

las personas, en todos los ámbitos –justiciabilidad, extensión de la protección, categorías protegidas, etc.– Por otro lado, una pérdida o abandono de rigor en el pensamiento jurídico, y de ciertos principios básicos que enmarcan esos derechos en un adecuado equilibrio con la autoridad. Mientras que el primer elemento en sí es loable, el olvido del segundo (esto es, el olvido que la adecuada protección de los derechos depende precisamente de una autoridad bien articulada capaz de configurar un orden legítimo de garantías y cargas, de protección individual e interés común) lleva a actuar sobre la base de un espejismo. El bien aparece representado como la mayor protección posible, no importando lo que cueste. Tras este espejismo se ubica la realidad, el costo: una autoridad que ve reducidas sus posibilidades de acción en vistas al bien común.

Esta postura, presentada de manera tan atractiva y que cuenta en su beneficio la tremenda ventaja de poder trivializar toda crítica en su contra como una posición estatista y añeja, es, a su vez, sólo comprensible en el arcaísmo de un concepto estatal identificado con intereses del príncipe, o al menos de un ente separado de los ciudadanos y no con los intereses colectivos de definición política democrática a los que aspira el Estado Moderno. Esta tesis olvida que las posibilidades de acción de la Administración están dadas por decisiones políticas y éstas, en última instancia, y mientras se crea en el sistema electoral como instrumento de un sistema democrático, son responsabilidad de cada uno de los ciudadanos. Así, la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado lleva en sí un predicado de indemnizar todo daño como máxima garantía, sin reparar en que, más allá de los casos de actuar deficiente de la Administración, el daño es imputable a nuestra propia decisión política sobre los recursos que ponemos a su disposición y las tareas que le asignamos.

12

## LOS ANTEOJOS DEL CIVILISTA: HACIA UNA REVISIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Fernando Pantaleón Prieto\*

Desde que tengo uso de razón jurídica he leído en nuestros mejores administrativistas, escrito con unas u otras palabras, pero siempre con indisimulado orgullo, que el régimen que en materia de responsabilidad patrimonial (*rectius*, civil extracontractual) de la Administración instauró, hace ya cuarenta años, nuestra Ley de Expropiación Forzosa<sup>1</sup> es el más progresivo, en el sentido del más protector del administrado, del panorama del Derecho comparado, y lo sigo leyendo. A mí esto me pareció siempre un argumento en contra de la racionalidad de ese régimen: me pareció y me parece

\* Don FERNANDO PANTALEÓN PRIETO es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>1</sup> La adecuada comprensión de lo que sigue exige familiaridad con la literatura española básica sobre responsabilidad de las Administraciones públicas; sobre todo con E. García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, IEP, Madrid, 1956, reimpr. Civitas, Madrid, 1984, pp. 145 y ss., cuyas ideas básicas, desarrolladas en E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid, 1993, pp. 355 y ss., se han asumido en la práctica totalidad de los tratamientos posteriores, enumerados en la p. 428 de la última obra citada. Mención aparte merece F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, 7ª ed., Madrid, 1985, pp. 245 y ss., cuyas tesis, en mi opinión, no siempre han sido valoradas justamente.

indudable que España no puede permitirse "gozar" del sistema de responsabilidad de la Administración más "avanzado", o sea, más caro del mundo. No me preocupé demasiado al respecto, desde mi convicción de que la jurisprudencia nunca llegaría a los extremos a que le permitirían llegar los textos legales y la animaba a hacerlo la doctrina absolutamente dominante. Pero como constato que me equivoqué en mi profecía, en mi valoración sobre la capacidad de los tribunales contencioso-administrativos para resistir ante la tan autorizada como aparentemente inapelable crítica doctrinal de cica-tería, por su parte, frente a los administradores perjudicados, me ha parecido conveniente alzar al respecto la lejana voz de un *outsider*<sup>2</sup>.

1. En el caso finalmente resuelto por la sentencia de la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 1991, doña María Teresa T.C. ingresó en una Residencia Sanitaria de la Seguridad Social presentando aneurismas gigantes en ambas

<sup>2</sup> Lo que espero me libre de varapalos como el que ha lanzado a los escasos *insiders* que se han atrevido a dudar R. Parada Vázquez, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, p. 423:

"La generalidad y generosidad de la fórmula legal española sobre la responsabilidad ha producido un cierto pánico doctrinal 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 la 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", con la consecuencia de que "una aplicación indiscriminada o una interpretación inadecuadamente extensiva del sistema de responsabilidad podría llevar a resultados excesivos, con la consiguiente paralización de la actividad administrativa, o a dedicar una excesiva y desproporcionada parte de los ingresos públicos a la satisfacción de sus necesidades". La situación, sin embargo, dista mucho de ser alarmante. Por el contrario, lo que debe preocupar y llama la atención es que el cada vez más defectuoso funcionamiento de los servicios públicos —entre otros, la sanidad, el correo, la seguridad ciudadana y, sobre todo, el servicio penitenciario (donde a diario se producen, con violación de los derechos humanos más elementales, que ni siquiera garantiza la integridad física de los internos)— no haya provocado un alud de sustanciosas demandas de responsabilidad y que dichas reclamaciones no sean masivamente apoyadas por los medios de comunicación y atendidas de inmediato en vía administrativa".

Pero no es sensato ignorar el problema bajo palabras catastrofistas, ante las que sólo cabe el humor; estoy seguro de que los profesores Nieto y Sánchez Morón no son partidarios de que los presos se maten en la cárcel; aunque quizá no vean claro —tampoco yo— que la responsabilidad civil de la Administración sea un instrumento eficaz para evitarlo.

Modélica como siempre, también en su exquisita prudencia, resulta la reciente aportación de L. Martín Rebollo, "Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas", en *Estudios sobre La Constitución Española*. Homenaje al profesor García de Enterría, III, Madrid, 1991, pp. 2785 y ss.

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 proximal al aneurisma con el mismo clip. Unos días después la paciente sufrió una hemiparesia braquiofacial izquierda que le ha dejado graves secuelas. La falta de riego sanguíneo al cerebro que la produjo —al no suministrar la otra carótida, contra lo sensatamente previsible, un mayor flujo de sangre— fue precipitada por una estenosis en la carótida izquierda, probablemente relacionada con una inyección sub-intimal necesaria para la práctica de las angiografías previas a la intervención; por lo que, aunque la actuación del cirujano fue irrepachable 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 indemnizarse 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, de la que procede transcribir parcialmente algunos de sus fundamentos jurídicos, aceptados por el Tribunal Supremo:

*"La responsabilidad civil de la Administración cuenta ya en nuestro ordenamiento jurídico con una plena aceptación, siendo, en la actualidad, tres las disposiciones que de una forma expresa reconocen esta institución (arts. 40 LRJAE, 121 LEF, 106.2 CE...). Se culmina así una evolución normativa acorde con la calificación de Estado social y democrático de Derecho que tiene el Estado español, en el que la actividad prestacional y asistencial de la Administración cobra un papel relevante, como se desprende, a nivel de principios, del Capítulo III, del Libro I, de la Constitución y, en especial, por lo que aquí respecta, en el artículo 43, en donde se reconoce el derecho a la salud, siendo competencia de los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Se consigue con ello, además de*

*la universal responsabilidad de la Administración Pública en los términos fijados por la ley, una generalización de los servicios públicos como potenciales factores de riesgo que, en la prestación de un servicio concreto a los administrados, pueden provocar una lesión de su persona o bienes patrimoniales. Lesión que, cuando sea efectiva, concreta e individualizada, deberá ser objeto de indemnización, siempre que se pueda establecer un vínculo de causalidad entre el agente público y el resultado lesivo, y no estemos en presencia de un caso de fuerza mayor, única circunstancia exonerante de ese deber general de responsabilidad que incumbe a los servicios públicos [...].*

*La aplicación de la doctrina anteriormente descrita al supuesto de hecho aquí controvertido exige, como premisa previa, partir de la falta de culpabilidad del doctor que intervino el 17 de septiembre a doña María Teresa F.; su conducta no ha de ser enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado. Lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social el día 17 de septiembre de 1980, no siendo posible tampoco efectuar un juicio crítico de la *lex artis* del profesional, extremo que, por otra parte, ha quedado resuelto —por cierto, con toda clase de pronunciamientos favorables para el cirujano— por los dictámenes periciales obrantes en las actuaciones, contrastados además con la opinión de acreditados profesionales españoles y extranjeros.*

*[...] Se llega así al punto crítico en el examen de las concausas relevantes en la producción del evento: la opción libremente asumida de clipar en primer término el aneurisma de la carótida derecha que, ante la imposibilidad de llevarse a cabo, desemboca en la conclusión de la carótida proximal al aneurisma, solución que en circunstancias normales permitiría compensar la falta de riego en este hemisferio cerebral con un mayor flujo de sangre de la carótida izquierda, así como por la función sustitutiva a desarrollar por la red secundaria de vasos sanguíneos. Sin embargo, no ocurrió así, ya que el día 18 de septiembre se presenta una hemiparesia braquiofacial izquierda cuya progresión se acentúa al día siguiente. A nivel de mera experiencia, y dentro de los*

*postulados de la pura lógica mecanicista, se comprueba que el deterioro de las funciones cerebrales por falta de riego se precipitó por la presencia de una estenosis de la carótida izquierda, probablemente relacionada con la inyección subintimal de las arteriografías practicadas y por la aparición de un edema cerebral. La decisión de atender prioritariamente a la resolución del aneurisma del lado derecho (opción legítima desde las reglas de la *lex artis*) resultó a posteriori y a nivel de experiencia desacertada, convirtiéndose en una de las concausas relevantes a la hora de valorar, desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos, las consecuencias lesivas de la operación.*

*En este orden de cosas, y admitida la especial incidencia causal del hecho aquí controvertido sobre la situación definitiva que presenta la enferma, debe la Sala pronunciarse sobre el alcance del deber reparador de la Administración titular del servicio público, en este caso concreto la asistencia sanitaria a la que todos los ciudadanos tienen derecho. Para ello es necesario advertir que [...] no pueden imputarse a la Administración [...] todos y cada uno de los resultados lesivos que desgraciadamente sufre hoy doña María Teresa, debiendo excluirse los propios e inherentes a la gravísima situación clínica en que se encontraba a su ingreso, así como las complicaciones posteriores que se produjeron en el aneurisma izquierdo que exigieron su ingreso en la Clínica Puerta de Hierro de Madrid el día 20 de febrero de 1981. Deslindado así el campo de las responsabilidades, la Sala, valorando objetiva y adecuadamente las circunstancias personales de la recurrente, mujer casada, de cuarenta y un años en la actualidad, con tres hijos, y sufriendo las limitaciones funcionales que se describen en los últimos certificados obrantes en las actuaciones, entiende que debe reconocerse el derecho de los recurrentes a ser indemnizados por la Administración, en este caso por el Insalud, con 10.000.000 de pesetas más el pago de 1.212.700 pesetas en concepto de gastos acreditados, siendo oportuno también reconocer el derecho de la recurrente a ser atendida en un centro de rehabilitación integral en los términos que interesa en el suplico de la demanda; no debiéndose, por el contrario, admitir las restantes peticiones que en este acto la Sala rechaza por no ser exigibles a la Administración en base a razones de congruencia y proporcionalidad con la responsabilidad que aquí se ha declarado".*

Añadiéndose en el penúltimo fundamento de derecho de la sentencia confirmatoria del Tribunal Supremo:

*"[C]omo en la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1991 hemos explicado —precisamente con ocasión de otro recurso de apelación en que el Instituto Nacional de la Salud insistía en la correcta actuación de los facultativos, concretamente encargados de prestar el servicio público que corre a su cargo—, "alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa, impericia o negligencia resulta intrascendente y por ello para nada hemos de profundizar en las concretas acciones u omisiones de los intervinientes, porque, en definitiva, es la realidad que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que... tiene carácter objetivo tal, que hace muy difícil en la práctica —y, a la vez, innecesaria— la justificación de que el hecho desencadenante del resultado que la determina no radique, propiamente, en el ejercicio de un servicio público en el más lato sentido de la expresión, con desconsideración total de las circunstancias y conductas de quienes lo crean, organizan, controlan o vigilan y del personal que lo realiza", de suerte que, por todo ello, y dando por íntegramente reproducidas las incontestables consideraciones jurídicas de la sentencia apelada, procede que la misma se confirme, incluso en la determinación del quantum de la indemnización y abono de gastos por ella establecidos, el cual no ha sido objeto de expresa impugnación".*

A mi juicio, es tan claro que dichas sentencias han aplicado de manera impecable la interpretación absolutamente dominante del régimen legal de responsabilidad de la Administración, como lo es que el resultado alcanzado por ellas es muy irrazonable:

a) En la ya centenaria polémica sobre la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual siempre ha sido un argumento recurrente que quien se beneficia de una actividad debe soportar los daños por ella causados: *ubi emolumentum, ibi onus*. Y muchos han considerado que el señalado principio debería conducir a que la responsabilidad sin culpa tuviera sus límites en las actividades de las Administraciones públicas y, en general, en todas aquellas no guiadas por una finalidad lucrativa. No diré yo que tales ideas, extrajurídicamente tan atractivas, fueran indiscutidas o acertadas. Lo que sí digo es que, a lo que se me alcanza, a nadie se le ocurrió sostener que lo sensato era precisamente lo contrario: que por las actividades

sin ánimo de lucro se respondiera más objetivamente que por las lucrativas. Pues bien, si el hospital donde se intervino a doña María Teresa F.C. hubiese sido propiedad privada, a los tribunales civiles, según una jurisprudencia muy consolidada que cuenta con un generalizado respaldo doctrinal<sup>3</sup>, no se les hubiera ocurrido condenar al propietario del hospital (ni, naturalmente, al cirujano) a satisfacer indemnización alguna; ni se pondría en duda seguramente el derecho a cobrar el precio de la intervención. Que la responsabilidad exista, porque el hospital era público y gratuita la intervención quirúrgica, parece el desiderátum de los enemigos de la medicina pública.

b) No veo ninguna razón convincente 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 si, 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.

2. Nuestro régimen legal de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en la forma en que lo interpreta la doctrina dominante, está, a mi juicio, mal concebido, tanto desde la perspectiva dogmática —no hay base alguna jurídico-dogmática para

<sup>3</sup> Por todos, R. de Ángel, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, 1993, pp. 203 y ss. Es curioso hacer notar que la práctica (y buena parte de la teoría) funcionan como si la mención de los "servicios sanitarios" en el artículo 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no existiera. En cualquier caso, conforme al tenor del apartado I del citado artículo, parece que la responsabilidad en cuestión no podría ir más allá del funcionamiento "normal" de aquellos servicios. Véanse las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 y 29 de julio y 10 de octubre de 1994.

Yo no digo que la "responsabilidad objetiva" por fracasos médicos sea jurídicamente inconcebible: las recientes leyes al respecto de los países nórdicos demuestran lo contrario. Pero me pregunto si su implantación no requerirá una sociedad tan próspera e igualitaria como la de dichos países, y si tendría el más mínimo sentido restringir esa responsabilidad al ámbito de la medicina pública. Y, sobre todo, si estamos hablando de una verdadera responsabilidad (con derecho del perjudicado a un resarcimiento integral) o de una ayuda social similar a la que en España existe para las víctimas del terrorismo, y en muchos Estados europeos para todas las víctimas de delitos dolosos, que, en mi opinión, debería considerar las condiciones económicas de la víctima en cuestión.

sostener que todo daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar ha de ser indemnizado por quien lo causa, ni siquiera cuando se trata de los daños consecuencia de lesiones derechos subjetivos absolutos<sup>4</sup>—, como desde un punto de vista de política: un Dere-

<sup>4</sup> La tesis de que la responsabilidad extracontractual debería nacer de la mera causación de daños derivados de la lesión de derechos subjetivos absolutos, como exigencia lógica del concepto mismo de derecho subjetivo, fue sugerida a finales del pasado siglo por G. Venezian, "Danno e risarcimento fuori dei contratti", en *Opere giuridiche I, Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, p. 55. Es la premisa fundamental de la tesis doctoral del malogrado B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947. Y apareció recientemente al otro lado del Atlántico de la aguda pluma de R. A. Epstein, "A Theory of Strict Liability", *Journal of Legal Studies*, núm. 2, 1973, pp. 151 y ss.; "Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability", *J. Leg. Studies*, núm. 3, 1974, pp. 165 y ss. —ambos recopilados luego en *A Theory of Strict Liability Toward a reformulation of Tort Law*, San Francisco, 1980—; "International Harms", *J. Leg. Studies*, núm. 4, 1975, pp. 391 y ss., y "Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics", *J. Leg. Studies*, núm. 8, 1979, pp. 474 y ss. Como ilustración de la dogmática de dicha tesis sirven unos conocidos párrafos de Starck, *Essai...*, cit., pp. 40-41:

"Nos preguntamos, pues: ¿no basta la lesión de los derechos de otro justificar la organización de una sanción?

A primera vista, esta manera de presentar las cosas puede sorprender. Ello se debe a que existe en la actualidad un hábito de razonar en materia de responsabilidad, y a que proponemos hacer un esfuerzo para modificar un hábito de muchos milenios de edad.

Y, sin embargo, ¿qué hay más natural, más corriente en las ciencias jurídicas, que la organización de la protección de un derecho desde el punto de vista de su titular? ¿No es lo que se hace cuando se protege la propiedad por medio de la reivindicatoria y las acciones posesorias? Cuando un tercero se apodera de un bien de otro, la ley civil da al propietario una acción para restablecer el orden jurídico violado. ¿Se pregunta entonces si el fundamento de la obligación de restituir reside en la idea de "culpa" o en la del "riesgo"? A nadie le importa, porque es desde el punto de vista del propietario desde el que nos colocamos en este conflicto. Basta considerar que el derecho de propiedad está protegido por la ley, que está "garantizado" contra las agresiones de los terceros, para que la condena a restituir encuentre una base jurídica suficiente.

Otro ejemplo: la acción de petición de herencia se concede al verdadero heredero contra toda persona que, sin título, se ha puesto en posesión de la herencia. ¿Se hace depender el éxito de esta acción de la culpa del heredero aparente? Su buena fe, error incluso invencibles, no impiden la obligación de restituir. ¿Por qué es así? Simplemente porque la ley protege, garantiza el título y la vocación de heredero [...].

He aquí, pues, una serie de situaciones, y estamos lejos de haber agotado la lista, en las que la protección de los derechos se organiza desde el punto de vista de la víctima, donde la única cuestión que el juez debe afrontar para dictar la sanción es la de saber si el demandado ha lesionado o no los derechos del demandante. ¿No es extraño que la doctrina razone de un modo tan diferente cuando se encuentra en presencia de un daño causado por otro?"

El error dogmático que aquí late es fácil de descubrir: la función de la responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, por la destrucción o el deterioro de una cosa, a diferencia de la reivindicatoria, no es la defensa del derecho de propiedad, el restablecimiento de la situación fáctica acorde con la situación de poder garantizada por dicho derecho, sino la asignación del daño derivado de tal destrucción o deterioro (daño de ahora ya no puede ser

cho razonable no debe parificar, no debe estimar regidos por los mismos principios jurídicos el caso en que alguien pierde su coche, porque la Administración se lo expropia, o porque la policía lo destruye por sospechar que unos terroristas lo habían cargado con un artefacto a punto de explotar, y el caso en que alguien pierde su coche al estrellarlo contra un árbol que se había caído sobre la calzada unos minutos antes<sup>5</sup>. Para el primer grupo de casos cabe, sin duda, afirmar que el pago por la Administración de una indemnización igual al valor del coche viene exigida por la garantía constitucional del derecho de propiedad (art. 33 CE); para el segundo caso, a mi juicio, rotundamente no<sup>6</sup>. La inclusión en la Ley de Expropiación Forzosa del régimen de la responsabilidad de las Administraciones públicas no fue, ciertamente, una casualidad, pero las premisas que fundaron tan consciente incardinación legal no son, siempre a mi juicio, ni dogmática ni político-jurídicamente sostenibles.

"borrado del mundo", sino sólo "cambiando de bolsillo") conforme a criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica. O de otro modo: indemnizar el daño, si alguno, causado por la destrucción de una cosa no es "reintegrar por equivalente" el derecho de propiedad sobre la misma; la indemnización de ese daño no puede ser considerada un subrogado de la cosa (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el justiprecio de su expropiación). Y, por otra parte, así como, presupuesta la atribución de la propiedad de un bien a un sujeto, no hay dificultad para determinar cuándo un determinado estado de cosa vulnera dicho derecho de propiedad, no existe ninguna posibilidad lógica de dilucidar, por ejemplo, en caso de que un automóvil choque contra un árbol y lo derribe, si el conductor del automóvil o el dueño del árbol han causado los daños derivados de la destrucción del automóvil y el árbol.

No podrá extrañar que las posiciones de Venezian, Starck y Epstein hayan sido siempre absolutamente minoritarias en la doctrina, y no hayan seducido nunca a legislador alguno, salvo que, a la luz de las referencias al segundo de aquellos juristas en García de Enterría, *Los principios...*, cit., pp. 169-170 y 176, pudiera entenderse que sedujeron al legislador español de expropiación forzosa. Pero importa advertir que nadie entre nosotros ha condicionado la responsabilidad de la Administración por funcionamiento normal de los servicios públicos a que el daño se haya derivado de la lesión de un derecho subjetivo; nunca se ha negado para tal responsabilidad, esto es, la resarcibilidad del puro daño patrimonial (sin destrucción o deterioro de un bien: "pure economic loss"); y con ello se esfuma la única posibilidad sostenible de fundamentación dogmática del sistema.

<sup>5</sup> Creo que éste es el trasfondo correcto de la postura que siempre ha mantenido Garrido Falla contra la doctrina dominante. Por desgracia, lo ha oscurecido haciéndolo parecer sólo una querrela terminológica, al traer a la primera línea su axioma "no hay responsabilidad sin conducta ilícita". Sobre esta cuestión véase también la nota 9 del presente trabajo.

<sup>6</sup> Recordando el texto de B. Starck transcrito *supra* en la nota 4: tan evidente es que el contenido esencial del derecho de propiedad garantizado por la Constitución obliga al legislador civil a reconocer a todo propietario la acción reivindicatoria, como que no obliga al legislador civil a instaurar una responsabilidad extracontractual objetiva en todo caso de destrucción o deterioro de cosa de propiedad ajena.

3. Me parece profundamente erróneo parificar a efectos de responsabilidad de la Administración el "funcionamiento normal" y "funcionamiento anormal" de los servicios públicos, en el sentido de que, tanto el uno como el otro, reclamen con carácter general la indemnización de los daños que ocasionan<sup>7</sup>, salvo que se dé en las referidas expresiones un significado distinto al que generalmente se les asigna al incluir en la responsabilidad "por funcionamiento normal" la llamada responsabilidad por riesgo. A mi juicio:

a) La responsabilidad por "funcionamiento normal de los servicios públicos" debe conectarse estrictamente con el principio de igualdad ante las cargas públicas (deducible del art. 31.1 CE) y restringirse a los que propongo llamar "daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio", entendiendo por tales aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión<sup>8</sup>; siendo también necesario, ob-

<sup>7</sup> La opinión dominante se encuentra perfectamente resumida en J. Leguina Villa, "La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio", en Leguina y Sánchez Morón (dirs.). *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, pp. 396-397:

"[ N ]o puede haber duda de que la expresión constitucional "funcionamiento de los servicios públicos" comprende tanto el funcionamiento normal como el funcionamiento anormal, por lo que tan indemnizables son los daños que proceden de uno como de otro modo de funcionamiento [...]. La referencia explícita a uno y otro modo -normal y anormal- de funcionamiento de los servicios públicos o de realización de la actividad administrativa es, pues, un simple (aunque respetable) tributo a una fórmula legal que cuenta ya con notorio arraigo en nuestro ordenamiento, pero que no altera la naturaleza objetada de la responsabilidad extracontractual administrativa. La normalidad o anormalidad de la actuación opera como criterio de imputación del daño a la Administración, no como fundamento del deber de indemnizar, pues la responsabilidad patrimonial no es en nuestro Derecho una sanción a una conducta culpable, sino un dispositivo objetivo de reparación de todos los daños antijurídicos que los particulares sufran a resultas de las acciones y omisiones administrativas".

Confieso que no he logrado entender la justificación del discurso de la doctrina dominante sobre los criterios de imputación de responsabilidad a la Administración, porque, desde sus premisas, no tendría que haber otro criterio de imputación que la "conexión causal entre el daño y la actuación de una Administración pública". En concreto: ¿por qué se teoriza cuando el funcionamiento de un servicio debe considerarse anormal, si se piensa que a efectos de responsabilidad es exactamente igual que sea normal? La tesis de que la extensión de la indemnización ha de ser mayor en el primer caso de base normativa (por obviar esta polémica, nótese que García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 410, restringen la mayor extensión a los casos de dolo o culpa grave).

<sup>8</sup> A estos daños se refiere seguramente la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa con la exitosa expresión: "inevitable secuela accidental de daños residuales".

vio es, que los daños de que se trate representen para quien los padece un sacrificio individualizado que no le sea exigible soportar. El ejemplo más claro lo constituyen los daños a los "colindantes" a consecuencia de la ejecución de obras públicas o de la reforma de vías públicas<sup>9</sup>. Muy ilustrativas son también las indemnizaciones por alteración del planeamiento y por imposición de vinculaciones singulares previstas en los artículos 237, 238, 239 y 241 del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana<sup>10</sup>.

b) Deben excluirse, pues, del ámbito de la responsabilidad de la Administración por "funcionamiento normal de los servicios públicos" los que llamaríamos "daños producto de accidentes", en cuya etiología aparezca implicada, ciertamente, la actividad típica de una Administración pública, pero que no sean consecuencia de una medida finalmente dirigida a causar, ni connatural, intrínseca o inmediatamente generadora de los daños infligidos. Porque, para los "daños producto de accidentes", una responsabilidad objetiva general de las Administraciones públicas -de forma que hubieran de responder de todos los daños que sean consecuencia adecuada o previsible (ausencia de fuerza mayor), bien que sólo indirecta o mediata, de cualesquiera acciones u omisiones encuadrables en el giro o tráfico administrativo, por el solo hecho de que ninguna ley imponga al perjudicado el deber de soportar el daño en cuestión- es

<sup>9</sup> Casos de análoga estructura son los que contemplan, entre otros, los artículos 569 y 612 del Código Civil:

"Si fuese indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño del predio estará obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroge".

"El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado [...]".

Como estas normas no prevén una consecuencia jurídica diferente, ni siquiera terminológicamente, a la del artículo 1.902 CC, carece de utilidad suscitar entre nosotros la polémica de los juristas italianos sobre si se trata o no de verdaderos supuestos de responsabilidad civil. Discutir sobre la verdad o no del axioma "no hay responsabilidad sin conducta ilícita" es bastante ocioso; tanto, seguramente, como discutir sobre la verdad o no del axioma "no hay expropiación sin regular procedimiento expropiatorio", y sobre la verdadera naturaleza de las requisas. Basta coincidir en que la lógica "expropiatoria" de los artículos 569 ó 612 CC nada tiene que ver con la lógica de "derecho de accidentes" del artículo 1.902 CC, o del artículo 1.905 CC, aunque se establece en él una responsabilidad por riesgo.

<sup>10</sup> Cfr., por todos, Martín Rebollo, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el ámbito urbanístico*, Universidad de Cantabria, 1993, especialmente pp. 31-73.

económicamente insoportable y, en mi opinión, indefendible en términos de simple justicia. Por no volver a la asistencia sanitaria pública, ¿sería justo que la Administración tuviera que responder por el funcionamiento normal de la asistencia letrada de oficio, al extremo de que debiera indemnizar a todo el que llegase a probar que sufrió daños, porque su abogado de oficio no supo defenderle con el nivel de perfección de los mejores abogados de España, por no alcanzar el cual nadie soñaría hacer responder, ni no pagar sus honorarios, a un abogado medio? ¿Y sería eso justo —por contestar a una fácil objeción— si los abogados de oficio fuesen funcionarios públicos?<sup>11</sup> En fin, y sobre todo, ¿se ha advertido lo que significaría para las fianzas públicas la aplicación de las ideas dominantes en la doctrina sobre responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos (la aplicación de esa “pura perspectiva de la causalidad materia de los actos” de que nos hablaba la sentencia arriba transcrita) a la actividad administrativa de autorización de actividades empresariales peligrosas?

c) En principio, la Administración no debería responder de los aquí llamados “daños producto de accidentes”, sino cuando son consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público, de una *faute de service*. Que ciertamente podrá existir, aunque no quepa identificar culpa o negligencia individualizada alguna; pero sin poner en duda que el enjuiciamiento por los tribunales de qué sea “anormal” habrá de hacerse a la luz del presupuesto asignado por el Poder Legislativo al servicio público en cuestión (y no de lo que cada órgano judicial pueda considerar “digno de un país como España”), al objeto de evitar que acabe siendo el Poder Judicial el que decida la distribución del Presupuesto General del Estado. Las Administraciones públicas sólo deberían responder objetivamente por los riesgos generados por sus actividades en la medida en que leyes especiales igualmente aplicables a los particulares, como la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, así lo dispongan. Cabría discutir la conveniencia de un cierto desarrollo judicial del Derecho en la instauración de nuevos ámbitos de responsabilidad por riesgo,

<sup>11</sup> Y no siéndolo, ¿resultaría razonable que fueran ellos quienes hubieran de responder objetivamente (lo que nadie osaría afirmar de un abogado que cobra de sus clientes), habida cuenta de que, según la opinión general, es objetiva la responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos? Y, por cierto, ¿por qué ha de responder objetivamente, por ejemplo, el concesionario de una autopista y no el propietario de un camino particular que cobra al que pasa?

como el que notoriamente ha venido realizando la Sala Primera del Tribunal Supremo (lo que ya por principio criticaré, y especialmente para la responsabilidad de la Administración, cuyo alcance debe ser fijado en exclusiva por el legislador)<sup>12</sup>. Pero lo que carece de sentido es que la Administración tuviera que responder de todos los riesgos típicos de la gestión pública, de todo daño que resulte ser consecuencia directa o adecuada de cualquier acción u omisión propia del giro o tráfico administrativo, por el solo hecho de que no haya ninguna ley que imponga al perjudicado el deber de soportarlo; que es cabalmente lo que significa nuestro régimen legal de responsabilidad de la Administración en la interpretación de la más autorizada doctrina. Una responsabilidad general de las Administraciones públicas por los casos fortuitos provenientes de cualquier parcela de la gestión administrativa no sería verdadera “responsabilidad civil” (mecanismo de indemnización configurado con criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica), sino “seguridad social”: mecanismo de protección regido por principios de justicia social, que sólo debe asistir a quienes se encuentran en situaciones de necesidad económica y en la medida indispensable para cubrirlas<sup>13</sup>, y que no se ve razón, finalmente, para restringir a los casos fortuitos de carácter administrativo”.

d) Para acomodar a las ideas sostenidas hasta aquí nuestro vigente régimen legal de responsabilidad de las Administraciones públicas, bastará prescindir de la voluntad histórica del legislador e interpretar que los daños “consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos”, para el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, son sólo los que arriba hemos propuesto llamar “daños cuasiexpropiatorios (si afectan a bienes patrimoniales) o de sacrificio (si afectan a bienes de la personalidad)”. Y entender, entonces, que la responsabilidad de la

<sup>12</sup> Digo “por principio”, porque es posible que, habida cuenta de la interpretación absolutamente dominante de las normas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el legislador no haya creído necesario prever en algunos ámbitos (p. ej., orden público, polvorines, etc.) normas específicas de responsabilidad objetiva, pese a querer, sin duda, que así fuese la responsabilidad en dichos ámbitos de muy elevado potencial dañoso.

<sup>13</sup> No sorprenderá entonces que desde las posiciones de la doctrina mayoritaria se haya defendido la oportunidad de utilizar la responsabilidad patrimonial de la Administración con fines redistribuidos (referencias en Martín Rebollo, “Nuevos planteamientos...”, cit., pp. 2.811-2.812).

Administración por riesgo no está reconocida ni excluida por el referido precepto, igual que la de los particulares no lo está por el artículo 1.902 del Código Civil; entender, esto es, que la Ley 30/1992 no agota los casos en que la Administración ha de responder civilmente por los daños consecuencia del "funcionamiento de los servicios públicos"<sup>14</sup>. Por expresarlo de manera esquemática:

i) Las Administraciones públicas responderán en todo caso de los aquí denominados "daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio", que son las lesiones "consecuencia del funcionamiento *normal* de los servicios públicos" del artículo 139.1 de la Ley 30/1992.

ii) Y por lo que respecta a los que aquí hemos llamado "daños producto de accidentes", las Administraciones públicas responderán de los daños derivados de *fautes de service*, que son las lesiones "consecuencia del funcionamiento *anormal* de los servicios públicos" del artículo 139.1 de la Ley 30/1992.

iii) Y cuando así lo dispongan leyes especiales, responderán también, sin necesidad de *faute*, de los daños que sean realización de determinados riesgos típicos del giro o tráfico administrativo; de las que cabe llamar "lesiones consecuencia del funcionamiento de servicios públicos típicamente peligrosos", cuya resarcibilidad no excluye ni impone el tan citado artículo 139.1<sup>15</sup>.

Sólo desde la interpretación que acaba de proponerse cabe sostener sensatamente, a mi juicio, que el artículo 106.2 CE, como resulta de su comparación con el artículo 121 CE, impone también al legislador ordinario la indemnización de los daños consecuencia del funcionamiento *normal* de los servicios públicos. ¿Se atrevería alguien a sostener explícitamente que nuestra Constitución obliga al legislador ordinario a instaurar algo (la responsabilidad civil de las Administraciones públicas por absolutamente todos los riesgos pro-

<sup>14</sup> Sería oportuno, por lo demás separar netamente los institutos de la responsabilidad extracontractual y del enriquecimiento sin causa de las Administraciones públicas, habida cuenta de que sus supuestos de hecho y sus funciones son radicalmente diferentes (acertadamente en tal dirección la reciente monografía de M. Rebollo Puig, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, 1995). O dicho con mayor claridad: sería muy conveniente que desapareciera el "enriquecimiento" como uno de los criterios de imputación de responsabilidad a la Administración. Sin que eso signifique, claro está, prejuzgar el problema de la jurisdicción competente en materia de enriquecimiento injusto de la Administración Pública.

<sup>15</sup> Permite, pues, a la jurisprudencia objetivar la responsabilidad en aquellos casos en que pueda razonablemente pensarse que ha ocurrido lo que se indicó en la nota 12 de este trabajo.

pios de la actividad administrativa) que no ha previsto ningún ordenamiento jurídico homologable al nuestro?<sup>16</sup>

4. Alguno sostendrá que mi propuesta interpretativa no es necesaria, ya que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración es, hoy por hoy, soportable financieramente sin problemas, y son excepcionales sentencias como la relatada de 14 de junio de 1991. No estoy muy seguro de ello, pero sí lo estoy de las posibilidades "explosivas" del sistema, tal como lo entiende la opinión dominante. Y de que, así entendido, no es otra cosa que un *mecanismo de redistribución "perversa" de renta*: puesto que indemnizar es restituir "al rico su riqueza y al pobres su pobreza", resulta obvio que los perjudicados, que ganaban más o que tenían bienes más valiosos, serán quienes obtengan una parte mayor del dinero público (producto de la redistribución justa de la renta por vía de impuestos progresivos) que nutre el verdadero seguro que representa el sistema de responsabilidad de la Administración en la concepción de la opinión dominante. ¿Quiénes habrían de pagar más en el mercado por seguros de vida, de accidentes o de daños, que son mecanismos alternativos —y seguramente más eficientes, por su menor coste de administración— para "pulverizar" la carga dañosa fortuita de la gestión pública?<sup>17</sup> Es patente, en fin, que los que no puedan pagarse "servicios privados" sustitutivos serán los que más sufran la desaparición de aquellos servicios públicos que resulten financieramente inviables a causa de su elevado coste de responsabilidad<sup>18</sup>. La existencia de una responsabilidad objetiva general de las

<sup>16</sup> De cualquier forma, me parece que no ha sido nada afortunada la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Si acabase triunfando la opinión de que la referencia del artículo 106.2 CE a "los términos establecidos por la ley" no sirve para que el legislador ordinario pueda no poner a cargo de las Administraciones públicas eventos dañosos que no sean necesariamente casos de fuerza mayor —si acabase triunfando, esto es, la opinión de que el art. 106.2 CE no deja margen alguno para no poner a cargo de la Administración todos los casos fortuitos de su giro o tráfico— no habría otro modo de volver a la racionalidad que una reforma constitucional en esta materia.

<sup>17</sup> Es sencillamente aberrante, a mi juicio, que en nuestro Derecho resulte evidente que los aseguradores de daños (que cobraron las primas de sus seguros) puedan beneficiarse del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración para recuperar las indemnizaciones pagadas, subrogándose en las acciones de sus asegurados perjudicados. ¿Que opinaría el lector si el conocido caso del petrolero Urquiola, cuya aseguradora fue cumplidamente indemnizada por nuestra Administración, hubiera sido de "funcionamiento normal de los servicios públicos" en el sentido de la doctrina dominante?

<sup>18</sup> El trabajo de G. L. Priest, "The Current Insurance Crisis and the Modern Tort Law", *Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, pp. 1521 y ss., parece de obligada lectura para

Administraciones públicas no es algo jurídicamente necesario ni naturalmente justo, sino un ejemplo entre muchos de lo que podría llamarse "Estado social para las clases medias", que amenaza seriamente con arrastrar en su caída por ruina al justo y necesario "Estado social para los pobres".

No dudo, pues, de la necesidad de que, cuando comiencen a repetirse las reclamaciones multimillonarias, nos encontremos bien pertrechados de las herramientas jurídicas adecuadas para que el presupuesto público no sea el "palo que tenga que aguantar todas las velas", incluidas aquellas que los propios perjudicados podrían aguantar (asegurar) de forma más eficiente, y que ningún criterio de justicia puede justificar que deban aguantar los bolsillos de sus conciudadanos, también si menos acaudalados que aquéllos. Opino que la reinterpretación propuesta de la expresión "funcionamiento normal de los servicios públicos" es una buena herramienta a tal efecto. E indudable me parece —convendrá señalarlo— que no lo es el nexo de causalidad<sup>19</sup>; herramienta adaptada para trabajar en el campo de la imputación de consecuencias dañosas a una conducta o a una esfera de riesgo, y no en el de la imputación de conductas o esferas de riesgo a sujetos para hacerles responder. La conocida historia jurisprudencial de la relación causal "directa, inmediata y exclusiva", ejemplo patente de encubrimiento bajo el manto de la causalidad de lo que no pocas veces eran, ante todo, problemas de imputación subjetiva (de si algo había funcionado mal, o no, en el servicio público en cuestión), suministra otra clara prueba de que, como advirtiera Llewellyn, "*cover tools are not reliable tools*".

Tampoco parece buena herramienta a los efectos indicados la invención de una distinción entre servicios públicos "activos" y servicios públicos "pacientes" —en estos últimos sólo se respondería del funcionamiento anormal—, aparecida en el Dictamen del Consejo de Estado número 54.862, de 24 de mayo de 1990 (núm. Marg. 157 de la Recopilación de Doctrina legal 1990), y que parece hacer suya la sentencia de la Sala Tercera, Sección Sexta, del Tribunal Supremo

acabar con extendidos mitos sobre la conveniencia de un régimen de responsabilidad objetiva general de las Administraciones públicas. En la misma línea, sus artículos "The New Legal Structure of Risk Control" *Dedalus*, núm. 119, 1989, pp. 207 y ss., y "The Modern Expansion of Torts Liability: Its Sources, Its Effects and Its Reform", *Journal of Economic Perspectives*, núm. 5, 1991, pp. 31 y ss.

<sup>19</sup> O la imputación objetiva, si se acoge la distinción que propuse en "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", Centenario del Código Civil, II Madrid, 1990, pp. 1.561 y ss.

de 9 de diciembre de 1993; sentencia ésta que seguramente será pronto tachada por un buen sector de nuestros administrativistas como un intolerable paso atrás, afortunadamente no repetido. Para mí es sólo una prueba de lo difícil que resulta imponer la insensatez sin que alguien busque subterfugios para evitarla. Porque insensato me parece que hayamos de pagar con nuestros impuestos un carísimo "Ferrari" a quien lo pierde a consecuencia de un fortuito inevitable en el servicio público de carreteras; y mucho más, cuando al propietario de un pequeño "Seat". Lo que me parece sensato es que uno y otro aseguren su automóvil contra daños (ya se verá a quién cobra más la aseguradora); y, por supuesto, que la compañía de seguros no pueda pretender luego, en caso de siniestro, que "la indemnizamos" con nuestros impuestos.

En mi opinión, ha llegado ya 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 deber de soportar: entre la responsabilidad por lo que hemos llamado "daños cuasiexpropiatorios", de evidente conexión con la expropiación forzosa, y la responsabilidad por riesgo existe una profunda sima principal. Que el Derecho no es una ciencia de la naturaleza se constata en lo reiteradamente que se demuestran insatisfactorias, incluso como modelos teóricos, las más compactas construcciones jurídicas unitarias.

REVISTA DE DERECHO