que sería física y económicamente imposible, como hemos visto). La fórmula legal posee, por el contrario, un significado mucho más preciso y restringido.

1) La expresión "*funcionamiento anormal*" quiere hacer alusión a la circunstancia de que la Administración, al realizar el evento dañoso, ha actuado de forma objetivamente inadecuada:

- i) la actuación inadecuada de la Administración no es equivalente, ni se produce sólo, por la concurrencia de culpa o dolo en el agente autor del daño, ni tampoco por la condición de ilegal del acto: la existencia de dolo, culpa o ilegalidad puede ser un indicio cualificado a la hora de establecer la obligación de indemnizar, pero no es suficiente por sí solo; pueden existir daños causados con culpa o ilegalidad que, sin embargo, no sean indemnizables;
- ii) lo que significa actuación inadecuada es que la Administración, al realizar la actividad dañosa, ha actuado de manera técnicamente incorrecta, esto es, con infracción de los estándares medios admisibles de rendimiento y calidad de los servicios; en cada momento histórico, la actividad administrativa debe funcionar con arreglo a unos concretos parámetros de calidad, dependientes del nivel tecnológico, de la disponibilidad de recursos y del grado de sensibilidad social de los ciudadanos (que no son ni pueden ser los mismos, desgraciadamente, en los hospitales de Calcuta que en los de Ginebra); la responsabilidad aparece cuando estos estándares son incumplidos con producción de un daño a una persona o grupo de personas.

El problema, en consecuencia, radica en saber cuáles sean estos estándares. Nuestra Administración, al contrario de lo que sucede en la empresa privada (y ésta es una de las más capitales diferencias entre ambas) no está habituada, ni es nada proclive, a fijarse objetivos deseables en el nivel de prestación de los servicios, los cuales debieran ser establecidos mediante normas jurídicas. En su defecto, estos parámetros de rendimiento vienen fijándose de manera empírica y casuística por la jurisprudencia, lo que no es evidentemente su función.

2) La expresión "*funcionamiento normal*" produce mayor desasosiego aun. Pero está claro que no significa que la Administración deba indemnizar en cualquier caso, incluso cuando su actividad hubiera respetado estrictamente los antes citados estándares de calidad y rendimiento. Antes bien, significa dos cosas bien distintas:

- i) de una parte, hace alusión a los supuestos de *responsabilidad por riesgo*, esto es, a los derivados de la mera existencia de la orga-

nización y de la actividad administrativa, de cuyas consecuencias dañosas debe responder; ello supone que la responsabilidad se extiende a los daños producidos por caso fortuito, pero no a los ocasionados por fuerza mayor (que los arts. 106.2 CE y 139.1 LRJAP excluyen expresamente); la diferencia entre ambos supuestos es bien conocida: la fuerza mayor hace alusión a una causa ajena o extraña a la organización administrativa que es, además, irresistible (p. ej., un rayo o un terremoto), en tanto que el daño por caso fortuito se refiere a actividades propias, a circunstancias intrínsecas a la organización administrativa, aunque ajenas a toda idea de culpa (p. ej., la rotura imprevisible de un depósito municipal de aguas); y

- ii) de otra, hace referencia a los supuestos de *responsabilidad por enriquecimiento sin título* de la Administración, en los que ésta obtiene un beneficio cualquiera, tanto positivo como negativo (obtención de un lucro, cesación de un perjuicio), como consecuencia de un daño o disminución patrimonial producidos a un tercero (p. ej., a quien realiza sin contrato una actividad para la Administración, a requerimiento de ésta).

### C) La relación de causalidad

BIBLIOGRAFÍA.—A. COSSÍO, *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español*, Anuario de Derecho Civil, 1966, p. 527 y ss.; A. NIETO, *La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado*, REDA 4 (1975), p. 90 y ss.; F. SÁINZ MORENO, *La delimitación de polígonos militares de experiencia de tiro: ¿Acto político o acto administrativo? La relación de causalidad entre un acto anulado y el daño por éste causado*, REDA 20 (1979), p. 116 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del uso de las armas por los agentes públicos: La fijación del nexo causal cuando en la producción del daño concurre la acción de la víctima*, REDA 34 (1982), p. 497 y ss.; A. NIETO, *La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: Doctrina jurisprudencial*, REDA 51 (1986), p. 427 y ss.; A. BLASCO ESTEVE, *La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente*, REDA 53 (1987), p. 99 y ss.; A. VERA FERNÁNDEZ-SANZ, *La voluntad del administrado como límite del principio de la responsabilidad de la Administración*, REDA 66 (1990), p. 323 y ss.; J. A. DOMÍNGUEZ LUIS, *Responsabilidad patrimonial y acción terrorista: concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración*, REDA 90 (1996), p. 285 y ss.

ANTAMARÍA PASTOR  
io Administrativo (UCM)

**SOES:**

UEL BAJO FERNÁNDEZ  
drático de Derecho Penal

RÉS DE LA OLIVA SANTOS  
drático de Derecho Procesal

ONIO PEDREIRA ANDRADE  
strado

N ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR  
drático de Derecho Administrativo

ENRIQUE DE LA VILLA GIL  
drático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

# **Principios de Derecho Administrativo Volumen II**



**COLECCIÓN CEURA**

**EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS  
RAMÓN ARECES, S.A.**

te en el patrimonio del reclamante y que exceda, además, de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social. En ello va implícita una pauta de prudencia en la aplicación de la amplia fórmula legal, que el legislador ha querido introducir para advertir la existencia de límites virtuales a la reparación de verdaderos daños o lesiones patrimoniales en sentido jurídico, cuando por afectar a extensos sectores de individuos su reparación rebasa las posibilidades de las finanzas públicas, lo que obliga a calificarlas de cargas colectivas» (21).

## SECCION TERCERA

## ACTIVIDADES DETERMINANTES DEL DAÑO

## I. Actuación de una Administración pública

Cualquiera que sea la forma que revista la actuación del Gobierno o de la Administración, siempre que se den los demás requisitos, nace el derecho a indemnización. No se da ninguna exclusión en razón a la forma de proceder, al origen del daño. Podrá ser una disposición general, un acto administrativo, una actuación material o una omisión. «Puede derivar —dice la S. de 3 de mayo de 1995. Ar. 3598. Ponente: MATEOS GARCÍA— de cualquier hecho enmarcado dentro de la gestión pública. Sea lícito o ilícito, resultando por ende indiferente que esté o no ajustado al ordenamiento.» «Puede proceder —dice la S. de 28 de febrero de 1995. Ar. 1280. Ponente: SIEIRA— de un hecho o de un acto administrativo.» «Puede derivar de cualquier hecho o acto enmarcado dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, normal o anormal.» (S. de 23 de mayo de 1995. Ar. 4028. Ponente: MATEOS GARCÍA). «A los fines del artículo 106.2, Const., la jurisprudencia (Ss. de 5 de junio de 1989. Ar. 4338 y 22 de marzo de 1995), ha homologado como servicio público toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo» (S. de 25 de mayo de 1995. Ar. 4031. Ponente: HERNANDO SANTIAGO).

Como dice la S. de 15 de febrero de 1994 (Ar. 890. Ponente: SANZ BAYÓN), reiterando la doctrina de la S. de 25 de mayo de 1987 (Ar. 7133):

«Es necesario que exista un acto o una omisión de la Administración pública y un daño derivado de ellos... siendo ésta una responsabilidad objetiva en la que ni siquiera incluye la licitud o ilicitud de la actuación de

(21) *Curso de Derecho administrativo*, 4.ª ed., Ed. Civitas, II, pp. 376. Sobre el problema, cfr. SALAS, *Ordenación de precios y responsabilidad administrativa*, «REDA», núm. 2, pp. 227 y ss.

En la parte anterior de este libro, al estudiar la estructura de la relación obligacional, en el capítulo dedicado a los sujetos, se ofrece un completo esquema de los tipos de interés que pueden resultar afectados.

la Administración (Ss. de 9 de enero de 1987 —Ar. 426—, 26 de febrero y 2 de abril de 1985 —Ar. 1441 y 2855—, 20 de enero y 25 de septiembre de 1984 —Ar. 135 y 4685—, 16 de septiembre y 14 de diciembre de 1983 —Ar. 4498 y 6341—, 25 de junio de 1982 —Ar. 4852—, 2 de febrero de 1980 —Ar. 731—), lo que supone (según S. de 11 de abril de 1987 —Ar. 4426—) la existencia (activa o pasiva) de una actuación administrativa.»

## II. Reglamento o acto administrativo general

El daño puede proceder de una disposición general o de un acto administrativo que tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas. La eficacia general del reglamento o del acto no supone que el daño no sea individualizado. Como se ha señalado *ut supra*, la jurisprudencia ha estimado la procedencia de indemnizar los daños producidos por la aplicación de unas normas reglamentarias. Y, a veces, es la ley la que establece la procedencia de indemnizar como consecuencia de la alteración de disposiciones generales, si bien establezca límites, como ocurre en los supuestos de alteración del planeamiento urbanístico [o de imposición de vinculaciones singulares (arts. 237 a 239, LS)] (1).

## III. Actos administrativos

### 1. Responsabilidad por actos administrativos

Hoy parece admitirse con carácter general la procedencia de indemnizar los daños patrimoniales causados por actos administrativos, tanto si son conformes al Ordenamiento jurídico como si incurrían en cualquier infracción determinante de nulidad de pleno derecho o de anulación, siempre, naturalmente, que concurren los requisitos que deben concurrir en el daño patrimonial. Y así se admite por la generalidad de la doctrina. Siempre que el particular no tenga el deber de soportar el daño —requisito que examinaremos después—, tendrá derecho a indemnización, tanto tenga su origen en un acto válido o inválido (2).

### 2. Actos administrativos válidos

Siempre que se produzca un daño producido como consecuencia de una función administrativa que el administrado no tenga el deber de so-

(1) Me remito a mis *Comentarios a la LS*, 6.ª ed., Ed. Civitas, 1993, tomo II, comentario a los artículos citados.

(2) Sobre el problema, BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2.ª ed., Ed. Civitas, 1985, pp. 28 y ss.

portar nace el derecho a indemnización, *aunque el acto que origine el daño sea conforme al Ordenamiento jurídico*.

Y así se ha reconocido en alguna sentencia, como en las antes citadas sobre daños ocasionados por la elevación del nivel de una calle en ejecución de un acto conforme al Ordenamiento jurídico (3). Como así se prevé en alguna disposición legal, como en los supuestos también citados de indemnización por alteración del planeamiento urbanístico (arts. 237 y 238, LS) y por imposición de vinculaciones singulares (art. 239, LS) (4).

Pero todavía existen sentencias en las que se establece como supuesto en que el particular está obligado a soportar el daño el hecho de que éste se hubiere producido en el ejercicio de potestades administrativas. Es más, hasta se niega la procedencia de la indemnización en un supuesto en que se acordó la clausura cautelar de un establecimiento fabril por supuestas deficiencias sanitarias, aunque después se levantaron por estimarse que no existía el riesgo inicialmente previsto. Esta S. de 22 de abril de 1994 (Ar. 2967. Ponente: GARCÍA CARRERO) argumenta así la negativa a reconocer el derecho a indemnización en su cuarto considerando:

«La consecuencia directa e inmediata del acto de la Administración cuya nulidad se declara —ejerciendo ésta las facultades que constitucionalmente tiene reconocidas para ejecutar sus decisiones—, consistió en el precinto del local de la entidad recurrente donde se suponía realizada la actividad infractora imputada a la misma; situación que se mantuvo durante varios días hasta llevarse a efecto al Auto de suspensión acordado en la pieza correspondiente de las actuaciones de instancia. La interrupción durante el citado período de la actividad empresarial que legalmente venía desempeñando la entidad recurrente debe ser apreciada como la causa productora de un perjuicio económico para su titular que es susceptible de evaluación económica individualizada, independientemente de que la cuantificación y liquidación hayan de ser diferidas a las diligencias de ejecución de sentencia. Dicha responsabilidad patrimonial de la Administración se contrae, como ya hemos dicho, a los daños y perjuicios inmediata y directamente vinculados a la ejecución del acto declarado nulo y vulnerador del derecho fundamental del recurrente —la interrupción de la actividad empresarial durante el período de cierre—, excluyendo otros ex-

(3) Una de las primeras sentencias en que así se estableció fue la S. de 27 de enero de 1971 (Ar. 284), cuyo significado fue puesto de relieve por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales*, «RAP», núm. 67.

(4) Asimismo se enumera entre los supuestos en que legalmente se establece la procedencia de indemnización el de la adopción de

medidas adoptadas en estados excepcionales de necesidad. Cfr. SALAS, *Inejecución de sentencias, estado de necesidad y responsabilidad patrimonial de la Administración*, «REDA», núm. 18, pp. 464 y ss.; BOQUERA, *Las atribuciones de las autoridades locales en circunstancias excepcionales*, en «Problemas políticos de la vida local», III, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

tremos que sólo indirectamente guardan relación con el marco jurídico anteriormente definido, como los que se refieren a los daños materiales y morales, cuyo resarcimiento también se reclama, basándose en el deterioro de la imagen pública de la entidad recurrente producido por efecto de las informaciones de Prensa en torno a los hechos determinantes del expediente.»

### 3. Actos inválidos

El artículo 142.4, LRJPA —como antes el art. 40, LRJ—, establece que la anulación en la vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no presupone el derecho a indemnización. Ló que la norma establece es, por tanto, que la anulación por sí sola no produce en todo caso el derecho a indemnización. La indemnización únicamente procederá cuando la ejecución del acto anulado hubiese dado lugar a un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, tal y como establece el artículo 139.2, LRJPA.

La jurisprudencia había reiterado que la anulación de las resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización. La S. de 19 de octubre de 1990 (Ar. 8294. Ponente: MORENILLA) se refiere a la constante jurisprudencia (Ss. de 3 de abril de 1984 —Ar. 2554—, 24 y 25 de julio de 1985 —Ar. 4774 y 4156— y 31 de mayo de 1986 —Ar. 4603—) que así lo establecen. En el mismo sentido, Ss. de 11 de abril de 1989 —Ar. 3341. Ponente: MARTÍNEZ SANJUÁN—, 10 de mayo de 1990 —Ar. 4058. Ponente: ORO-PULIDO—, 13 de octubre de 1990 —Ar. 8108. Ponente: MADRIGAL GARCÍA— y 17 de junio de 1992 —Ar. 5157. Ponente: BARRIO IGLESIAS—. La S. de 15 de junio de 1990 —Ar. 5697. Ponente: GARCÍA ESTARTUS— dice:

«Viene reiteradamente sosteniendo la doctrina jurisprudencial que siendo cierto que toda denegación administrativa de una petición ocasiona siempre alguna clase de perjuicio al solicitante, este perjuicio no puede imputarse a la responsabilidad de la Administración por la sola razón de que la jurisdicción contenciosa anule el acto administrativo al estimar que los Fundamentos Jurídicos que los sostienen no son los legalmente correctos, pues es inaceptable negar a la Administración el derecho a resolver según los criterios que siendo opinables dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la estructura problemática de la ciencia del derecho, considere ser los más adecuados a la legalidad vigente e imputarle responsabilidad cuando dichos criterios no prosperasen en la revisión judicial.»

En el mismo sentido, las Ss. de 19 de noviembre de 1992 (Ar. 9206. Ponente: RODRÍGUEZ ZAPATA) y de 2 de febrero de 1993 (Ar. 579. Ponente: ESTEBAN ALAMO). Esta última dice:

«Ya el artículo 40, LRJ, establecía que la simple anulación en vía administrativa o por los tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización; prescripción que acoge la LRJPA y que es absolutamente razonable, ya que lo contrario podría propiciar presunciones de duda sobre la actuación administrativa con arreglo al artículo 103 de la Constitución y una constante petición de indemnización... cuando los tribunales no han estimado temeridad alguna en el comportamiento de la misma al efecto de una particular condena en costas a tenor del artículo 131, LJ.»

La S. de 7 de junio de 1984 (Ponente: DÍAZ EIMIL) dice que la anulación simple «no presupone derecho a indemnización y ello porque este derecho no puede venir fundado tan sólo en el error jurídico que la Administración puede cometer en la apreciación de los hechos del expediente o en la interpretación y aplicación de las leyes». Como dice una S. de 17 de octubre de 1983, la anulación de un acuerdo no puede realizarse sin dar satisfacción jurídica a la otra parte; los daños «deben tener la oportuna reparación como consecuencia de una conducta extracontractual negligente que surge de la anulación». En S. de 4 de mayo de 1982 se dice que los errores advertidos en unas notificaciones «no pueden originar obligaciones ni derechos para los administrados, salvo la posibilidad de éstos de ejercitar las pertinentes acciones caso de haber sufrido algún perjuicio como consecuencia de las notificaciones de un acuerdo inexistente».

Supuesto típico de responsabilidad es el de adoptar una decisión contraria a la contestación de una consulta aunque ésta no fuere vinculante. En este sentido, por ejemplo, una S. de 29 de octubre de 1982 (Ponente: GUTIÉRREZ DE JUANA) dice: «No son verdaderos actos administrativos capaces de crear, modificar o extinguir una situación jurídica y configurar un ámbito de derechos y deberes, únicamente suponen la contestación a unas consultas sobre las condiciones de edificación en el terreno de autos siempre supeditada a la resolución que en su día se adopte en relación a la solicitud de licencia de edificación y sin posibilidad de acceso a la revisión jurisdiccional, al no constituir verdaderos actos definitivos, aunque con importantes consecuencias en orden a una responsabilidad del órgano administrativo que evacuó una consulta en un determinado sentido y, posteriormente, modificó su criterio al dictar el propio acto administrativo, responsabilidad que puede concretarse en una indemnización de daños y perjuicios, exigible a través del cauce correspondiente.» En análogo sentido, S. de 6 de junio de 1990 (Ar. 4842. Ponente: LLORENTE).

La S. de 2 de junio de 1982 (Ponente: MARTÍN MARTÍN) dice:

«Si bien la simple declaración de nulidad de un acto administrativo no da derecho a indemnización, por surgir éste de la existencia del daño

o lesión patrimonial sufrida por el particular como consecuencia del actuar de la Administración, no lo es menos que si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración aparece reforzada en un caso como el presente, en que se da una relación directa e inmediata entre el hecho causante (acto de paralización ilegal, demora no justificada en la práctica de alineaciones y replanteo, etc.) y las circunstancias de hecho o situaciones jurídicas resultantes de la imposibilidad material de continuar las obras emprendidas que acarreen, *ab initio*, un detrimento patrimonial (al constructor) que éste legalmente no debe soportar por no exigir título legítimo que imponga tal carga al administrado (la Administración incluso no supo emplear o lograr la suspensión en el procedimiento paralelo de lesividad, etc.), con lo que notoriamente nos encontramos ante un perjuicio no justo que por la propia virtualidad de esta nota deberá ser indemnizado en virtud del principio general de resarcimiento consagrado legalmente, artículos 40, Ley de Régimen Jurídico, y 121 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa y concordantes del Reglamento; artículo 16 del Reglamento de Servicios y preceptos concordantes.»

Una S. de 23 de enero de 1984 (Ponente: MARÍN RUIZ) dice:

«Con arreglo a lo preceptuado, principalmente, en los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 133 de su Reglamento y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Española, corroborados por el 106 de la Constitución, si la mera anulación de los actos impugnados no determina la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, ésta es incuestionable siempre que se demuestre que la detención de la obra causó al actor un daño o perjuicio cuya realidad es condición del éxito de su pretensión al respecto, que no requiere la previa reclamación del resarcimiento en la vía administrativa, sólo precisa para el ejercicio de acciones principales o independientes y no cuando tal reparación se postula conjuntamente con la de anulación de un acto administrativo y como secuela de ella, supuesto en que la jurisprudencia, con base en los artículos 42 de la Ley Jurisdiccional, 40.2 de la precitada Ley de Régimen Jurídico y 136.2 del Reglamento también mencionado, admite la acumulación de ambas peticiones sin necesidad de que con antelación se haya planteado ante la Administración la relativa a la compensación del daño.»

La S. de 4 de abril de 1984 (Ponente: SÁNCHEZ ANDRADE), en el mismo sentido, afirma:

«Que si bien la nulidad de un acto administrativo no da derecho a la indemnización, éste surge con la demostración de que efectivamente se han producido, en cuyo caso, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1966, al referirse a la petición de indemnización por extinción de un arrendamiento de local por ruina declarada improcedente en revisión jurisdiccional, al afirmar que la indemnización "si bien puede en muchos casos no ser consecuencia necesaria de la anulación

de un acto administrativo, puede deducirse también del acto anulado cuando su indebida adopción los haya producido, debiendo decretarse para restablecer la situación jurídica del recurrente que lo ha sufrido y reclamado oportunamente de la Corporación, habiéndose desestimado en vía gubernativa la pretensión indemnizatoria, fundándose precisamente en la corrección del acto impugnado, carente de causa, al no haberse apreciado correctamente el estado de hecho en que se apoyaba...», y si bien en el caso de enjuiciamiento no se solicitó en vía administrativa la indemnización en cuanto no se había producido el desalojo y derribo, fue sin embargo anunciado en el escrito de reposición para el caso —como así ocurrió— de que uno y otro se produjeran; y habiéndose solicitado en esta vía jurisdiccional y resultando evidente su existencia en que tuvo que abandonar su local en arrendamiento, sin causa justificada al anularse el acto declarativo de la ruina del edificio en que ejercía su industria, procede estimar la pretensión de abono de los mismos, al haberse solicitado y al hacerlo ejercitando un derecho al que da oportunidad el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957, cuando establece que la pretensión de indemnización, cuando proceda, podrá deducirse simultáneamente con la de anulación del acto de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción, o en el de un año a partir de la fecha en que la sentencia de anulación hubiere devenido firme.»

La S. de 14 de diciembre de 1983 (Ponente: MARTÍN MARTÍN):

«Que tal como ha declarado la doctrina de la Sala la indemnización de daños y perjuicios por causa de anulación de licencias de obras por error es correlativo lógico de toda revocación de licencia por tal causa, como ya se preveía en el artículo 16 del Reglamento de Servicios y en el artículo 172 de la anterior Ley y artículo 232.1 del actual texto legal (en la misma línea el art. 38 del RDUr) en el sentido de recoger el principio de responsabilidad de la Administración conforme al régimen jurídico general, pues es indudable que la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, por cuanto que, en todo caso, supone la imposibilidad legal de continuar realizando la actividad autorizada e incluso —como en este caso— puede llegarse a la demolición de la obra ejecutada; por ello es notorio que el particular, en estos supuestos, sufre una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración y de ahí la procedencia de la indemnización que como regla nadie discute con base en la declaración de indemnización que los preceptos citados consagran —Ss. de 19 de diciembre de 1975, 6 de marzo de 1978, 26 de febrero y 14 de marzo de 1980, 26 de septiembre de 1981, 2 de junio de 1982, etc.—» (5).

(5) Sentencias que aplican a supuestos concretos los principios generales expuestos son las siguientes:

— S. de 7 de marzo de 1989 (Ar. 1950. Ponente: TRILLO): «Por lo que se refiere a la petición de daños y perjuicios, resulta evidente

que del cierre de la discoteca se sigue un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado para la Entidad titular de la misma, siendo el mismo consecuencia de la actuación de un servicio público, concurriendo así los requisitos para declarar la responsabi-

En materia de licencias de urbanismo se ha reconocido el derecho a indemnización de los daños derivados del acto administrativo anulado en recurso administrativo o jurisdiccional, tanto fuese denegatorio del otorgamiento como estimatorio, si bien la jurisprudencia no es unánime (6).

En el supuesto de acto denegatorio del otorgamiento de licencia, la S. de 20 de junio de 1986 (Ponente: GUTIÉRREZ DE JUANA) dice:

lidad patrimonial del Estado fijados en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.»

— S. de 3 de abril de 1990 (Ar. 2774. Ponente: MADRIGAL): «Reitera el apelante en esta instancia la petición que ya formuló en la anterior de que para el restablecimiento de su situación jurídica individualizada, además de decretarse la nulidad de la liquidación y por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, se condene al Ayuntamiento al pago de la comisión satisfecha por el Banco por el aval prestado por el mismo, a su favor, y que presentó ante aquél para obtener la suspensión de la ejecución de la liquidación impugnada; petición que tiene que ser acogida dado que el artículo 42 de la Ley Jurisdiccional autoriza al Tribunal a adoptar las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente y entre ellas la relativa a la indemnización de daños y perjuicios cuando procediese, y esta Sala ya ha declarado en S. de 2 de febrero de 1988 (Ar. 645) que la prestación de avales o garantías producen gastos resarcibles por estar en relación causal con el acto suspendido, pudiendo ahora añadirse que si bien es cierto que la simple declaración de la nulidad de un acto administrativo no presupone ni genera inexorablemente un derecho a la indemnización, por surgir ésta de la existencia de un daño o lesión patrimonial sufrida por un particular como consecuencia del actuar de la Administración, no lo es menos que si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración puede resultar obligada, como sucede en el caso presente en el que la Fundación apelante está sufriendo y seguirá sufriendo hasta la cancelación del aval un perjuicio, representado por la comisión bancaria, que no tenía ningún deber jurídico de soportar al dimanar de un funcionamiento anormal del Ayuntamiento que ha practicado una liquidación que era nula *ab initio* (pues como hemos dicho ninguna norma legal ampara la formación de un expediente de contribuciones

especiales con la única y exclusiva finalidad de resarcirse del importe del justiprecio de unas expropiaciones).»

— S. de 13 de octubre de 1990 (Ar. 8108. Ponente: MADRIGAL): «En orden a la revocación del reconocimiento por la Sala de instancia de la pretensión indemnizatoria que formuló el hoy apelado, cabe recordar que ya esta Sala en la S. de 3 de abril de 1990 ha declarado que la prestación de avales o garantías producen gastos resarcibles por estar en relación causal con el acto suspendido y que si bien es cierto que la simple declaración de nulidad de un acto administrativo no presupone ni genera inexorablemente un derecho a la indemnización, por surgir ésta de la inexistencia de un daño o lesión patrimonial como consecuencia del actuar de la Administración, no lo es menos que si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración puede resultar obligada, como sucede en el presente caso en que el apelado está sufriendo y seguirá sufriendo hasta la cancelación de los avales un perjuicio, representado por la comisión bancaria, que no tenía ningún deber de soportar al dimanar de un funcionamiento anormal de la Administración, que ha practicado una serie de liquidaciones que han de ser consideradas nulas *ab initio* como lo era la norma en cuya virtud se practicaron en el extremo concerniente al tipo de gravamen.»

— S. de 30 de octubre de 1990 (Ar. 8338. Ponente: GARCÍA RAMOS): «Ha existido un funcionamiento anormal de la Administración con trascendencia bastante para generar una responsabilidad patrimonial del Municipio —arts. 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 5.C.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local— dado que el cierre de la discoteca en cuestión anulado en vía judicial, paralizando la actividad lucrativa, hubo de provocar inevitablemente perjuicios al recurrente, titular del expresado negocio.»

(6) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la LS*, cit., II, pp. 1650 y ss.

«Que sin perjuicio de admitir, como la jurisprudencia citada, que toda denegación de una solicitud ocasiona siempre alguna clase de perjuicios al interesado, siendo susceptible, por tanto, de configurar el resultado dañoso en abstracto, no cabe por el contrario apreciar la antijuridicidad en la lesión, por la simple anulación del acuerdo adoptado en vía administrativa, cuando la sutileza de la ilegalidad sólo haya podido decantarse en la más alta instancia jurisprudencial, dato por sí solo revelador de la necesidad de descartar el carácter manifiesto de la torpeza de criterio denegatorio mantenido por la Administración local, máxime si como ocurre en materia de licencias municipales, la jurisprudencia abunda en la tesis liberatoria de la responsabilidad patrimonial, de no concurrir una flagrante desatención normativa ausente en el marco de la compleja problemática urbanística contemplado en el recurso tampoco la imputabilidad, tratada en la contestación a la demanda, desde la perspectiva legitimadora aparece en nuestra hipótesis, al no figurar como demandada la Administración periférica estatal que adoptó el acuerdo denegatorio de la licencia, interrumpiendo con ello, con evidente repercusión en el nexo causal, la relación entre el destinatario de la pretensión de resarcimiento y el causante formal del resultado dañoso, quiebras del principio de responsabilidad objetiva, cuya aplicación al supuesto cuestionado resultaría improcedente.»

Esta última sentencia es manifestación de una corriente jurisprudencial según la cual «si bien es cierto que toda denegación de una solicitud ocasiona siempre algún perjuicio al interesado, no procede apreciar responsabilidad de la Administración si no concurre una flagrante desatención normativa». Así, Ss. de 10 de junio de 1986 (Ar. 6761) y de 15 de noviembre de 1989 (Ar. 8336). Esta última concluye: «cosa que aquí no se vislumbra ni se especifican los daños y perjuicios ni la relación de causalidad entre su acontecer y la actuación administrativa, por lo que no procede ni en eficacia el satisfacer la fijación de aquéllas».

En el supuesto de que el acto anulado hubiese otorgado la licencia, es necesario distinguir entre los daños ocasionados al titular de la licencia y daños a terceros.

— *Daños al titular de la licencia.* A su vez hay que distinguir la regla general y las especiales.

— *Regla general.*

La anulación de una licencia de urbanismo, bien en vía administrativa o en vía jurisdiccional, ocasiona al titular unos daños y perjuicios incuestionables. En cuanto la anulación de la licencia da lugar a la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada y hasta la demolición de la obra ejecutada, el titular sufre una lesión patrimonial que es consecuencia directa del ilegal obrar de la Administración pública. De



aquí la procedencia de indemnización (7). En S. de 19 de diciembre de 1975 (Ponente: MARTÍN MARTÍN) se dice:

«... si bien es cierto que la simple anulación de un acto administrativo no comporta, sin más, la existencia de tal pretensión indemnizatoria, teniendo que justificarse, además, la malicia o negligencia en el actuar de la Corporación de que se trate, así como la justificación del importe de los daños o perjuicios que se soliciten, determinándose al menos las bases o parámetros cardinales para determinar su importe, es decir, las partidas sujetas a tal indemnización —SsTS de 12 de julio de 1960, 27 de junio de 1962, 10 de mayo de 1963, 8 de febrero y 20 de octubre de 1964, 10 de febrero y 30 de junio de 1965, 22 de junio de 1966 y 27 de octubre de 1967, entre otras—, si bien no es fácil determinar la malicia o dolo del actuar corporativo, máxime teniendo en cuenta la presunción de buena fe de que goza la Administración en su actuar si se colige indubitadamente una negligencia inexcusable, pues aparte de dejarse sin efecto, en parte, una licencia dada o conferida con arreglo a unas alineaciones, al haberse determinado éstas con error al amparo del artículo 16 del Reglamento de Servicios, implicando tal cambio la consiguiente indemnización —que aquí no se declara por no ser tema del debate y haber sido aceptado tal cambio por el recurrente al no recurrir el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente de 11 de octubre de 1967—, también consta inequívocamente la negligencia tácita reiterada, para no llevar a la práctica lo que constantemente se le solicitó: el levantamiento del acta pertinente para señalar la alineación de la obra de Autos con arreglo al Plan vigente de ordenación y, en consecuencia, el alzamiento de la suspensión que pendía sobre tal obra...»

La anulación de la licencia determina el derecho a indemnización, tanto se anule de oficio o en vía de recurso (8). El artículo 36, RDis, dice que:

«La procedencia de indemnización por causa de anulación de licencias en vía administrativa o contencioso-administrativa se determinará conforme a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Administración.»

Una S. de 2 de marzo de 1982 (Ponente: GORDILLO) dice que procede la indemnización,

(7) Indemnización que se preveía expresamente en el RS (art. 16) y en el texto anterior de la LS (art. 172), al regular algún supuesto de anulación de licencias. Así, S. de 22 de junio de 1976 (Ponente: VIDAL), en la que se declara que la indemnización de daños y perjuicios es «correlativo lógico de toda revocación de licencia de obras debida a error de la Administración». En el mismo sentido, Ss. de 22 de noviembre de 1962, 8 de mayo de 1965, 21

de noviembre de 1969, 4 de noviembre de 1971 y 12 de marzo de 1973. Cfr. GÓMEZ FERRER, *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Madrid, 1971, p. 77; MARTÍN MATEO, *La reacción frente a las licencias ilegales para la construcción en zonas verdes*, «RDU», núm. 42, p. 69.

(8) MARTÍN MATEO, *Problemática metropolitana*, Madrid, 1974, p. 88.

«pues la revocación de una licencia constituye una privación imperativa de un derecho y no solamente en base a los artículos 1, LE, y 1 de su Reglamento, sino en base a preceptos más fundamentales y generales, como son el artículo 33.3 de la vigente Constitución Española, que ha sustituido al artículo 32 del derogado Fuero de los Españoles, al decir que "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 a lo dispuesto por las leyes", y el artículo 232 de la vigente Ley del Suelo, que, concretando tal principio básico en la materia objeto del recurso, determina sin lugar a dudas la procedencia de la indemnización en el caso de Autos en el que no existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al demandante, al decir que la procedencia de indemnización por causa de anulación de una licencia en vía administrativa o contencioso-administrativa se determinará conforme a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Administración. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

En análogo sentido, Ss. de 26 de septiembre de 1981 y 24 de diciembre de 1983, a que después nos referiremos.

Ahora bien, como dice la S. de 9 de junio de 1986 (Ponente: MARTÍN RUIZ), aplicando normas generales,

«como señalan el artículo 40.2, LRJ, y las Ss. de 2 de abril de 1982 y 14 de junio 1983, la mera ilegalidad del acto administrativo no es suficiente para la prosperabilidad de la pretensión, siendo necesario acreditar la existencia de un daño real, efectivo, evaluable y, además, que ese resultado sea consecuencia de una actuación de la Administración dolosa, negligente o, por lo menos, desconcentradora de las normas y principios básicos que la regulan».

La S. de 30 de enero de 1987 (Ar. 2032. Ponente: MARTÍN MARTÍN) resume así la doctrina jurisprudencial en su segundo Fundamento de Derecho:

«La indemnización de daños y perjuicios por causas de anulación de licencias municipales (de obra, edificación, etc.) es correlativo lógico de toda revocación de licencias por tal causa, tal como prevenía el artículo 16 del Reglamento de Servicios, y en el artículo 172 de la anterior Ley, y hoy recoge el artículo 232, párrafo 1, del texto legal vigente y el artículo 38 del Reglamento de Disciplina Urbanística, al proclamar el principio de responsabilidad de la Administración conforme al régimen jurídico general, por ser indudable que la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado. Por ello es claro que el administrado en estos supuestos sufre una lesión patrimonial que es con-

secuencia directa del obrar no correcto de la Administración, y así la procedencia de la indemnización que como regla nadie discute con base en la declaración de responsabilidad que los preceptos citados consagran en relación con el principio constitucional consagrado en el artículo 106 de la Constitución —Ss. de 6 de marzo de 1978, 26 de febrero y 14 de marzo de 1980, 26 de septiembre de 1981 y 14 de diciembre de 1983.

En el mismo sentido, S. de 2 de enero de 1990 (Ar. 147. Ponente: REYES MONTERREAL).

— *Regla especial.*

La regla general señalada tiene una importante excepción (9). El artículo 240, LS, en su último inciso, establece: «En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia grave imputables al interesado.» La S. antes citada de 30 de enero de 1987, después de las afirmaciones que hace en su Fundamento Jurídico 2.º, en el Fundamento Jurídico 3.º añade:

«Sin embargo, en esta materia, la regla general tiene una importante excepción en la norma contenida en el número 2 del artículo 232 de la citada Ley (art. 39 del Reglamento) al perceptuar que "en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado"; prueba de que ha de correr a cargo de quien la alegue —como causa de exoneración— conforme a las reglas generales. Y si es cierto que cuando se otorga una licencia que infrinja el Ordenamiento, lo es a petición del interesado y como regla de conformidad con el proyecto presentado, por lo que hace difícil la posibilidad de alegar desconocimiento de la infracción (salvo en casos de ordenaciones urbanísticas incompletas o confusas, etc.). Sin embargo, ello no es suficiente porque la nueva normativa no supone una exención total o absoluta de responsabilidad (frente al sistema anterior), sino que exige la existencia de dolo o culpa grave imputable al administrado, no bastando que el peticionario tuviera conocimiento de la infracción o ilegalidad en que incurriera el proyecto presentado para que produzca la exención de responsabilidad, sino que estos conceptos hay que entenderlos en relación con la conducta o actuación del particular-peticionario dentro del procedimiento de concesión de licencia, ya que la conciencia de ilegalidad por parte del interesado resulta insuficiente a estos efectos, por cuanto que la Administración municipal al otorgar la licencia no puede prescindir de un estudio completo de la petición para ver si se adecua o no al plan o norma urbanística aplicable en razón de los informes de sus propios técnicos, de aquí que "el dolo o culpa grave" del peticionario haya de relacionarse con la forma de pre-

(9) Viene a acogerse así una tendencia doctrinal que había reaccionado frente a la generalidad y automatismo de la indemnización del titular de la licencia en todos los casos de anulación. BOQUERA, *La anulación de oficio de*

*las licencias de edificación*, Sevilla, 1975; ABELLA, *La Ley del Suelo*, Madrid, 1977, pp. 712 y ss.

El artículo 39 del Reglamento de Disciplina Urbanística reitera el precepto de la Ley.

sentar el proyecto, actuación en el procedimiento, etc., mediante formas o modos inexactos que pudieran razonablemente inducir a error a la Administración concedente.»

Así se resume la doctrina jurisprudencial.

Es indudable que cuando se otorga una licencia que infringe el Ordenamiento jurídico, lo es accediendo a una petición del administrado y, normalmente, de acuerdo con el proyecto presentado. Si éste no se ajusta a la ordenación urbanística lo es porque así ha sido elaborado. No cabe en la inmensa mayoría de los casos alegar ignorancia de la infracción. Si la duda es admisible en casos —desde luego, no infrecuentes— de ordenaciones urbanísticas confusas y poco claras, no es en líneas generales.

Esto no quiere decir que la Administración pública quede exonerada automáticamente de la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por la anulación de la licencia. La nueva redacción del precepto de la LS —por la reforma de 1975— no supuso pasar de una responsabilidad automática y generalizada a una exención total y absoluta de la responsabilidad.

No basta que el peticionario tuviese conocimiento —conocimiento que, como se ha dicho, se supone— de la infracción urbanística en que incurriría el proyecto para que haya exención de la responsabilidad. Es necesario —según el precepto de la Ley— la existencia de dolo o culpa «grave», lo que supone una especial cualificación de la culpa (10).

Hay que entender estos conceptos, más que en la conciencia de ilegalidad del peticionario, en la conducta ante la Administración. Porque la Administración pública competente para otorgar una licencia debe verificar la adecuación del proyecto a Plan. Es el órgano administrativo, previos los informes de sus técnicos, el que ha de comprobar si la actividad se ajusta o no al Ordenamiento.

De aquí que el «dolo» o «culpa grave» del peticionario haya de relacionarlos con la forma de presentar el proyecto a la Administración. Si se presenta de tal modo que puede inducir a error a la Administración, cabe hablar de dolo (11). Pero no lo sería y únicamente podría considerarse culpa grave presentar un proyecto en flagrante contradicción de un Plan. Si bien no sería tan «flagrante» cuando la Administración actuó en

(10) CORELLA, *La infracción urbanística*, Madrid, 1977, pp. 252 y ss.; BASSOLS, *El control de la legalidad urbanística en la nueva Ley del Suelo*, «REDA», núm. 6, pp. 241 y ss.; GON-

ZÁLEZ PÉREZ, *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*, 2.ª ed., Madrid, 1992.

(11) El dolo supone siempre una inducción con «maquinaciones» a adoptar un acto no querido (art. 1.269, Código Civil).

sentido estimatorio, salvo que existiera algo más grave —prevaricación—, incurriendo en responsabilidad penal.

En análogo sentido, Ss. de 6 de marzo y 18 de marzo de 1978, 20 de noviembre de 1979, 26 de septiembre de 1981, 14 de diciembre de 1983 y 29 de junio de 1986.

Sientan una correcta doctrina las Ss. de 4 de noviembre de 1985 (Ar. 6302), 3 de diciembre de 1986 (Ar. 990 de 1987), 30 de septiembre de 1987 (Ar. 6552) y 2 de enero de 1990 (Ar. 147).

— *Daños a terceros.*

La licencia ilegal anulada puede asimismo producir perjuicios a terceros. La obra ejecutada y legitimada por la licencia puede ocasionar perjuicios a persona distinta del titular (v. gr., al propietario del suelo, a los colindantes, a todos aquellos que tienen que realizar actividades obstaculizadas por la obra...).

En cuanto la Administración pública con su acto —otorgamiento de la licencia— legitimó la acción que ocasionó la lesión patrimonial, es responsable de los daños. Los daños son imputables a la Entidad, y, por tanto, debe responder con arreglo a las normas generales.

La exoneración de responsabilidad en los casos de «dolo, culpa o negligencia graves» prevista en el artículo 240, LS, se refiere al titular de la licencia, no a los terceros. «Perjudicado», según el artículo 240, LS, es aquel que indujo con su conducta a la Administración al otorgamiento de la licencia y sufre las consecuencias de anulación.

Refiriéndose en general al tema, BLASCO ESTEVE llega a la conclusión de que para decidir acerca de la procedencia de indemnización en los supuestos de anulación del acto determinante del daño es necesario determinar la conexión entre el concepto de ilegalidad y el de actividad administrativa susceptible de producir el daño. No puede estimarse que en todo caso de anulación haya existido funcionamiento anormal del servicio. Sino que

«habrá que determinar en cada caso si una ilegalidad supone necesariamente un funcionamiento anormal, en función de los estándares de actuación y rendimiento normalmente exigibles a la actividad administrativa. ¿Es exigible, según nuestra conciencia jurídica actual, que la Administración no cometa *absolutamente ninguna* ilegalidad en su actividad, por mínima que ésta sea? A nuestro juicio, parece que no, porque admitir la tesis contraria supondría vincular toda ilegalidad con el funcionamiento anormal de los servicios públicos, e implicaría la procedencia de responsabilidad desde el momento en que existiera un perjuicio imputable. Con ello abocaríamos a que la Administración debería responder de cualquier

daño ocasionado por un acto ilegal, sea cual sea la ilegalidad de que éste adolezca».

Así, BLASCO ESTEVE (12), que más tarde concluye (13):

«hay ilegalidades que no responden a un funcionamiento anormal de la actividad administrativa, sin perjuicio de que proceda indemnización por la otra vía de imputación en estos casos, y sin perjuicio también de que, en otros casos, la ilegalidad sea frecuentemente un índice de la anormalidad del funcionamiento. De alguna manera podemos decir que, a estos efectos de normalidad o anormalidad del funcionamiento, hay ilegalidades "excusables" e ilegalidades "inexcusables" (terminología que proponemos como rigurosamente provisional). Las primeras serían aquellas que son debidas a un margen razonable de imperfección en el funcionamiento de la actividad administrativa, margen que es soportable por el particular excepto si se le ha causado un sacrificio especial (criterio de determinación de la responsabilidad cuando el servicio ha funcionado normalmente). Ello significa que dentro de este tipo de ilegalidades habrá algunas que darán lugar a responsabilidad, pero habrá también otras cuyos perjuicios deberán ser soportados por los particulares sin compensación. Llegamos con esto a una auténtica afirmación de principio: *hay actos ilegales que pueden ser anulados, pero cuyos efectos dañosos deben ser soportados sin compensación*, es decir, hay actos ilegales que causan perjuicios imputables de los que no nace derecho a indemnización. No hay lesión en estos casos porque el daño no es antijurídico: existen causas de justificación del mismo, las cuales no son excluidas en estos casos por la ilegalidad del acto.

Por su parte, las ilegalidades inexcusables serían aquellas que indican que el servicio ha funcionado anormalmente y darían lugar a responsabilidad desde el momento en que hayan causado un perjuicio imputable».

Y cita como sentencias que vienen a consagrar este criterio las de 3 de enero de 1979 (Ar. 7) y 17 de diciembre de 1981 (Ar. 5427).

Lo que no puede ponerse en tela de juicio es que, en el supuesto de que el restablecimiento de la situación jurídica derivada del acto anulado únicamente fuese procedente con la indemnización, la sentencia anulatoria deberá contener tal pronunciamiento en aplicación del artículo 84.b), LJ (14). En este sentido, entre la jurisprudencia más reciente, la S. de 22 de abril de 1994 (Ar. 2966. Ponente: GARCÍA CARRERO).

(12) *La responsabilidad por actos administrativos*, cit., p. 223.

(13) *Ob. cit.*, pp. 224 y ss.

(14) Cfr. comentario a este artículo en mis *Comentarios a la LJ*, 2.ª ed., Ed. Civitas, 1994.

#### IV. Actuaciones materiales

Por lo general, las lesiones que dan lugar a indemnización son consecuencia de actuaciones materiales. Pero la actuación puede dimanar de un acto administrativo o producirse sin que exista acto administrativo previo.

Es evidente que por lo general el acto administrativo por sí solo no da lugar al daño, sino la ejecución del acto (v. gr., la demolición de un inmueble en ejecución de una declaración de ruina, la construcción de un edificio que nos priva de vistas autorizada por una licencia...).

Pero no es infrecuente que la actuación material no presuponga un acto administrativo. Aparte de los supuestos en que, siendo requisito el acto, se realiza sin la legitimación de éste —vía de hecho— (15), existe toda una serie de actividades en que se concreta el funcionamiento anormal o normal del servicio —como la reacción de las fuerzas de orden público para disolver una manifestación, la actuación de los bomberos al apagar un incendio, una operación quirúrgica...— y accidentes en que no interviene la voluntad —como la rotura de una cañería.

Ante la extensión del ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, recientemente se ha producido un toque de atención, ya que podrá conducir a la desaparición de servicios públicos que resultan francamente inviables al coste de la responsabilidad. Así, PANTALEÓN, que estima «profundamente erróneo postular a efectos de responsabilidad de la Administración funcionamiento normal y funcionamiento anormal de los servicios públicos» (16). Sobre el tema volveremos después.

#### V. Inactividad de la Administración

Por último, los daños pueden derivar de la inactividad de la Administración, por no actuar cuando debía hacerlo. Puede revestir modalidades distintas, como son las siguientes (17):

(15) Me remito a mis *Comentarios a la LJ*, cit., pp. 70 y ss. 510 y ss.

(16) PANTALEÓN, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Ed. Civitas, 1995, pp. 79 y ss.

(17) Una exposición general sobre los distintos supuestos de inactividad determinantes de responsabilidad patrimonial de la Administración, es de GÓMEZ PUENTE, *Responsabilidad por inactividad de la Administración*, «DA», núms. 237-238, pp. 139 y ss.

#### 1. La no decisión de los procedimientos incoados a instancia del interesado

La institución del silencio administrativo no elimina la responsabilidad en que puede incurrir la Administración por no decidir en los plazos en que debía hacerlo. Esto es evidente cuando el silencio administrativo se presume desestimatorio, ya que sólo garantiza la posibilidad de recurrir frente al acto presunto ante el orden jurisdiccional correspondiente. Pero también se admite en los de silencio positivo, pese a que, en principio, no parece pueda derivarse responsabilidad el poder realizar el particular la actividad para la que solicitó la autorización, licencia o permiso. No obstante, en materia de licencias de urbanismo, el artículo 240, LS, recogiendo lo que había dispuesto el artículo 21 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma de Régimen Urbanístico, incluye entre los supuestos determinantes de responsabilidad la «demora justificada en su otorgamiento». La S. de 18 de octubre de 1994 (Ar. 7524. Ponente: BARRIO IGLESIAS) dice:

«El derecho del recurrente a una indemnización por los perjuicios causados a consecuencia del acto administrativo recurrido es igualmente procedente a partir del artículo 106 de la Constitución y demás preceptos legales que sientan el principio de que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, dándose en el caso de autos los tres requisitos en que se basa la responsabilidad patrimonial de la administración, lesión, acto administrativo y relación de causalidad, pues el recurrente ha sufrido en su patrimonio un daño efectivo, evaluable e individualizable, presentado por la no concesión de una licencia a la que tenga derecho, produciéndole dicha concesión un detrimento patrimonial antijurídico, que está ligado por esa relación de causalidad directa con un acto administrativo dictado en el ámbito de la gestión administrativa del Ayuntamiento de Figueras.

La indemnización a que tiene derecho el recurrente, por consecuencia de la no concesión de la licencia de edificación, debe procurar, según reiterada jurisprudencia de los Tribunales, una reparación integral del detrimento que el acto administrativo recurrido ha causado en el patrimonio del administrado, es decir, debe cubrir todos los daños y perjuicios producidos en sus derechos, los que comprenden no sólo el daño emergente o gastos, sino también el lucro cesante o beneficios dejados de obtener, pues así lo impone como principio general el artículo 1.106 del Código Civil, y tanto los producidos por la no concesión de la licencia de edificación, como por la paralización de la actividad del propio recurrente desde 1980 en que instó el permiso de obras que le tuvo que haber sido concedido entonces, cuyo total importe, dando oportunidad a los litigantes a presentar nuevas partidas o a impugnar las presentadas de contrario, se determinará en el período de ejecución de sentencia, conforme a la regla general establecida

en el apartado c) del artículo 84 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.»

## 2. La pasividad ante las denuncias de los administrados

Si la inactividad de la Administración o su pasividad ante las denuncias de los administrados da lugar a que se causen y materialicen —a veces de forma irremediable— infracciones, es indudable que tal conducta, en cuanto ocasione una lesión patrimonial, determinará el nacimiento de responsabilidad administrativa (v. gr., daños al medio ambiente por no atender las denuncias de las infracciones en que incurra una actividad industrial por ruidos, emanaciones de humos o vertidos de residuos) (18).

## 3. No adopción de las medidas adecuadas

Como señaló BLASCO ESTEVE (19), inicialmente, el supuesto más frecuente era el de los daños derivados de accidentes de circulación por mal estado o deficiente señalización de las vías públicas (Ss. de 24 de enero de 1972, 30 de septiembre y 25 de octubre de 1982, 1 de julio de 1986 y de 25 de octubre de 1989), y después se han abierto otros supuestos de omisión, entre los que pueden señalarse los siguientes (20):

(18) La S. de 18 de junio de 1986 (Ar. 3809. Ponente: MARTÍN DEL BURGO) dice: «Si hacemos estas referencias al estado de conservación de la finca, a pesar de que el proceso que nos ocupa no se refiere a ese tema, es por la necesidad de poner de relieve las circunstancias concurrentes en los años en que la actora pretende que el Ayuntamiento practique la ejecución de las obras por ella pretendida y en el que luego insta la reclamación de daños y perjuicios de que se trata en esta litis. Porque, ante estas circunstancias, no es descartable la hipótesis de que si el Ayuntamiento, por atender sólo a la letra del repetido artículo 181 de la Ley del Suelo, se hubiera precipitado, ejecutando subsidiariamente unas obras, que ahora no es fácil de imaginar hasta dónde habrían tenido que llegar, se hubiera situado en una situación difícil y la responsabilidad civil muy bien le pudiera haber sido exigida por la contraparte, esto es, por la propiedad de la finca.

Evidentemente, este estado de cosas justificaba la postura del Ayuntamiento en este caso, y el que no se precipitara, yendo a más de adonde fue en los acuerdos que sirvieron de antecedente inmediato a los aquí recurridos, lo que constituye una actitud de prudencia y

de buen sentido, que sintoniza con la doctrina jurisprudencial propugnadora de que, en los actos de intervención, la Administración debe inclinarse por las medidas menos restrictivas de la libertad individual, acogiendo a las congruentes con los medios y fines del acto administrativo —Ss. de 29 de marzo de 1965, 22 de mayo de 1967, 25 de octubre de 1968, 26 de enero y 29 de abril de 1970—.

(19) En la ob. col. «Comentario sistemático», cit., p. 426.

(20) El mal estado de la carretera y los defectos de señalización siguen siendo uno de los supuestos más generales. La S. de 16 de marzo de 1995 (Ar. 2436. Ponente: MARTÍNEZ SAN-JUAN) dice:

«Quinto. La normativa jurídica de aplicación, como antes se razona, exige a la Administración titular de la carretera donde el accidente se produjo, el mantener en todo momento a aquéllas en las "mejores condiciones posibles de seguridad", y una manera prudente de conseguirlo es el tener las carreteras aludidas conservación en su estructura y otra el de mantener en sus carreteras una adecuada conservación de su estructura y la, no menos adecuada, señalización de las mismas que impidan o cuando menos reduzcan los eventos

— Deficiente servicio de centro sanitario (S. de 28 de febrero de 1995 —Ar. 1489—) (21).

— Deficiente funcionamiento del servicio de cartografía marina, dando lugar a una de las mayores indemnizaciones a que se ha condenado

de accidentes de los vehículos que por aquéllas circulan; estos medios a emplear, se encuentran en función de los posibles peligros que el lugar y la climatología aconsejen, y también en función con los medios técnicos a emplear a través del tiempo en que éstos van apareciendo; pues no basta con tener "una señalización", sino que ésta ha de ser la adecuada para tales circunstancias, y encontrarse en perfecto estado de conservación para que responda al fin para el que fue establecida.

Por todo ello, existiendo entre el estado defectuoso de la señalización de la carretera referida en el punto donde se produjo el accidente y el origen de la producción del accidente y sus efectos consiguientemente dañosos, la relación causa-efecto, al principio apuntada; y que referido defecto de señalización responde a un funcionamiento de dicho servicio público de la Administración del Principado de Asturias, encargado de velar por el buen estado de conservación y señalización de dicha carretera; siendo además los daños sufridos por el señor S. N. efectivos, evaluables económicamente e individualizados, como exige el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al principio apuntado; se ha de declarar —como la sentencia recurrida hace— el derecho de dicho demandante a ser indemnizado por la Administración demandada de la lesión sufrida en su persona y bienes, por el mentado funcionamiento anormal de los servicios públicos de aquélla; y no discutiéndose en esta apelación la cuantía fijada en la sentencia recurrida, ni la forma de su ejecución; al entenderse también todo ello así por la sentencia al presente recurrida, procedente es su confirmación; habiéndose de desestimar, por ello, este recurso de apelación, contra aquélla interpuesto.»

En análogo sentido, S. de 16 de diciembre de 1994 (Ar. 10047. Ponente: MARTÍNEZ SAN-JUAN).

En S. de 9 de diciembre de 1985 (Ar. 6213. Ponente: GARRALDA) se dice: «El artículo 167 del Código de la Circulación dispone que "el señalamiento de peligros, mandatos, indicaciones y advertencias en las vías públicas, tanto urbanas como interurbanas, se efectuará empleando señales ajustadas exclusivamente a las prescripciones contenidas en el presente Código" y es indudable que incumbe al ramo de la Administración correspondiente colocar

las señales adecuadas en los lugares oportunos y cuidar de su conservación y mantenimiento, como otro servicio público cualquiera, y esa función de policía administrativa obligaba al órgano competente a señalizar en el arranque del ramal de carretera abandonado (punto A indicado), como lugar idóneo, que tal vía estaba cortada y por consiguiente no tenía salida con el fin de advertir a los conductores de vehículos de esa circunstancia, que resulta especialmente anómala cuando aquélla es continuación directa de otra vía que atraviesa el pueblo y el impedimento que cierra el paso no está claramente a la vista por encontrarse a 540 metros de distancia del indicado punto o al menos debió de haberse colocado en algún lugar de ese recorrido tal señal y otra indicadora de peligro en las aproximaciones de la zanja; por otra parte, no puede exigirse a los conductores el conocimiento de todo sistema vial de carreteras con sus incidencias y particularidades, pues precisamente para suplir esa imposibilidad está el sistema de señales de peligro, de advertencia, indicadoras e informadoras, en las que confían aquéllos; de aquí que la conducta del recurrente conductor adentrándose en una carretera que ve frente a la ruta que sigue, después de atravesar el cruce del punto A y en la que no existe señalización alguna que le prevenga, sea normal y si a esto se añade que eso ocurría de noche y lloviendo y que circuló por el ramal durante más de quinientos metros sin advertir la menor prevención, es racional concluir que no supone una conducción temeraria o negligente el precipitarse en una zanja que de improviso se encuentra cruzando la carretera, es decir, que la ausencia de toda señalización referida indujo al actor a una conducción normal, a la que no puede exigirse la previsión de la existencia de un obstáculo de esa naturaleza.

De cuanto queda sentado en los precedentes, aparece clara la relación de causalidad entre el obrar negligente de la Administración a la que entonces incumbía la policía de la vía y el accidente ocurrido y causante de los perjuicios, que, por tanto, son consecuencia del funcionamiento anormal de ese servicio público como exige el artículo 40 citado a cuyo amparo se deduce la demanda.»

(21) Sobre la responsabilidad en el ámbito sanitario, cfr. en «DA», núms. 237-238, Mu-

a la Administración. (Ss. de 18 de junio de 1983 y 6 de marzo de 1985).

— Mal funcionamiento de las prisiones (Ss. de 15 de julio de 1988, 13 de marzo de 1989 y 23 de enero de 1990. La S. de 19 de noviembre de 1994 (Ar. 10469. Ponente: PECES MORATE) se refiere al supuesto de que ante el incendio en la celda ocupada por los reclamantes —consecuencia de falta de cuidado al fumar—, los servicios no localizaron inmediatamente el incendio, por lo que se puede deducir que la organización del servicio no aseguraba a los reclusos ante un posible incendio.

— Deficientes medidas de seguridad en instalaciones deportivas o espectáculos públicos (Ss. de 25 de abril de 1985 y 13 de septiembre de 1991).

— Deficiente funcionamiento del servicio de vigilancia militar. La S. de 15 de febrero de 1994 (Ar. 890. Ponente: SANZ BAYÓN) dice:

«En el presente caso concurren todos los requisitos que los artículos 40, LRJ, y 106.2 de la Constitución y la jurisprudencia que los interpreta exigen para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que la actuación administrativa está constituida por el funcionamiento de los servicios de vigilancia de la Administración militar que, no obstante el sistema riguroso establecido al respecto por el Reglamento de Régimen Interior de los Cuerpos del Ejército, aprobado por Real Orden de 1 de julio de 1986, que era el vigente cuando ocurrieron los hechos descritos en la demanda, que atribuye dichos servicios con carácter permanente, desde el toque de silencio al de diana, a los Imaginarios bajo el control del Cabo Cuartel y del Sargento de Semana (arts. 543, 544, 591, 592 y 605 en relación con el 91), no consta que realizaran actuación alguna para evitar el resultado dañoso, lo que era perfectamente factible si se tiene en cuenta que el incidente ocurrido entre el actor y otro soldado en la madrugada del día 4 de enero de 1981 durante el cumplimiento del servicio militar, cuando ambos se hallaban acostados en los dormitorios de la Compañía de Automóviles de la Academia General Básica de Suboficiales de Tremp (Lérida), tuvo duración suficiente para que los servicios de vigilancia pudieran adoptar las medidas pertinentes, pues dicho incidente se inicia, según la relación de hechos probados de la S. penal de 8 de marzo de 1982 (folio 20 del expediente), cuando uno de los soldados vierte un sobre de canela en la cabeza de otro que se hallaba durmiendo, lo que motivó una discusión entre ellos que quedó zanjada momentáneamente "volviendo cada uno a su cama", reanudándose después y desembocando en "una reyerta con intercambio de golpes y puñetazos que no terminó hasta que el soldado M. quedó semiinconsciente, acabando ahí el incidente".»

NOZ MACHADO, *Responsabilidad de la Administración Sanitaria*, pp. 255 y ss., y PEMAN GAVIN, *La responsabilidad patrimonial de la Adminis-*

*tración en el ámbito sanitario público*, pp. 283 y ss.

— Deficiente estado de la carretera o calle (Ss. de 4 de junio de 1994. Ar. 4783), 25 de febrero de 1995 (Ar. 2096), 1 de abril de 1995 (Ar. 3226), 27 de marzo de 1995 (Ar. 5259), 3 de junio de 1995 (Ar. 5258).

— Deficiente funcionamiento de los servicios docentes. La S. de 10 de marzo de 1994 (Ar. 2427. Ponente: MARTÍNEZ SANJUÁN) dice:

«En dicha ocasión dicho "servicio público" habría de prestarse al mencionado alumno a través de un profesor del centro educativo que habría de velar, con la diligencia debida, de que aquél y sus compañeros utilizaran con las precauciones necesarias las máquinas a emplear en su enseñanza, máximo que dichos alumnos accedían por primera vez a tales enseñanzas y habiéndose de tener en cuenta su nula experiencia y la edad de los mismos. Mas dicha cautela profesional del profesor habría de extremarse, amén de por las circunstancias expresadas, porque —según resulta de las pruebas practicadas en las actuaciones— en la máquina donde se produjo el accidente "la alimentación eléctrica a los tornos paralelos existentes en el taller se realizaba a través de una línea común, con derivaciones desde una caja de registro existente frente a cada máquina, sin poderse desconectar cada desviación individualmente", de forma que "únicamente se puede desconectar a la vez todo el grupo de tornos paralelos, desde un único interruptor instalado para dicha línea en el cuadro general de protección, mando y control existente en el taller", además "tal instalación no se ajustaba a lo dispuesto en el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión, y sus instrucciones técnicas complementarias". Los tornos paralelos existentes no disponían de doble mando para su manejo, para que el enseñante pudiera controlar el mismo, y, por último, "la puerta de la caja de engranajes se podría abrir con el torno en funcionamiento, sin impedir o bloquear el funcionamiento de cada una de las máquinas". De todo ello se infiere que la maquinaria ofrecida tanto para los "enseñantes" como para los alumnos no ofrecía la seguridad técnica que, por la edad de estos últimos y por su inexperiencia, demandaba; lo cual supone, como mínimo, un funcionamiento anormal del servicio público educativo de actual referencia.»

— La S. de 2 de julio de 1994 (Ar. 6673. Ponente: PECES MORATE) sobre discriminación en las campañas publicitarias institucionales, en su Fundamento Jurídico 11.º, sienta esta interesante doctrina:

«El silencio absoluto que la Administración mantuvo durante varios años, incumpliendo el mandato expreso contenido en los artículos 94.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 38.2 de la Ley de esta jurisdicción, no puede redundar en su propio beneficio, pretendiendo que sea la peticionaria o reclamante quien justifique lo que sólo a ella le incumbe, cual son las campañas institucionales en que se hizo entrega de publicidad o las suscripciones que mantuvo del diario que aquélla editaba. Como hemos declarado en nuestras Ss. de 10 de mayo de 1993 (Ar. 6375) y 4 de diciembre de 1993 (Ar. 10051), el ejercicio de las acciones dimanantes de

responsabilidad patrimonial de la Administración no puede quedar condicionado, ni menos obstaculizado, por el silencio de la Administración (Sentencias de este mismo Tribunal de 15 de octubre de 1990 (Ar. 8126), 6 de noviembre de 1990 (Ar. 8802), 5 de diciembre de 1991 (Ar. 9283) y 9 de marzo de 1992 (Ar. 2138).»

#### SECCION CUARTA ANTI JURIDICIDAD

### I. Principio general

Para que la lesión sea indemnizable, la lesión patrimonial ha de ser antijurídica. Antijuridicidad que se dará, no ya porque sea contraria a Derecho la conducta que la motiva, sino porque el sujeto que la sufre no tenga el deber jurídico de soportar. Así lo había reiterado la jurisprudencia. La S. de 11 de abril de 1989 (Ar. 2836. Ponente: SÁNCHEZ ANDRADE) se refiere a la «categoría de sacrificios de los que no tienen la obligación de soportar». Y la S. de 13 de enero de 1992 (Ar. 555. Ponente: RUIZ SÁNCHEZ), de «daño antijurídico que el afectado no tendría obligación de soportar». La LRJPA ha consagrado este principio general en su artículo 141.1: «Sólo serán indemnizables —dice— las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga obligación de soportar de acuerdo con la Ley» (1). Como dice la S. de 11 de junio de 1993 (Ar. 4375. Ponente: GODED MIRANDA):

«La responsabilidad de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, deber que existe cuando la medida de la Administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir (Ss. de 11 de abril y 18 de diciembre de 1986. Ar. 2633 y 8115).

La S. de 26 de septiembre de 1994 (Ar. 6800. Ponente: GODED) establece:

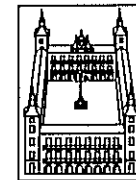
«... exige la efectiva realidad de un daño o perjuicio que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una re-

(1) Asimismo se refiere a que los afectados «no tengan el deber jurídico de soportar», al regular la indemnización por actos legislativos (art. 139.3, LRJPA). Como dice la S. de 15 de octubre de 1990 (Ar. 8126. Ponente: MENDIZÁBAL): «No es suficiente el menoscabo econó-

mico, factor material, sino que se requiere simultáneamente la concurrencia de otro factor cualificativo, consistente en que sea antijurídico y, por tanto, el afectado o la víctima no tenga el deber de soportarlo. En definitiva, la lesión se define como un daño ilegítimo.»

JESUS GONZALEZ PEREZ  
Catedrático de Derecho Administrativo

**RESPONSABILIDAD  
PATRIMONIAL  
DE LAS  
ADMINISTRACIONES  
PUBLICAS**



EDITORIAL CIVITAS, S. A.  
MADRID, 1996



## 12. Responsabilidad: seguro frente a los riesgos sociales

El hecho de vivir en sociedad conlleva el estar rodeados de potenciales riesgos sociales que en ciertas oportunidades importan daños, algunos de ellos incluso constituyen una carga pública que debe cumplirse; sin embargo, hay otros casos producidos por la acción u omisión de un tercero, en que éste debe asumir los daños provocados por los riesgos que creó con su actividad.

Cuando este tercero es el Estado y su actividad es la generadora de los riesgos sociales, la responsabilidad asume el importante rol de seguro frente a estos riesgos. Materializado el riesgo en un daño, el particular afectado por la actividad riesgosa que realiza el Estado deberá hacer efectiva la responsabilidad para obtener la correspondiente indemnización.

En estos supuestos de responsabilidad sin falta, el efecto dañoso se produce, no por la falta de diligencia y cuidado, sino que por la naturaleza de la actividad que despliega el Estado. Son ejemplos de este tipo de actividades riesgosas el traslado de elementos nucleares, las actividades militares relacionadas con manejo de explosivos, las campañas de vacunación masiva, entre muchos otros.

## 13. Las Finalidades de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus implicancias

El análisis de cada una de las finalidades que se atribuyen a la Responsabilidad extracontractual del Estado nos permitirá estudiar como cada una de ellas y todas conjuntamente consideradas informan las decisiones que en esta materia están llamados a tomar el legislador y los tribunales de justicia.

El artículo 1º de nuestra Carta Fundamental le atribuye al Estado la finalidad de promover el bien común. Todas las instituciones que sean creadas al amparo de este texto deben perseguir ese fin y constituyen un medio para conseguirlo.

**Artículo 1º, inciso 4º.** El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

La responsabilidad de Estado es una de esas instituciones, por tanto, en su consagración constitucional y legal debe buscar la promoción del bien común. Ya no basta con perseguir, en el establecimiento de la responsabilidad, la tradicional finalidad de garantía patrimonial individual para alcanzar este objetivo, sino que parece necesario, además,

complementarla con otros fines, parámetros de orden y control del funcionamiento de los órganos del Estado, precio de sus políticas y actividades y seguro frente a los riesgos sociales. Sólo así se estará cumpliendo con el mandato constitucional que impone al Estado el deber de "contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece."

Todas las decisiones de política legislativa y judicial que se adopten con relación a la responsabilidad del Estado estarán íntimamente vinculadas con alguna de estas finalidades. Así, por ejemplo, en el caso de optar entre una responsabilidad con falta o sin falta como regla de general aplicación, la decisión estará determinada por la o las finalidades que cada ordenamiento jurídico le atribuya a la responsabilidad.

Si el Estado, a través de nuestro ordenamiento jurídico, debe promover el bien común, la responsabilidad es uno de los medios que tiene para conseguirlo. Por tanto, esta institución, al consagrar múltiples finalidades, no tan sólo busca el bienestar de uno de los individuos (el indemnizado), sino que el de todos y cada uno de ellos.

## Capítulo Cuarto

### Elementos de la Responsabilidad del Estado

#### 14. Generalidades.

Al dar comienzo al estudio de los elementos de la responsabilidad del Estado, preciso es recordar que la responsabilidad es una situación jurídica pasiva que emana de una relación jurídica de Derecho Público, que es tal por consistir en un vínculo medial que tiene como sujeto pasivo a un órgano del Estado y como sujeto activo a un particular. Si el Estado provoca una lesión en el patrimonio de un particular que no está obligado a soportar, y este reclama su reparación ante los tribunales, llegando en último término a obtener en el juicio, surge un vínculo jurídico entre ellos que constituye una relación jurídica de Derecho Público.

Desde este punto de vista, nuestro estudio se abocará al análisis de los elementos de esta relación jurídica de Derecho Público, tanto en su aspecto pasivo, es decir, la responsabilidad de los órganos del Estado, como en su aspecto activo, el derecho del particular a ser indemnizado por determinadas lesiones. Distinguiremos, para ello, entre elementos subjetivos: que responden a la pregunta quiénes pueden ser titulares de esta situación jurídica activa y pasiva, y elementos objetivos, que son:

1. Los fundamentos de imputabilidad de la acción u omisión dañosa al Estado
2. La existencia de un daño indemnizable
3. El nexo causal entre la actuación dañosa y el daño causado.

Uno de los elementos más importantes en el surgimiento de esta relación jurídica es el fundamento que justifica la responsabilidad del Estado o, más correctamente, desde nuestro punto de vista, el de imputación de los perjuicios al Estado, que explica por qué un determinado daño es atribuible a los órganos que conforman el Estado.

Por la trascendental importancia que esta materia reviste en la teoría de la responsabilidad del Estado, la hemos tratado en forma separada para los órganos del Estado, en general, y para la Administración Pública, en particular, dejando esta última para más adelante.

En este apartado estudiaremos, pues, los elementos de la responsabilidad del Estado, abarcando el daño como su elemento central, los perjuicios indemnizables y la causa productora del daño, referidos al Estado en general, por su actividad administrativa, legislativa y judicial.

## 15. Elementos subjetivos

Toda relación jurídica tiene sujetos titulares de los derechos y deberes que nacen de ella. Veamos entonces quiénes pueden ser sujetos activos y quiénes sujetos pasivos de la relación jurídica que da origen a la responsabilidad.

### a) Sujeto activo

Serán sujetos activos todas las personas que se encuentren fuera de la organización del órgano público que causó la lesión que da origen a la relación jurídica. Su situación jurídica activa consiste en el derecho a exigir al Estado el pago de la indemnización por el daño provocado. Por regla general, son los particulares lesionados sujetos activos. Estos, sin duda, no pertenecen al órgano público que causó el daño, son personas externas a su organización.

Pero esta no es la regla absoluta, porque en algunas oportunidades también pueden ser sujetos activos los organismos públicos. Es el caso de los órganos que gozan de personalidad jurídica y que como sujetos de derecho actúan en forma independiente en la vida jurídica, con la posibilidad cierta de poderseles provocar daños o que ellos los causen. Un caso típico es el de las municipalidades. Se señala que "sería absurdo que, frente a una agresión patrimonial ilegítima, la Ley quisiera proteger más a los sujetos privados, portadores de intereses privados, que a los sujetos públicos, portadores de intereses públicos. Si por efecto de la ruptura de una presa mal construida se anegan terrenos privados y un parque municipal, por

ejemplo, ¿por qué y, en virtud, de qué título legal, se podría obligar al Municipio a soportar un daño contra el que los particulares pueden reclamar?"<sup>(96)</sup>

Confirma lo anteriormente expuesto, la opinión del profesor Rolando Pantoja en orden a que "la referencia a los particulares como sujetos activos para demandar la responsabilidad del Estado por los daños sufridos, en ningún caso es excluyente del derecho que tienen los organismos administrativos con personalidad jurídica de intentar este tipo de acciones en contra de otras entidades de igual naturaleza, ya que lo contrario obligaría al legislador a crear un contencioso especial para los conflictos jurídicos surgidos con ocasión de la actividad administrativa, cuando la acción corresponde a un organismo de la Administración del Estado agraviado por las actuaciones de otra institución administrativa..., lo que nunca ha estado en el pensamiento del Constituyente."<sup>(97)</sup>

Una pregunta nos surge: ¿Qué ocurre con los funcionarios de dichos órganos? ¿Pueden ser considerados sujetos activos en la eventualidad de que se les cause un daño con el actuar del órgano del que forman parte? El problema se suscita debido a que no se encuentran "fuera de la organización", y por ende las relaciones de éstos con el Estado se rigen por las normas laborales. La indemnización, si se les provoca un daño, no se debe a los funcionarios en consideración a las normas de Derecho Público aplicables a los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, sino en conformidad a otras disposiciones como son las normas sobre accidentes del trabajo o enfermedades profesionales que regulan las relaciones laborales.

Diferente es el caso de los colaboradores ocasionales de ciertos servicios públicos, ya sea que actúen en forma espontánea o a requerimiento de la autoridad. Si se les causa un daño sí podrán ser sujetos activos de la relación jurídica, por estar fuera de la organización del servicio que se lo causó.<sup>(98)</sup>

### b) Sujeto pasivo

Pueden ser considerados sujetos pasivos de esta relación jurídica, todos los órganos del Estado, y serán órganos del Estado aquellos a los que por la Constitución o la ley se les haya encomendado el ejercicio de una función pública con la correspondiente atribución de potestades públicas.

(96) DE LA MORENA y de la Morena, Luis, Op. cit., página 354.

(97) Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre Prohibición Administrativa de los Organos de la Administración del Estado. Boletín N° 1510-07 Senado de la República, página 16.

(98) Ver en el texto, páginas 167 y siguientes, a propósito de los colaboradores ocasionales el enriquecimiento sin causa como criterio de imputación del perjuicio a la Administración sin falta.

El concepto es amplio, pero busca dar cabida a todos los órganos que potencialmente puedan causar un daño a los particulares, normalmente las administraciones públicas, pero también pueden originar daños el órgano legislativo y el poder judicial.

¿Qué ocurre cuando son dos o más los órganos del Estado que pueden ser considerados sujetos pasivos, por haber concurrido en la producción del daño? Normalmente no existe norma alguna que dé una solución a este grave problema. Pero podemos adelantar, desde luego, dos soluciones: la responsabilidad simplemente conjunta o la responsabilidad solidaria; por ser ambas de objeto divisible (pago de una indemnización).

Cuando las obligaciones son simplemente conjuntas o mancomunadas, el objeto es divisible, existe pluralidad de deudores y constituyen jurídicamente la regla general. Por lo tanto, si dos o más órganos del Estado concurren en la producción del daño y, consecuentemente en responsabilidad, salvo que estemos ante una norma expresa, dicha obligación para con el particular deberá ser dividida entre todas ellas por iguales partes. También la ley puede optar por dar esta solución al problema de pluralidad de deudores con lo que estaría facultada para dar una distribución distinta de las cuotas. En este caso, el particular debería demandar a todos los órganos del Estado que provocaron el daño, conjuntamente, si quiere obtener una reparación integral.

Cuando las obligaciones son solidarias, el objeto, a su vez, también es divisible, existe pluralidad de deudores (solidaridad pasiva), y desde el punto de vista jurídico son excepcionales frente a las obligaciones simplemente conjuntas. En este específico caso, deberá ser la ley la que disponga que frente a la pluralidad de deudores, que surge por la producción conjunta del daño a un particular, habrá solidaridad pasiva. Como consecuencia de ello, el particular afectado podrá exigir la totalidad de la deuda a cualquiera de los órganos del Estado que concurrió a la producción del daño y el cumplimiento por uno de ellos extingue la obligación respecto de todos. Posteriormente, el deudor que pagó podrá subrogarse en los derechos del acreedor para exigir el pago a los otros órganos del Estado, caso en el cual la obligación pasa a ser simplemente conjunta entre los codeudores.

Para el sujeto activo (particular lesionado, por regla general), el sistema que mejor garantiza sus derechos es el que establece la solidaridad pasiva de los órganos causantes del daño, debido a que le asegura el pago de la indemnización sin la necesidad de perseguir a todos los deudores; y para el sujeto pasivo, el sistema más justo es el que contempla en estos casos el surgimiento de una obligación simplemente conjunta, porque cada uno asume el pago de la cuota que le corresponde en la deuda.

En conclusión, si la ley nada dice, la obligación que tienen los codeudores será simplemente conjunta; ahora, si el legislador quiere dar una solución distinta, tendrá que optar entre una obligación simplemente

conjunta con distribución de cuotas según criterios predeterminados, o por una solidaridad pasiva con una fórmula de distribución que asegure a quien paga a nombre de todos, el reintegro de las cuotas de los demás, en la medida que hayan concurrido a la producción del daño.<sup>(99)</sup>

En nuestro Derecho, el legislador ha optado por esta solución en materia de responsabilidad extracontractual civil. Así, el artículo 2317 del Código Civil contempla un caso de solidaridad pasiva legal al señalar:

**Artículo 2317. Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito,...**

Sin embargo, el Derecho Administrativo es un derecho original, con lo que se quiere decir que "el Derecho Administrativo es una disciplina jurídica que tiene su propio cuerpo proposicional y doctrinal, sus propias normas y principios, de manera que no reconoce relación de especialidad respecto del derecho común o general."<sup>(100)</sup> Por lo tanto, las normas de responsabilidad del Estado no guardan relación con las normas del Derecho Civil, no pudiendo ser consideradas supletorias para llenar una laguna normativa. En conclusión, la norma contenida en el artículo 2317 del Código Civil no tendrá aplicación en el ámbito público, lo que lleva a concluir que cuando dos o más órganos de la Administración causan el daño, nace una obligación simplemente conjunta, salvo que el legislador contemple expresamente una solidaridad pasiva legal, solución más protectora de los intereses de la víctima.

## 16. Elementos objetivos

Dentro de los elementos objetivos centraremos nuestra atención en la existencia del daño o perjuicio que haya afectado a un particular (sujeto activo), para lo cual estudiaremos los requisitos que a su respecto deben

(99) En el Derecho español a propósito de la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, cabe citar el artículo 140 de la Ley 30/1992, modificado por la Ley 4/1999, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el cual el legislador ha optado por un criterio concreto y señala que:

"1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

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

(100) PANTOJA Bauzá, Rolando. El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización y prospección. Colección manuales jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1996. página 155.

## Capítulo Octavo

### Sujetos que pueden comprometer la responsabilidad de la Administración del Estado

#### 29. Los sujetos pasivos de la relación jurídica de responsabilidad extracontractual

Al estudiar los sujetos pasivos de la relación jurídica de Derecho Público dijimos que pueden ser considerados sujetos pasivos, y por lo tanto comprometer la responsabilidad del Estado nación, todos los órganos que lo conforman, y serán órganos del Estado aquellos a los cuales se les haya encomendado el cumplimiento de una función pública, con la correspondiente atribución de potestades públicas.

Al aplicar esta regla a la Administración Pública, la doctrina ha señalado que es necesario "que el evento dañoso se produzca en el desenvolvimiento de actividades cuya titularidad corresponda a alguna persona pública o, lo que es igual, que el daño a terceros tenga lugar en el seno de alguna organización administrativa."<sup>(208)</sup>

Se hace necesario, empero, una vez definido que estamos ante una "organización administrativa", precisar qué sujetos pueden comprometer la responsabilidad de la Administración y cuáles su propia responsabilidad, es decir, qué sujeto deberá afrontar con sus propios bienes el pago de la indemnización y cuáles lo harán con el patrimonio del Estado.

Considerando que la Administración Pública está conformada por organismos centralizados y por organismos descentralizados y autónomos, la solución será distinta en cada uno de los casos. Los organismos centralizados se caracterizan por no tener un patrimonio propio distinto del patrimonio del Fisco, ya que carecen de personalidad jurídica propia y actúan en la vida jurídica con la personalidad del Estado, encontrándose vinculados al Presidente de la República mediante una relación jerárquica. Los organismos descentralizados, a su vez, como lo destaca el artículo 26 de la Ley N° 18.575, se caracterizan por poseer un patrimonio propio, personalidad jurídica propia y por relacionarse con el Presidente de la República mediante un vínculo de supervigilancia o tutela.

Además, estos organismos públicos, sean centralizados o descentralizados, comprometen la responsabilidad extracontractual pública, sea que respondan con el patrimonio del Fisco o con el suyo propio; pueden interactuar con entes privados a través de la contratación pública o por medio del sistema de concesiones, sembrando dudas, entonces, acerca de quién será el obligado cuando con la actuación de estos entes se provoca un daño a un particular, por no caber dentro del término "organización administrativa".

(208) LEGUINA Villa, Luis. La responsabilidad del Estado... Op. cit., página 14.

#### a) Los organismos centralizados

Estos organismos son, según las reglas administrativas, organizaciones dependientes o fiscales.

El artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone:

**Artículo 26, incisos 1° y 2°. Los servicios públicos serán centralizados o descentralizados.**

Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente.

Al carecer de personalidad jurídica y de patrimonio propio, si con su actividad estos servicios centralizados causan daño a un particular, comprometen derechamente la responsabilidad del Estado Fisco al cual pertenecen. La demanda, entonces, deberá intentarse en contra del Fisco, representado judicialmente por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado o por los Procuradores Fiscales, según corresponda. Serán, pues, las arcas fiscales las que cubran el pago de la indemnización en el caso de sentencia condenatoria.

#### b) Los organismos descentralizados

En los casos en que estos organismos administrativos causen con su actuación un daño a un particular, al tener personalidad jurídica y patrimonio propios, según lo preceptuado en el artículo 26, inciso 3°, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, deben responder extracontractualmente en forma directa.

**Artículo 26, incisos 1° y 3°. Los servicios públicos serán centralizados o descentralizados.**

Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial.

No hay responsabilidad del Estado Fisco, ni principal ni subsidiaria, a pesar de provocarse un daño que envuelva la responsabilidad extracontractual del Estado nación con el actuar de estos "entes jurídicos menores, entidades autárquicas...", ya que si se acciona contra estos entes, ellos son los directamente responsables y deben cubrir los daños con su propio patrimonio,..."<sup>(209)</sup>

(209) DIEZ, Manuel María. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Plus Ultra, 2ª edición, tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1980, página 439.

Esta afirmación, que pareciera indiscutible en la claridad de su planteamiento jurídico, no lo es tanto, sin embargo, en nuestra legislación, ya que el artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado afirma:

**Artículo 4º. El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.**

La redacción de este artículo ha llevado a un sector de la doctrina a sostener que sea que se trate de organismos centralizados o descentralizados será el patrimonio fiscal el que deba hacer frente al pago de la indemnización para el caso de incurrirse en responsabilidad.

¿Cómo se llega a esta conclusión? Porque, se dice, el artículo 4º dispone que "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración", de manera que no distingue de que tipo de órganos se trata, pudiendo comprender tanto los organismos centralizados como los descentralizados. Osvaldo Oelckers Camus reconoce que "en este artículo se funda también... la solidaridad del Fisco frente al daño que causen los organismos de la Administración del Estado, sea ésta centralizada o descentralizada."<sup>(210)</sup>

Con todo, pareciera ser este sólo un problema interpretativo, pues hasta el momento cuando el daño es causado por un organismo descentralizado se lo demanda derechamente, y la indemnización, si procede, se cobra en su propio patrimonio y no en el patrimonio fiscal.

Con motivo de la tramitación de la ley sobre Probidad Administrativa de los Organos de la Administración del Estado, en el Congreso Nacional se planteó la posibilidad de modificar este artículo. En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado "Se señaló, por vía de ejemplo, que con la disposición del artículo 4º actual el Fisco podría ser considerado responsable por hechos de las municipalidades que, sin embargo, la Constitución ha definido como corporaciones autónomas, con personalidad jurídica y patrimonio propios."<sup>(211)</sup> Es por ello, se sostuvo, debería modificársele y despejar las dudas doctrinarias que se suscitan. Se agregó que "Lo que pretende el proyecto en esta materia es precisar que quien responde por los efectos dañosos causados por un funcionario en ejercicio de su cargo es la persona

(210) OELCKERS Camus, Osvaldo. La Responsabilidad Civil Extracontractual... Op. cit., página 347.

(211) Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre Probidad Administrativa de los Organos de la Administración del Estado. Boletín N° 1510-07. Senado de la República, 10 de septiembre de 1997, página 17.

jurídica de la cual él es dependiente, o bien el Fisco, si el órgano o servicio de que se trate no está dotado de personalidad jurídica propia."<sup>(212)</sup>

El profesor **Rolando Pantoja**, en su calidad de asesor del Gobierno, informó que "La redacción de la norma, interpretada desde un punto de vista estricto, como se acostumbra en el derecho público, establece, en el fondo, una solidaridad legal, lo que no tiene ninguna base."<sup>(213)</sup> Y concluyó que "La Administración del Estado está constituida por organismos que tienen personalidad jurídica, los que responden por los daños que causen. Si se trata de servicios sin personalidad jurídica propia, esto es, un servicio fiscal, responde el Estado."<sup>(214)</sup>

Habiendo pasado los correspondientes trámites legislativos, la Comisión Mixta propuso la siguiente redacción para el artículo 4º de la Ley de Bases:

**Artículo 4º. Los organismos de la Administración del Estado con personalidad jurídica, y el Estado en el caso de los órganos de su Administración que carecen de ella, responderán de las lesiones que causen en los derechos de cualquier persona.**<sup>(215)</sup>

La referida modificación fue aprobada por el Congreso Nacional, pero no prosperó por haber mediado veto del Presidente de la República, el que se impuso en el Parlamento. Ahora bien, si alguna duda cabe en el futuro en relación a la redacción del artículo 4º, tendremos que esperar el sentido y alcance que atribuya a esta norma la judicatura, en tanto no medie una aclaración por parte del poder legislativo.

### c) Los concesionarios y contratistas

Más difícil que precisar los sujetos pasivos de responsabilidad dentro del campo de la Administración Pública *stricto sensu*, resulta definir si los concesionarios y contratistas pueden comprometer la responsabilidad de la Administración del Estado, cuando su actuar genera un daño. Estos entes privados gestionan una actividad en nombre de la Administración, pero no hay una integración formal en la "organización administrativa".

¿Cuál es la solución? La doctrina comparada ha dado dos respuestas:

(212) Ibid.

(213) Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, sobre Probidad Administrativa de los Organos de la Administración del Estado. Boletín N° 1510-07-3. Cámara de Diputados, 1 de diciembre de 1998, página 10.

(214) Ibid.

(215) Informe de la Comisión Mixta relativo al proyecto de ley sobre Probidad Administrativa de los Organos de la Administración del Estado. Boletín N° 1510-07. Senado de la República, 4 de mayo de 1999, página 51.

**1. Los concesionarios de servicios públicos y los contratistas son responsables** extracontractualmente de los daños que causen con su actividad. Esta opción considera que a la Administración Pública no le cabe responsabilidad en los perjuicios causados, por no haber gestionado directamente los servicios que los provocaron. Así concluye **Luis Marín Rebollo**: "... la indemnización de dichos daños debe estar a cargo de los propios concesionarios y contratistas. Con algunas excepciones: si el daño tiene su origen en cláusulas impuestas por la Administración que sean de ineludible cumplimiento, si es ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, si deriva de vicios del eventual proyecto de obras elaborado por la Administración, y, todo lo más, en supuestos límite de responsabilidad por omisión."<sup>(216)</sup>

Ahora bien: ¿Qué régimen jurídico cabe aplicar en estos casos?

La respuesta nos abre nuevamente dos alternativas: si consideramos que lo característico de la responsabilidad es la posición del contratista o concesionario frente al particular afectado, deberemos aplicar la normativa de responsabilidad del Derecho Privado, con la consiguiente carga probatoria que pesará sobre la víctima de tener que acreditar la culpa o dolo del autor del daño, pero si destacamos que lo relevante es la naturaleza pública de la actividad desplegada, independientemente de la naturaleza privada del organismo que la realiza, aplicaremos las normas de responsabilidad patrimonial contenidas en el Derecho Público.

**2. La Administración que contrató u otorgó la concesión es la responsable** de los daños ocasionados en el desarrollo de la actividad contratada o concedida. "La responsabilidad de la Administración es en estos casos directa en cuanto a su fundamento —dice **José Bermejo**—: aunque la relación entre concesionario y perjudicado es una relación entre dos personas privadas, se aplica un régimen de responsabilidad administrativa en función de la titularidad pública de la actividad."<sup>(217)</sup> Es, entonces, para este autor, la naturaleza de la actividad la que determina el sujeto obligado, esto es, la responsabilidad de la Administración Pública, y no la de los entes privados que la realizan. Posteriormente se decidirá quién asumirá definitivamente el pago de la indemnización, lo que dependerá de las relaciones jurídicas que vinculen a la Administración con los concesionarios y contratistas.

La primera de estas soluciones es expresión de la aplicación estricta de la regla enunciada; debido a que el daño a terceros no ha tenido lugar en el seno de alguna "organización administrativa". Por el otro lado, si una de las finalidades de la responsabilidad de la Administración es ser garantía del patrimonio individual, la segunda de las soluciones propuestas parece

(216) REBOLLO, Luis Martín. Op. cit., página 354 y 355.

(217) BERMEJO Vera, José. Op. cit., página 955.

ser la más adecuada, considerando que la víctima se excluirá del sistema subjetivo que impera en el Derecho Civil y perseguirá el pago de la indemnización en un patrimonio solvente. Sin perjuicio, del derecho que le asista a la Administración de perseguir la responsabilidad de los concesionarios o contratistas, haciendo valer la relación jurídica que los vincula.

Nuestra jurisprudencia, en el fallo Eliana Tirado Zilleruelo con Municipalidad de La Reina, aplicó el segundo criterio. Así, la sentencia de primera instancia rechazó la demanda en cuanto se dirigía en contra de la Empresa Constructora Pérez Cabrera, por ser la que realizaba los trabajos de excavación, y la acogió por lo que respecta a la Municipalidad de La Reina, en tanto y en cuanto la responsabilidad legal no es transferible, por contrato, a un tercero.<sup>(218)</sup>

Además, ésta parece ser la solución más justa, pues de lo contrario la Administración del Estado podría evitar premeditadamente incurrir en responsabilidad celebrando contratos u otorgando concesiones, para de esta forma, cuando se produzca un daño, forzar al particular a someterse a un régimen jurídico que le es más desfavorable que el que impera en el Derecho Público, donde se han dejado de lado los elementos subjetivos de la responsabilidad para configurarla atendiendo a elementos objetivos.

## Capítulo Noveno

### El derecho de repetición en contra del funcionario

#### 30. La actio in rem verso

Hemos analizado diversos supuestos de responsabilidad con falta en los cuales la Administración asume el pago de la indemnización al administrado, pese a existir exclusivamente falta personal del funcionario (cuando no está desprovista de todo vínculo con el servicio por haberse cometido la falta en el servicio o con ocasión de éste) o por acumulación de faltas o responsabilidades entre el funcionario y la Administración. Se llegaba a estas soluciones con el fin de no dejar desprotegida a la víctima del daño, en consideración a que el funcionario podría resultar insolvente.

La pregunta que nos hacemos ahora es: ¿Qué ocurre una vez que el Estado paga la indemnización al particular?

¿El funcionario que incurrió en falta no tiene ninguna obligación para con el Estado?

(218) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 78 (1981), parte II, sección 5ª, páginas 35 a 44.

**INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

**PREMIO NACIONAL SANTIAGO PRADO 2002**

**ESTUDIO DOCTRINARIO DE LA  
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL  
DEL ESTADO EN GENERAL Y DE LA  
ADMINISTRACION EN PARTICULAR**

**A la luz del Derecho comparado  
y del Derecho nacional**

ESTUDIO DOCTRINARIO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO