

Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa

Sumario: I. La teoría subjetivista de la responsabilidad. II. La responsabilidad patrimonial del Estado. III. La evolución de la teoría en el Derecho español. IV. Un repaso a la jurisprudencia. V. La reacción crítica. VI. Propuesta de modificación del Título X de la Ley 30/1992.

I. LA TEORIA SUBJETIVISTA DE LA RESPONSABILIDAD

1. La teoría de la indemnización (o de la responsabilidad civil o patrimonial) tiene su tronco común en la declaración que se contiene en el artículo 1.101 del Código Civil: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

Obsérvese que este precepto no se reduce a las obligaciones contractuales, ya que anteriormente, en el artículo 1.089, se nos ha dicho que «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». Lo que sí interesa subrayar es que, cualquiera que sea el tipo de obligación infringida, la causa de la indemnización está en la actuación u omisión del sujeto: dolosa, negligente, morosa o causante de cualquier tipo de infracción. Sin estas notas no hay daño indemnizable.

Tratamiento específico tiene en nuestro Código Civil la responsabilidad extracontractual o aquiliana. La regla general la establece el artículo 1.902: «El que por acción u omisión causa daño a otro, *interviniendo culpa o negligencia*, está obligado a reparar el daño causado. Se parte, pues, de la conducta —culposa o negligente, en este caso— del sujeto; pero inmediatamente los supuestos de responsabilidad se amplían:

a) Los daños causados por otros sujetos sometidos a la potestad civil o vigilancia del responsable: padres, tutores, empresarios... (art. 1.903), incluso maestros, en relación con sus discípulos, hasta la Ley 1/1991, de 7 de enero. Para justificar la culpa, se acude en estos casos a la culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

b) A la condición de propietario: de animales (1.905), o fincas o inmuebles (1.906 a 1.910).

2. Como observa SANTOS BRIZ, existen unos elementos comunes a todos los supuestos de responsabilidad por daños. Abarca tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual (arts. 1.101 y 1.902) y en último término a la responsabilidad civil derivada de delito.

Estos elementos son:

a) La acción u omisión de la que deriva el daño: toda conducta humana voluntaria y por tanto objetivamente imputable a un sujeto. Incluye las consecuencias que razonablemente se derivan de dicha conducta.

b) La antijuridicidad o lesión de intereses jurídicamente protegidos (tanto por la ley, como por previo contrato: NIPPERDEY). Los Códigos Civiles europeos difieren en esta materia:

a) Los de influencia germánica incluyen esta nota (*widerrechtlich*); y el propio Código Civil italiano (art. 2.043) habla de actos dolosos o culposos «...che cagiona ad altri un danno ingiusto» (que algunos interpretan simplemente «no justificado»).

b) Los Códigos Civiles influidos por el *Code* francés (art. 1.382) —como es el caso del Código Civil, art. 1.902— no mencionan expresamente dicha nota, aunque un sector doctrinal (el propio SANTOS BRIZ) la consideran implícita: es decir, el demandante debe justificar que el bien lesionado está jurídicamente protegido.

c) Son causas excluyentes de la antijuridicidad (o de responsabilidad):

1.º Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho: *qui iure suo utitur neminem laedit*.

2.º Obrar en legítima defensa o en estado de necesidad.

3.º El consentimiento del dañado: *volenti non fit iniuria*.

4.º ¿Cabe el pacto de exoneración? En principio cabe la aceptación pactada del riesgo. Pero ¿se supone el pacto ante anuncios por carteles o simples cláusulas unilateralmente redactadas en billetes, tickets, etc.? En casos de duda debe optarse por la responsabilidad, pues no debe presumirse la renuncia del perjudicado.

c) El dolo o la culpa. El primero exige intencionalidad o cuando menos malicia (suele coincidir con la mala fe); mientras que la culpa se identifica con la negligencia (falta de diligencia: «es la conducta voluntaria contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio» SANTOS BRIZ).

Téngase en cuenta que la introducción sectorial de la responsabilidad por riesgo acaba con la idea de culpa (en materia de uso de vehículos a motor, ni siquiera el fallo de los frenos exime de responsabilidad). (Curiosamente SANTOS BRIZ piensa que ni siquiera en estos casos está ajena la idea de culpa, sino «sólo una presunción de culpa» del conductor).

3. En resumen, la teoría tradicional de la responsabilidad (contractual o aquiliana) pivota sobre la idea de la ilicitud de la conducta del causante del daño, aunque incluyendo en tal conducta ilícita la culpa *in vigilando* o *in eligendo* (responsabilidad por hechos ajenos), el deber de conservar en buen estado la cosa propia (responsabilidad del propietario) y la creación de riesgo.

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

1. La aplicación al Estado de la teoría de la responsabilidad tropezó, en sus inicios, con obstáculos que parecían insalvables y, para llegar a la situación actual (insatisfactoria ahora por el extremo opuesto; y ésta es la tesis que me propongo mantener) ha sido necesario superar viejos dogmas. En primer lugar, el de la irresponsabilidad por los daños causados por los actos del Poder; en segundo lugar, el problema que plantea la transferencia de la imputación por dolo, culpa o negligencia de la persona física-funcionario al Estado; en fin, la dificultad de ampliar el punto de vista subjetivo al punto de vista objetivo: es el daño causado el que determina la obligación de indemnizar, esto es, la necesidad de buscar un responsable. Veamos cómo se desarrollan estas tres fases de la evolución.

2. El dogma de la irresponsabilidad por los actos del poder arranca de la vieja y preconstitucional doctrina del *ius eminens* (con su formulación anglosajona: *the King can do not wrong*), explicable dentro del contexto del «origen divino del poder» que curiosamente mantuvo todavía su vigencia cuando los poderes absolutos del Príncipe habían sido ya heredados por la soberanía nacional. A finales del siglo XIX aún pudo decir LAFERRIÈRE: «Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación».

El tránsito hacia la actual teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración se inicia ya en la etapa del *Polizeistaat*, con la construcción de la teoría del Fisco —tan brillantemente descrita en la obra de Otto MAYER—, admitiendo, frente a la inmunidad del Príncipe, la posibilidad de demandar ante los Tribunales al Fisco, cuando el Estado actuaba en relaciones jurídicas de carácter civil semejantes a las que se establecían en el comercio jurídico entre particulares, e incluso en aquellos casos en que se demandaban indemnizaciones expropiatorias, siendo las expropiaciones «actos del poder». (Curiosamente en nuestro propio Ordenamiento positivo —como es sabido— la actual responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su antecedente reciente en el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa.)

Empero, el desarrollo independiente de estas dos teorías (indemnización expropiatoria y responsabilidad patrimonial) hubo de ser necesariamente advertido y explicado por la doctrina. FORSTHOFF afirma tajantemente que «la reparación de los daños causados por actividades del Poder Público del Estado es diferente tanto en su fundamento jurídico como en su naturaleza, según que el acto sea lícito o ilícito». Ahora bien, como no todos los casos están incluidos en esta dicotomía, propone adoptar la siguiente división tripartita: 1) reparación por acto delictivo o ilícito (responsabilidad del Estado, *Staatshaftung*); 2) indem-

nización (*Entschädigung*) por acto no delictivo y lícito (expropiaciones y cargas particulares) y, en fin, 3) indemnización por riesgo.

3. La siguiente fase en la evolución conceptual que nos ocupa consiste cabalmente en la transferencia de la responsabilidad del funcionario, autor directo del daño, al Estado (o, desde un punto de vista más práctico, a la Administración a la que sirve). La explicación jurídica de esta transferencia de responsabilidad se facilita si se tiene en cuenta lo siguiente:

a) La aceptación de la teoría jurídica de la personalidad del Estado (o de la Administración) que hace posible la aparición de un sujeto jurídico susceptible de imputación (en el caso inglés, la posibilidad de demandar a la Corona, lo cual no sucede hasta la aprobación de la *Crown Proceeding Act*, de 1947).

b) La admisión de la «falta del funcionario» como *falta de servicio (faute de service)*, incluso en los casos de falta grave (*faute lourde*) consecuencia de la «despersonalización del funcionario» que se convierte en una pieza anónima (imposible de localizar por el lesionado) en el complicado complejo de la burocracia moderna.

c) En fin, en la sustitución de la responsabilidad *subsidiaria* (es decir, para el supuesto de que el funcionario sea insolvente) por la responsabilidad *directa* de la Administración (independientemente, pues, de la solvencia o no del funcionario causante directo del daño).

4. Finalmente, el tránsito de la responsabilidad *subjetiva* a la responsabilidad *objetiva* constituye, para un sector doctrinal, la culminación del proceso de perfeccionamiento de la teoría de la responsabilidad patrimonial. Digamos, sin embargo, que la recepción legislativa o jurisprudencial de supuestos de responsabilidad por riesgo objetivo se ha venido produciendo en la práctica sin necesidad de distorsionar las ideas originarias (dolo, culpa, negligencia, ilícito en general...) que postulaba tradicionalmente la idea de la responsabilidad subjetiva: simplemente, ha coexistido con los supuestos clásicos. Y un buen ejemplo de ello nos lo proporciona el propio Derecho Civil con la responsabilidad objetiva por los accidentes causados por el uso de vehículos a motor.

III. LA EVOLUCION DE LA TEORIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Nuestro Código Civil (art. 1.903, párr. 5.º) establece en relación con el Estado una norma singular: «El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior». Dada la excepcionalidad del supuesto —pues el Estado actúa normalmente a través de sus funcionarios o empleados— la remisión al artículo anterior (1.902) significaba la exclusiva responsabilidad del funcionario; y aún así, el particular dañado se iba a encontrar con la protección especial que para el funcionario se desprendía del ordenamiento positivo, a saber: 1) hasta fines del siglo XIX, con la exigencia de autorización previa para procesar (hoy reducida al suplicatorio

de los Diputados y Senadores que como trámite previo establece el artículo 71.2 de la Constitución), y 2) con el recordatorio previo al ejercicio de acciones de responsabilidad civil exigido por la llamada Ley Maura, de 5 de abril de 1904.

Pero, sobre todo, la «protección especial del funcionario» se encontraba en su casi segura insolvencia; una situación, por consiguiente, absolutamente insatisfactoria desde el punto de vista del dañado o lesionado en sus bienes y derechos.

No es el momento de repetir aquí la tan conocida historia legislativa del tránsito de tan clara situación de irresponsabilidad estatal a la privilegiada posición que el lesionado hoy ocupa: artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954; artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957 (recogido sin modificaciones en el art. 139.1 de la Ley 30/1992) y, sobre todo, constitucionalización del principio en el artículo 106.2 de la Constitución española.

2. La piedra angular de nuestro Derecho positivo se encuentra, pues, en el reconocimiento del derecho a la indemnización por toda lesión que los particulares sufran, «siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (art. 139.1 LRJPAC). Es imposible llegar a más. Empero, puede resultar útil realizar algunas precisiones:

a) Por lo pronto, indemnización y responsabilidad se tratan como dos institutos diferentes. El primero se contempla en el artículo 33.3 CE del cual se desprende que la indemnización no es sino la conversión en su equivalente económico del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho del que su titular sea privado «por causa justificada de utilidad pública o de interés social». En estos supuestos (expropiatorios) la Administración actúa no ya sin culpa o negligencia, sino lícitamente; tan lícitamente que, supuesta la función social de la propiedad que se proclama en el artículo 33.2, cabe modular la cuantía de la indemnización en relación cabalmente con el cumplimiento de esa función (incluso se admite la expropiación-sanción). Por el contrario, la responsabilidad se regula en el artículo 106.2, y el uso de la palabra «indemnizados» no nos debe confundir sobre la naturaleza de la acción de responsabilidad que se atribuye al particular lesionado.

b) No se hace referencia a los daños producidos por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa, lo cual —aparte de que cada vez son más difíciles de admitir— no significa que no sean o no puedan ser fuente de responsabilidad.

c) En fin, los casos de fuerza mayor exoneran de responsabilidad. Aquí basta con que nos remitamos a la problemática que estos casos plantean en la teoría general del Derecho. Cabe preguntarse si los perjuicios y daños sufridos por los particulares como consecuencia de atentados terroristas se deben calificar como fuerza mayor o como anormal funcionamiento de los servicios públicos (de seguridad, en este caso). La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 nos dice: «No puede confundirse la responsabilidad patrimonial del Estado, que es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, con la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por una persona por la

realización de una conducta delictiva, aunque se trate de un acto terrorista, pues en este caso la indemnización debida recae sobre la persona criminalmente y no sobre toda la comunidad, salvo que el Estado, por razones de solidaridad con las víctimas, decida, mediante una disposición con rango suficiente, asumir en todo o en parte la expresada indemnización». La tal disposición «con rango suficiente» ha sido efectivamente promulgada y se contiene en la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre (arts. 24 y 25), actualizada en los artículos 93 a 96 de la Ley 13/1996, de acompañamiento de la Ley de Presupuestos para 1997. Sin embargo, posteriores Sentencias del Tribunal Supremo (21 de mayo de 1987 y 27 de diciembre de 1988) admiten la acumulación de peticiones de la víctima; indemnización legal y, además, la solicitada por mal funcionamiento del servicio. La Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1996 (caso *Hipercor*) constituye un hito en la materia¹.

e) A pesar de que, como se ha visto, la Constitución sólo habla del «funcionamiento de los servicios públicos», la Ley 30/1992 vuelve a reiterar la redacción del artículo 40 de la Ley de 1957: «... siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

IV. UN REPASO A LA JURISPRUDENCIA

1. Hay que reconocer que la generosa redacción legislativa ha propiciado en nuestro Derecho una también generosa línea jurisprudencial (incluso, a veces, discutiblemente generosa) que ha colocado a nuestro Derecho de responsabilidad por actos de las Administraciones Públicas a la vanguardia del Derecho comparado. Adelantando ideas, digamos desde ahora que la jurisprudencia más reciente afirma, de entrada, en sus Sentencias más significativas, que «siendo la responsabilidad de la Administración Pública directa y objetiva...» —y supuesto que no exista causa de fuerza mayor, o ruptura del nexo causal— procede estimar la indemnización solicitada². Pero hay que observar que dicho esto

¹ En este caso se concedió al demandante indemnización por fallecimiento en el atentado terrorista de Hipercor de Barcelona, desestimándose por el Tribunal Supremo el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que había reconocido el derecho a indemnización por cuantía de 45.000.000 de pesetas al reclamante por fallecimiento de su esposa y dos hijas con motivo del referido atentado. En el expediente previo, el Consejo de Estado había mantenido la inexistencia del nexo causal directo entre la actividad administrativa y los daños producidos, ya que éstos fueron «obra directa de los terroristas», pero —afirma el T. S.— «tal circunstancia no impide para que haya de reconocerse, al modo que señalábamos en la Sentencia de esta Sala y Sección, de 27 de noviembre de 1993, que hubo una cierta relación de causalidad entre la constatada conducta homicida, por no adoptarse las debidas precauciones ... y el dramático desenlace, que justifica la imputación de los daños producidos a la Administración, en razón de la concurrencia de ese nexo causal entre el daño cuya reparación se pretende y el funcionamiento defectuoso del servicio público, dimanante de la omisión de aquellas actuaciones que antes relatábamos...». Por lo demás, se añade, «... la indemnización pretendida en el proceso resulta distinta y compatible con la derivada de la especial legislación reguladora de los resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, como muestra de solidaridad con aquéllas, según ya declaró esta Sala en la Sentencia de 27 de diciembre de 1988...».

² En la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1995 se afirma en el Fundamento Jurídico 3.º: «Esta Sala ha declarado, entre otras cosas, en sus

—generalmente en el primero de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia— a continuación y seguramente por estimar que tan simple razonamiento no suele resultar convincente, se entra en el análisis de lo sucedido para intentar demostrar que efectivamente ha habido un mal funcionamiento del servicio público. Válganos como ejemplo la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1988: como consecuencia de una denuncia (que luego no prosperó) fue detenido por la policía, estando reunido en claustro, un profesor de EGB que, como consecuencia, hubo de soportar «las vejaciones inherentes a toda clase de detenciones de la policía, pues a pesar del trato correcto de que fue objeto, tuvo que posar de frente y de perfil para un fotógrafo, estampar las huellas dactilares en una cartulina, compartir calabozo y coche celular con verdaderos delincuentes, ser observado por muchas personas a la salida del Consejo acompañado por la policía, y a la salida de la Comisaría para subirse en dicho coche celular, y para colmo de males, su fotografía se encuentra actualmente en los ficheros de la policía, en el mismo cajón de fotos que se enseñan a violadores de mujeres». Pues bien, para el Tribunal Supremo, el funcionamiento de la policía fue absolutamente normal, por lo que no hubo lugar a indemnización.

Aún así, la Sentencia —obligada por el texto del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico— se plantea a continuación si, no obstante el funcionamiento normal que se acaba de apreciar, se deriva responsabilidad en este caso. Y el Tribunal Supremo entiende que no, ya que «no es sólo que ni siquiera haya error o negligencia en la actuación policial, es que falta el nexo causal necesario para la imputación a la organización administrativa de los posibles daños causados por su funcionamiento normal». Entiendo, sin embargo, que el razonamiento es forzado y que las cosas son bastante más sencillas: no hay responsabilidad simplemente porque el funcionamiento del servicio ha sido normal. Por eso,

Sentencias de 5 de febrero y 20 de abril de 1991, 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 y 25 de febrero de 1995, que la responsabilidad patrimonial de la Administración concretada en los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, y, respecto de los entes locales, por el artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, se considera como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado». Sin embargo, y como luego veremos, hecha esta afirmación, parece como si la Sala se quedase con la sensación de haber dado una razón insuficiente, por lo que a continuación se añade: «en el caso enjuiciado por la Sala de Instancia, los fuegos de artificio se llevaron a cabo con la preceptiva licencia municipal y la ignición de la traca productora de las lesiones al menos la realizaron dos miembros de la Hermandad organizadora de los festejos, por lo que esta exhibición pirotécnica no puede ser calificada de clandestina, en contra del parecer de la Administración recurrente, y por consiguiente, aunque se hubiese concedido la licencia con la antes aludida cláusula de exoneración, los servicios de policía municipal ..., debieron velar para que se adoptasen las medidas de seguridad idóneas con el fin de evitar los riesgos derivados de esta clase de actividades, como exige el artículo 1.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales...». La justificación parece estar aquí en el permiso del Ayuntamiento para la creación del riesgo y en la falta de vigilancia de los servicios de policía municipal.

cabe preguntarse ¿qué hubiese ocurrido si, como consecuencia de la conducción del detenido, se hubiese lesionado al entrar o salir del coche policial?

La Sentencia de la Sala 4.^a (Sección 4.^a) del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1991 nos dice: «Se trata de una lesión que causa un perjuicio que como tal resulta ilegítimo, es decir, que en ningún caso es conforme a Derecho, ni debía haber sido sufrido por el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de los servicios. Por tanto, cualquiera que sea la posición doctrinal que se mantenga sobre la polémica relativa a la distinción entre responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, se llega a la consecuencia de que quien sufrió el perjuicio no estaba obligado a soportarlo». (Lo cierto es que quien suporta un daño por causa de fuerza mayor, tampoco está obligado a soportarlo: el tema es siempre el mismo ¿quién y por qué ha de asumir los perjuicios soportados por la víctima?)

Hay que referirse, asimismo, a aquellas Sentencias de nuestro Tribunal Supremo en las que —a mi juicio, precipitadamente— se da por sentado que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial es objetivo, es decir, que la Administración responde en cualquier caso y que lo más que se puede admitir a su favor es que la conducta de la víctima incida sobre el resultado dañoso. En ese sentido, la Sentencia de la Sala 3.^a (Sección 6.^a) de 29 de mayo de 1991, en cuyo Fundamento Jurídico 2.^o se lee: «La Administración responde de manera directa y objetiva según el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 106.2 de la Constitución española, de toda lesión que los particulares sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento, tanto normal como anormal, de los servicios públicos, prescindiendo de toda suerte de ilicitud o culpa, esto es, al margen de cual sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, como con reiteración tiene declarado la Jurisprudencia de este Tribunal, como corresponde a un ordenamiento inspirado en la reparación de los daños imputables al funcionamiento administrativo, incluyendo así tanto los daños ilegítimos derivados de una actuación culpable, como los daños anudados a una actividad lícita e irreprochable de los servicios de la Administración (pues) aún en los casos en que se aceptase que el empleo de armas de fuego por la policía para detener a una persona que huye de control es un funcionamiento normal del meritado servicio, es obligado atribuir a la Administración la responsabilidad de los daños causados al amparo del artículo 40 antes mencionado y del 106 de la Constitución, que es justamente la ocurrencia del caso de autos, en el que la sospechosa huida de quienes resultaron muertos alejó toda idea de peligro para los agentes de la policía, toda vez que los fallecidos se limitaron a emprender la huida motivados porque en el coche en que viajaban portaban cantidad de género de contrabando; en esta circunstancia el empleo de armas de fuego con resultado irreparable es estimado como medida desproporcionada y excesiva por la falta de agresión, lo que hace notoria e injustificada la medida de detención de personas que huyen; en síntesis, existe desproporción entre el hecho de no atender el alto del control policial y la reacción de la fuerza actuante». A mi juicio, el razonamiento no es convincente, pues una de dos: o la reacción de la policía fue proporcionada al hecho determinante del uso de las armas de fuego o, como se dice en la

Sentencia, hubo una medida desproporcionada y excesiva, lo cual es tanto como reconocer funcionamiento anormal del servicio. Más matizada es, por eso, la doctrina desestimatoria que sienta la Sentencia (Sala 3.^a) de 15 de mayo de 1984 (en la carretera había señalización de «firme irregular»); o la de 11 de febrero de 1987 (la mancha de aceite que provocó el accidente posiblemente se debió a derrame o pérdida de un vehículo, sin que conste si fue inmediatamente anterior, pero en cualquier caso intervención de un tercero ajeno a la Administración). La discutible solución de esta Sentencia salta a la vista³.

3. Por contraste, el Tribunal Supremo encuentra más cómodo su razonamiento cuando puede basarlo desde el principio en el funcionamiento anormal o defectuoso del servicio público. Así, la muy comentada Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975, resuelve un curioso caso de responsabilidad de la Administración Local. Un enfermo mental internado en un hospital perteneciente a la Diputación Provincial de Granada se arrojó por una de las ventanas del edificio, cayendo sobre una pareja de novios que casualmente pasaba por la acera, causando la muerte de él y lesiones a ella. Denegada la petición de indemnización en vía administrativa por la Diputación Provincial, fue reconocida por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Granada y confirmada por el Tribunal Supremo. De la doctrina que sienta en su Sentencia, interesa subrayar: 1) que el servicio público «funcionó de modo defectuoso, puesto que dio lugar a que el enfermo se arrojase por la ventana en su intento de suicidio, resultado patrimonialmente atribuible a la Corporación, que no puede exonerarse del mismo invocando, como ha hecho, su imputación a la acción de terceros, puesto que el pereturbado no constituía un agente extraño al funcionamiento del Centro, sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina»; 2) que «sería igualmente responsable objetivamente la Corporación aunque los servicios hubiesen funcionado perfectamente, ya que el enfermo procedía del edificio donde el servicio se prestó, en relación con el cual señala el artículo 1.910 del Código Civil que el ocupante responde de los daños causados por lo que se arroje o caiga de un inmueble, sin que aquí proceda hacer distinción entre

³ Aparte de las Sentencias que se citan en la nota anterior, es frecuente encontrar pronunciamientos del Tribunal Supremo que tratan de imponer límites a la desmedida extensión de la responsabilidad objetiva, deteniéndose en el análisis de las circunstancias del caso concreto. En la Sentencia de la Sala 3.^a de 16 de marzo de 1995 (accidente de tráfico consecuencia del defectuoso estado de la señalización de la carretera) se lee en el Fundamento Jurídico 2.^o: «La primera enseñanza jurídica que da el mentado precepto es que no se trata de una responsabilidad objetiva derivada de cualquier lesión que el particular sufra en sus bienes y derechos; sino que dicha lesión siempre ha de ser consecuencia ... del funcionamiento de los servicios públicos, entendido en su sentido amplio, como actividad de la Administración en cualquiera de sus manifestaciones. La segunda enseñanza jurídica ... es que el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas». A continuación (Fundamento Jurídico 3.^o) la Sentencia recuerda los preceptos del Código de la Circulación (arts. 39 y 41 del entonces vigente) que recogen el principio de que en todo caso la Administración habrá de mantener la calzada libre y expedita, debiendo señalar convenientemente la existencia de posibles obstáculos en la carretera que impidan o dificulten la circulación; es decir, «no basta con tener señalización, sino que ésta habrá de ser adecuada». Y al no serlo en el caso de autos, procede declarar la indemnización solicitada.

objetos o personas». Obsérvese que, en cualquier caso, la Sentencia acude, en el caso de funcionamiento normal, a un supuesto clásico de responsabilidad objetiva (*fait des choses*).

La Sentencia de la Sala 4.^a de 22 de julio de 1988 resuelve un supuesto que, desgraciadamente, resulta ser frecuente en nuestras cárceles: la muerte de un recluso asesinado por sus compañeros. Para el Tribunal Supremo, el desarrollo de los hechos «implica que el servicio público de prisiones funcionó deficiente o anormalmente, el servicio de vigilancia en la galería en que ocurrieron los hechos brilló por su ausencia, las cerraduras de las celdas resultaron ser muy deficientes, en la comisión de los hechos tomó parte activa como coautor necesario un recluso adscrito al servicio que gozaba de libertad de movimiento», todo lo cual «permite en este caso una imputación de negligencia a la gestión del servicio público carcelario que supone indudablemente una declaración de responsabilidad de la Administración». En supuesto análogo, la Sentencia de la misma Sala de 15 de julio de 1988 declara que tratándose de una responsabilidad objetiva, no requiere más requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño». Sin embargo, a continuación se extiende sobre la «mala situación y defectuoso funcionamiento de los servicios del Centro Penitenciario». En qué quedamos: ¿responsabilidad objetiva o mal funcionamiento del servicio? La Sentencia de 13 de junio de 1995 —en caso análogo de interno asesinado en centro penitenciario— entra a examinar cómo funcionó el servicio: «... el riesgo para la vida del interno que fue asesinado resultaba conocido para las autoridades penitenciarias, pues el infortunado se dirigió en tres ocasiones a la Dirección del Centro, poniendo en su conocimiento tal situación».

El suicidio de un enfermo internado en el Hospital Psiquiátrico dependiente de la Diputación Provincial de Badajoz conduce, asimismo, a la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987 a declarar la responsabilidad patrimonial de dicha entidad pública por entender que «ha incurrido por lo menos en culpa *in vigilando* y es la negligente vigilancia de aquella la que ha permitido el desencadenamiento de ese resultado de muerte». Hay que entender, pues, *a contrario*, que si la vigilancia hubiese sido correcta no habría habido condena indemnizatoria. Y así se explica, en cambio, que se declare la obligación de indemnizar por los daños causados, por falta de protección policial, en una manifestación autorizada (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986). (La solución será distinta si la manifestación es ilegal y violenta, como veremos en seguida.)

Tiene, asimismo, su fundamento en el mal funcionamiento del servicio la condena de indemnización del Ayuntamiento de P., que declara la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1987. El reclamante funda su reclamación en la muerte de su madre al caer en una sepultura abierta del cementerio municipal no señalizada ni protegida. Y, asimismo, el anormal funcionamiento de un ascensor utilizado por la limpiadora que trabajaba en el Hospital de Maternidad al abrirse la puerta de acceso indebidamente y provocando su caída al foso en la planta sótano, es el fundamento que acoge la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1988 para condenar a la Administración.

La pregunta en los estos casos es siempre la misma: ¿y si no se hubiese probado el mal funcionamiento o la negligencia administrativa? Alguna Sentencia contesta tajantemente: pues que no hay lugar a indemnización. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1994 niega indemnización a manifestante lesionado por la Guardia Civil, pues «el deber jurídico de soportar el daño existe cuando el lesionado se ha colocado en una situación de riesgo, tomando parte voluntariamente en una manifestación ilegal y violenta...» (y ¿no se coloca en esa misma situación de riesgo el contrabandista que huye desatendiendo el «alto» de la policía que referíamos en Sentencia anteriormente citada?).

4. El hecho, empero, es que nuestro Derecho positivo habla expresamente del funcionamiento *normal* de los servicios públicos y, si esto es así, ¿qué se requiere para que se declare la responsabilidad de la Administración cuando el funcionamiento del servicio público ha sido normal? ¿se trata quizá de un exceso verbal del legislador que no tiene aplicación práctica posible? Ciertamente nuestro Ordenamiento positivo ha abierto aquí un supuesto de responsabilidad sin falta que tiene su causa en el funcionamiento normal de los servicios públicos y su fundamento en un principio de solidaridad y de reparto entre los administrados de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos y las obras públicas. Recordemos, en primer lugar, la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1971, que, con un criterio innovador que merece ser subrayado y alabado, reconoce el derecho a indemnización por los perjuicios causados a determinados vecinos de una calle cuyos domicilios e industrias resultaron perjudicados por privación de luz y ventilación y dificultad de acceder a los mismos, con motivo de las obras públicas ejecutadas en las vías de acceso a una carretera general. La existencia de tales daños se da por supuesta en la Sentencia; al haberse elevado la nueva calle con respecto a la anteriormente existente, surge una vía de comunicación en forma de rampa que deja los accesos de las casas afectadas en una especie de fosa de difícil comunicación y de escasa luz y ventilación. Probada la existencia del daño o perjuicio, el Tribunal Supremo da lugar a la indemnización. Análoga doctrina se reitera en la Sentencia de la Sala 4.^a, de 9 de abril de 1985; y en parecido supuesto, es más matizada la Sentencia (Sala 3.^a) de 30 de enero de 1989, puesto que hay que distinguir entre «un derecho subjetivo a la existencia de un acceso en las mismas condiciones en que se hallaba con anterioridad a la obra de urbanización y el derecho de los particulares a no ser dañados aún en el caso del ejercicio de un derecho legítimo por parte de la Administración».

La Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1974 fue criticada (NIETO), al resolver la reclamación de indemnización formulada contra el Estado español por una serie de ciudadanos y empresas españolas residentes en la Guinea Ecuatorial a los que impuso una fuerte multa el Presidente de aquella República «por haber colaborado con la prensa y Televisión Española en las difamaciones e insultos proferidos al Jefe del Estado Guineano, hasta el extremo de denominarlo terrorista». El fundamento de la reclamación consistía en entender que los daños sufridos en su patrimonio por los afectados por las multas habían sido consecuencia del funcionamiento de Televisión Española, servicio público del entonces Ministerio de Información y Turismo. La Sentencia, marcando un auténtico hito en la doctrina sobre responsabilidad

de la Administración —hasta el punto de que algún prestidigitador comentarista ha podido calificarla de sorprendente— estima el recurso y, por consecuencia, condena a la Administración a abonar las reparaciones solicitadas.

Son asimismo supuestos de responsabilidad los que derivan de la condición de propietario de instalaciones o servicios. Por ejemplo, los daños producidos a los vecinos por la inundación que provoca la insuficiencia de desagüe de un colector municipal (Sentencia de la Sala 4.ª del TS de 30 de septiembre de 1988). En la ya citada Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1985, con argumentos parecidos se condenaba a un Ayuntamiento, por los daños y perjuicios causados por haberse inutilizado el acceso a un local, al ampliarse el espacio de entrada de los vehículos en una vía pública. Y, en fin, entran aquí asimismo los supuestos en que la lesión es consecuencia del *riesgo creado*. Así, la Sentencia de 31 de diciembre de 1996 condena al Ayuntamiento de Los Barrios (Cádiz) a indemnizar por las lesiones producidas por la suelta de vaquillas en los festejos organizados por el Ayuntamiento.

Evidentemente, estamos en presencia, en los casos aludidos, de responsabilidad sin culpa (no hay falta del servicio; no ha funcionado anormalmente el servicio). Pero, si intentamos justificar la Sentencia condenatoria, no basta con afirmar que el particular perjudicado no estaba específicamente obligado a soportar el daño que se deriva de la actuación administrativa (lo cual, por supuesto, *va de soi*). Pero salvo en los casos de actuaciones expropiatorias en los que curiosamente sí existe la obligación de soportarlas, ¿cuándo comienza y termina esa obligación de soportar? Si el Ayuntamiento declara peatonal una calle del centro de la ciudad y se demuestra perjuicio a los comerciantes en ella instalados; si, como hizo el Ayuntamiento de Madrid, se establecen los «bordillos-bus» que impiden el aparcamiento de vehículos particulares ante los comercios instalados en la calle; si se desvía una carretera que atraviesa un pueblo o ciudad cuyos restaurantes y comercios viven precisamente del tráfico automovilístico, ¿cuál es el título para pedir indemnización, si es que tal título existe?

5. El Consejo de Estado ha establecido en sus dictámenes una matizada doctrina en relación con las reclamaciones de daños de los particulares causados con motivo, principalmente, de la realización de obras públicas; así: *a)* «La situación de contigüidad de un inmueble a la vía pública no constituye un derecho, sino una circunstancia, y la mayor o menor comodidad del inmueble contiguo no es oponible frente a la libre potestad de organización administrativa. Un límite a la aplicación de esta doctrina lo constituye el caso de que el inmueble o establecimiento afectado por la ejecución de la obra pública quede privado de todo acceso o clientela, ya que entonces la singularidad del perjuicio puede privar a la carga de su carácter de generalidad» (Dictamen núm. 42.166, de 18 de octubre de 1979). *b)* Como consecuencia de obras en carretera nacional los inmuebles quedan a un nivel superior al de la calzada. Los daños no han podido ser incluidos en el expediente expropiatorio, pero procede su indemnización al amparo del artículo 40 LRJ (Dictamen núm. 45.562, de 23 de septiembre de 1983). *c)* Daños en vehículo como consecuencia de la existencia de un socavón en carretera; se estiman (Dictamen núm. 50.249, de 1 de octubre de 1987). *d)* Daños en vehículo por falta de señalización de estrechamiento de

carretera: se acepta la relación de causa a efecto y se estima la indemnización (Dictamen núm. 43.032, de 27 de noviembre de 1980). *e)* Daños por la incomunicación de establecimientos comerciales durante la ejecución de un paso elevado en autopista; se consideran indemnizables (Dictamen núm. 41.069, de 13 de octubre de 1977).

V. LA REACCION CRITICA

1. Ciertamente la tozudez de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, al insistir en el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, así como la repetición literal del artículo 40 de la LRJ por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 (olvidando que la Constitución ha suprimido la expresión «funcionamiento normal») encuentra un poderoso respaldo doctrinal en la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA y de quienes han seguido sus enseñanzas. Sustituir el punto de vista de la licitud o no del causante del daño por el punto de vista objetivo del daño efectivamente causado «cuando el lesionado no tiene el deber legal de soportar dicho daño» no deja de ser un planteamiento novedoso y, desde luego, sugestivo. A mi juicio contiene, empero, una insalvable *contradictio in terminis*, ya que es cabalmente en los supuestos en que el administrado tiene la obligación de soportar el daño —como son los supuestos expropiatorios— en los que jamás se ha discutido el derecho a indemnización. Pero, dicho esto, reconozco mi casi inquietante soledad cuando tozuda e ininterrumpidamente he venido manteniendo que la interpretación del antiguo artículo 40 debe hacerse teniendo en cuenta que la regla general es el funcionamiento *anormal* del servicio público para justificar la indemnización; y que la expresión funcionamiento *normal* cubre los supuestos de *riesgo creado* y el de aquellas actuaciones administrativas —en especial obras públicas— que causan perjuicios singulares que por simple aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, justifica la obligación de reparar.

Observo, sin embargo, que afortunadamente de pocos años a esta parte se están produciendo reacciones que tienden a frenar una expansiva jurisprudencia cuyas últimas consecuencias aún están por ver. PARADA VÁZQUEZ se ha referido a cómo la generosidad de la fórmula legal española ha producido «un cierto pánico doctrinal —que él no comparte, por cierto— del que son exponentes NIETO y SÁNCHEZ MORÓN, advirtiendo que «en una sociedad que tiene por base el beneficio individual y que, por consiguiente, dista de alcanzar el ideal igualitario, la antedicha socialización de los riesgos podría llevar a resultados excesivos a través de una hipertrofia del sistema de responsabilidad civil, cargando a las espaldas de la sociedad en su conjunto con pesados gastos que, en justicia, tampoco ella debe soportar».

2. Empero, lo que resulta curioso advertir es que haya sido un civilista, F. PANTALEÓN PRIETO, quien con «*los anteojos del civilista*» (y éste es el título de su trabajo en «Documentación Administrativa», núms. 237-238, 1994) se haya propuesto «una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». Con independencia de que personalmente me agrade oírle decir (o, mejor dicho, «leerle decir») que mis tesis «no siempre han

sido valoradas justamente», la fuerza dialéctica que pone en sus escritos resulta ciertamente convincente. Para empezar comienza con el análisis del caso resuelto por Sentencia de la Sala 3.^a (Sección 4.^a) del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991. Una enferma ingresa en una residencia sanitaria de la Seguridad Social presentando aneurismas gigantes en ambas carótidas. El cirujano que la intervino optó por reducir primero el aneurisma del lado derecho, y al no ser posible obliterar su cuello con un clip de Hefetz, se decidió por ocluir la carótida próxima al aneurisma con el mismo clip. Unos días después, la paciente sufrió una hemiparasia braquiofacial izquierda que le ha dejado graves secuelas. Aunque la actuación del cirujano fue irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis* (pues *ex ante* no había motivo para pensar que los riesgos para la paciente eran mayores por ocuparse primero del aneurisma del lado derecho), *a posteriori* podía afirmarse que hubiera sido mejor opción resolver en primer lugar el aneurisma de la carótida izquierda. Se reclamó al INSALUD que reconociera el derecho de doña María Teresa a la mejor rehabilitación posible, le pagase durante el resto de su vida el salario correspondiente a una empleada del servicio doméstico en jornada de ocho horas e indemnizase los gastos y daños físicos y morales en la suma de 19.212.700 pesetas. Tales pretensiones fueron estimadas en parte por una Sentencia de la Sala Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid de 4 de noviembre de 1985 y confirmada por el Tribunal Supremo.

La crítica que la referida Sentencia merece a PANTALEÓN es, literalmente hablando, despiadada. «No veo ninguna razón convincente —nos dice— para conceder a doña María Teresa esos más de diez millones de indemnización cuando no se le conceden a quien resulta igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera. Y me parece obvio que los merecería más el segundo sí, por razón de su incapacidad, él y su familia quedaran en una situación de necesidad económica más grave que la de doña María Teresa y su familia. Y no tendría nada claro si no estaría aún más justificado emplear dichos millones en adquirir más aparatos de diálisis para proporcionar más años de vida a más enfermos de riñón, o en acabar con la peligrosa curva donde estadísticamente se matan o lesionan varias personas cada año, o en ayudar a los que mueren de hambre en el Tercer Mundo».

En definitiva, según PANTALEÓN, la interpretación que se viene haciendo del «funcionamiento normal de los servicios públicos» no es otra cosa «que un mecanismo de redistribución perversa de renta; puesto que indemnizar es restituir al rico su riqueza y al pobre su pobreza». Y finaliza así: «Ha llegado el momento de abandonar esa cautivadora obra de imaginación jurídica que fue la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto de lesión que no hay del-er de soportar; entre la responsabilidad que hemos llamado *daños cuasiexpropiatorios, de evidente conexión con la expropiación forzosa, y la responsabilidad por riesgo existe una profunda cima principal*».

Si me he extendido en la cita del trabajo de este dialéctico civilista que es PANTALEÓN, es por el importante refuerzo que supone para las tesis que desde hace años vengo sosteniendo. Y se me ocurre aún una observación adicional:

¿por qué si la demanda de la enferma a que se refiere la Sentencia anteriormente citada se hubiese dirigido —dándose los mismos supuestos de hecho— contra una Clínica u Hospital privado y ante la Jurisdicción civil hubiésemos llegado a resultados diferentes?⁴

Creo que estamos a tiempo de arreglar las cosas. La Ley 30/1992 ha tenido tan mala acogida por la doctrina administrativista que ya se está proponiendo su urgente modificación, al menos en sus puntos esenciales, uno de los cuales podría ser el relativo a la responsabilidad patrimonial de la Administración. En el pasado mes de febrero tuvo lugar en Sevilla, organizada por el Departamento de Derecho Administrativo de aquella Universidad, una reunión de Profesores de Derecho Administrativo en la que cabalmente me cupo exponer la Ponencia relativa a la modificación del Título X de la Ley, relativo al tema que nos ocupa. Mi propuesta fue —y ahora lo reitero—, aparte otras cuestiones que en este momento no me interesa tratar, la sustitución en el artículo 139.1 de la expresión «por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» por la, a mi juicio más acertada, «por el funcionamiento de los servicios públicos». Al fin y al cabo, esto es lo que literalmente ha recogido en su artículo 106.2 la Constitución española que, por cierto, en su artículo 121, al tratar de la responsabilidad de la Administración de Justicia, señala junto al *error judicial* el «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», como causa generadora de un derecho a indemnización a cargo del Estado. Aquí el constituyente fue más precavido y bien podríamos afirmar que si por mal funcionamiento se entiende —como ha entendido, a veces, el Tribunal Constitucional— el retraso y la lentitud en la Administración de Justicia, no habría dinero en los Presupuestos Generales del Estado para compensar debidamente los perjuicios sufridos por miles de ciudadanos que en estos momentos esperan la solución de sus litigios⁵.

⁴ La Sentencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1994 exonera de responsabilidad al Servicio Andaluz de Salud, ya que «es preciso que se dé culpa incontestable y debidamente probada que actúe sobre el nexo causal que la relacione con el resultado dañoso ocasionado. La salud no adquiere seguridad total porque se someta a control médico, sino que su evolución presenta, como desgraciadamente ha ocurrido en este caso, situaciones descontroladas, muchas veces difíciles de determinar, y, por ello, de atajar...».

⁵ La dilación indebida en los procesos judiciales puede ser fuente de responsabilidad patrimonial, como expresamente se reconoce en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1997, de 24 de febrero (BOE de 1 de abril). La referida Sentencia estima el recurso de amparo interpuesto «por paralización del recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo contra el Real Decreto 2248/1985». El TC no acepta como justificación del retraso padecido (nada menos que «casi ocho años» desde que se formalizó la demanda hasta que se da traslado al Abogado del Estado para su contestación), a causa de «escasa dotación de personal, extravío de las actuaciones, etc.», aunque entiende que «estas circunstancias, que sirven para eximir a los componentes del Colegio Judicial de cualquier responsabilidad personal por el retraso, no hacen desaparecer sin embargo la responsabilidad objetiva por las disfunciones del sistema judicial». Por consiguiente, aunque el problema indemnizatorio no se recoge en el Fallo, sí se establece con toda energía en la parte final del Fundamento Jurídico 3.º: «Nuestro pronunciamiento ha de ser, pues, meramente declarativo, aunque no simbólico, sino con una proyección útil por constituir el presupuesto del derecho a una eventual indemnización de daños y perjuicios, que sin embargo no nos corresponde reconocer aquí y ahora».

Se me podría decir, naturalmente, que esto es cabalmente lo que la justicia postula; pero aún así entiendo que esos cientos de miles de millones de pesetas necesarias a lo que deben dedicarse es a una reestructuración de Juzgados y Tribunales para que el mal funcionamiento no se produzca.

VI. PROPUESTA DE MODIFICACION DEL TITULO X DE LA LEY 30/1992

Como resumen de cuanto queda dicho y ante la perspectiva de una modificación de la vigente Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, creo pertinente formular la siguiente propuesta:

Artículo 139.1. «Funcionamiento de los servicios públicos» es la expresión que se contiene en el artículo 106.2 de la Constitución española, por lo que para evitar el deslizamiento a un *seguro global* de los meros accidentes de los administrados en sus relaciones con la Administración pública, se propone que el inciso final del 139.1 quede redactado así: «... sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Artículo 139.3. La responsabilidad por la aplicación de leyes y actos legislativos se resuelve de manera poco satisfactoria: 1) por la construcción gramatical negativa del precepto, y 2) por la propia *contradictio in terminis* que contiene. Así es que se propone la siguiente redacción:

«Las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por los perjuicios que cause la aplicación de leyes y normas con valor de ley en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de leyes de carácter expropiatorio.
- b) Cuando la ley que se aplica sea declarada inconstitucional.
- c) En los demás casos, cuando así se establezca en los propios actos legislativos o el perjuicio se cause con carácter singular.»

El inciso «... que éstos no tengan el deber jurídico de soportar» es precisamente contradictorio con la existencia misma de leyes expropiatorias: por ejemplo, las que en ejecución de normas comunitarias, obliguen a arrancar viñedos, a sacrificar vacas o a disminuir la producción lechera. ¿Acaso no existe la obligación legal de cumplir estas leyes; por tanto, de soportar sus perjuicios? La solución hay que buscarla en su carácter expropiatorio.

Tomás-Ramón Fernández

El desconcertante presente y el imprevisible y preocupante futuro del Derecho urbanístico español

I

Con la Sentencia constitucional de 20 de marzo de 1997 ha estallado en mil pedazos el ordenamiento urbanístico español, que hasta ahora había resistido muy bien la prueba del Estado de las Autonomías.

De un modo enteramente natural y sin ninguna tensión apreciable las normas estatales habían venido conviviendo con las Leyes autonómicas, sin que el progresivo aumento de éstas (medio centenar aproximadamente hasta el momento de la referida Sentencia) hubiera afectado al *corpus* del sistema global que unas y otras venían a conformar, ni, por lo tanto, a la cultura urbanística común que con el tiempo se había ido formando. De esa cultura común sólo se apartó, y muy recientemente, la Ley valenciana de 15 de noviembre de 1994, que introdujo la figura del urbanizador, desplazando con ella totalmente al propietario del escenario urbanístico, lo que, como ya he notado de pasada en alguna ocasión, plantea muy serias dudas de constitucionalidad en la medida en que echa sobre el propietario las cargas que un simple particular, el urbanizador, decida (en su propio interés, lógicamente) imponerle, so pena de verse privado de su propiedad por el simple valor inicial de sus terrenos, lo cual no tiene, como es obvio, la más mínima justificación, ya que sólo la Ley y no un simple sujeto privado, puede decidir —operando, además, con carácter general— cuáles sean las obligaciones y deberes vinculados al derecho de propiedad.

El caso de la Ley valenciana es significativo por muchas razones y preocupante también de cara a esta nueva etapa que se avecina en la que la ordenación del territorio y el urbanismo quedan entregados *in toto* a la disponibilidad, prácticamente incondicionada, de los legisladores autonómicos.

La Ley fue promovida por el último Gobierno socialista de la Comunidad Valenciana y, en un primer momento, al producirse el cambio de mayoría en

En esta edición: *Antonio Kefauver*

DERECHO DE AGUAS

Revista española DE DERECHO ADMINISTRATIVO