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

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

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

CAPÍTULO TERCERO

LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Las funciones de la responsabilidad extracontractual, en general

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

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

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

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

[219] En España, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Art. 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis; SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.), *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1971; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª ed., Madrid, Civitas/Universidad de Deusto, 1993, p. 60; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 48, 56 y 62; SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar*, *op. cit.*, pp. 106-107 (aunque situándola en un plano secundario); ROCA TRÍAS, Encarna, *Derecho de Daños. Textos y materiales*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 24-25. En Alemania, LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München, C. H. Beck, 1987, p. 424; DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1976, pp. 69, 73 y 77; ESSER, Josef; WEYERS, Hans-Leo, *Schuldrecht. Band II. Besonderer Teil*, 7.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1991, p. 526 (en lo referente al sector de los accidentes, y poniendo de relieve la pérdida de importancia que esta función —como las otras tradicionalmente asignadas a la responsabilidad civil— ha experimentado como consecuencia de la proliferación del fenómeno asegurativo —público y privado—); HAGER, Johannes, «Vorbemerkung zu den §§ 823 ff», en AA. VV., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13.ª ed., Berlin, Sellier - De Gruyter, 1999, p. 10. En Italia, TRIMARCHI, Pietro, *Causalità e danno*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 53 y 134; PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 25-30; FRANZONI, Massimo, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, CEDAM, 1988, p. 19; JANNARELLI, Antonio, «Responsabilità civile: funzioni e disciplina generale», en BESSONE, Mario (Coord.), *Istituzioni di diritto privato*, 3.ª ed., Torino, Giappichelli, 1996, p. 947. En Francia, TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2.ª ed., Paris, Economica, 1989, pp. 142-145.

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

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

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

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

Una segunda función de la responsabilidad civil generalmente admitida es la *preventiva*: las normas de responsabilidad civil, además de indemnizar, sirven —y deben servir— para prevenir la producción de daños. Debe señalarse, inmediatamente, que la admisión de esta función encuentra una especial resistencia en la doctrina española; una parte importante de la doctrina civilista de nuestro país, en efecto, niega la función preventiva de la responsabilidad [221]. Para SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA, ello se explica, en gran medida, porque dicha doctrina no distingue, muchas veces, entre prevenir y castigar, entre prevenir y retribuir [222].

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

> Desde los planteamientos del *Law & Economics* se considera, en efecto, que el Derecho de daños debe servir para reducir la suma de los *costes* de los accidentes y de los costes de evitarlos [227]. Costes que, según la ya clásica distinción efectuada por CALABRESI, son de tres tipos: los costes inmediatos de los accidentes, vinculados a su número y gravedad (costes primarios), los costes sociales —o de indemnización— de los mismos (costes secundarios) y los costes de administración del sistema elegido para resarcirlos (costes terciarios) [228].
>
> Obsérvese la diferencia entre el planteamiento dogmático continental que podemos llamar «clásico» y el del análisis económico del Derecho: la doctrina continental que apuesta por la función preventiva de la responsabilidad civil cree que ésta debe servir para evitar daños, sin reparar en los costes que dicha prevención conlleva; desde el análisis económico del Derecho se señala que la responsabilidad civil debe servir para reducir el *coste* de los accidentes (de los daños), lo que exige, obviamente, reducir el número y gravedad de los accidentes (esto es, evitar los daños), pero *no a cualquier precio* [229]: hay que evitar, preve-

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> No puede concluirse una exposición de las funciones que se han atribuido a la responsabilidad civil sin antes mencionar el enorme impacto que sobre dicha institución y —sobre todo, en lo que aquí nos interesa— sobre sus funciones han tenido la proliferación del fenómeno asegurativo y la progresiva extensión de la cobertura de la seguridad social. Las víctimas de daños, por un lado, gozan, en efecto, actualmente, de una amplia protección pública (los daños corporales, p. ej., son cubiertos, en gran medida, por la sanidad pública; la Seguridad Social, a su vez, otorga gran cantidad de prestaciones económicas para las más variadas contingencias: incapacidad laboral —en sus distintos grados—, viudedad, etc.); estas mismas víctimas, además, a menudo habrán contratado un seguro privado voluntario (los seguros contra todo tipo de riesgos son muy frecuentes, p. ej., en el ámbito de la circulación de vehículos a motor), que indemnizará los daños que puedan sufrir en sus bienes y/o persona con independencia de que hayan sido ocasionados por un tercero susceptible de responder civilmente. En cuanto a los causantes de daños, es cada vez más habitual que aseguren la responsabilidad civil en que puedan incurrir; el aseguramiento de la responsabilidad civil es incluso obligatorio en determinados sectores de actividad (normalmente sometidos a responsabilidad objetiva): circulación de vehículos a motor, navegación aérea y marítima, caza, desarrollo de actividades nucleares son algunos ejemplos del ordenamiento español.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[240] García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 174, 176 y 211-212; García de Enterría, Eduardo; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso..., II*, *op. cit.*, pp. 356, 373, 375 y 395; Martín Rebollo, Luis, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2799; Martín Rebollo, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, p. 29; Martín Rebollo, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 360-362; Leguina Villa, Jesús, «El fundamento de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 526; Font i Llovet, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad...", *op. cit.*, p. 238; De Ahumada Ramos, Francisco Javier, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 79, 86 (entre otras).

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

[242] Font i Llovet, Tomàs, «Hacia la "escala" de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 238; Desdentado Daroca, Eva, «Reflexiones sobre el artículo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO CUARTO

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

Hacia una responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos

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

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

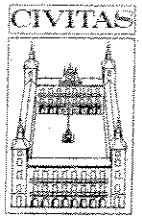
CONSEJO EDITORIAL

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

ORIOL MIR PUIGPELAT

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

HACIA UN NUEVO SISTEMA

Prólogo de
Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

BIBLIOTECA
L. CORDERO - C. BRUNAUD