

13

## PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>4</sup> J. W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1933.

<sup>5</sup> Bien sabido es que una importante corriente de opinión en la ciencia jurídica postula abiertamente una regulación por principios más que casuística,

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

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

---

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

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

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

*Eduardo García de Enterría*

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

# STAVIA

Oriol Mir Puigpelat

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

DE LA ADMINISTRACION

HACIA UN NUEVO SISTEMA

El presente libro reclama, con insistencia, un nuevo sistema de responsabilidad patrimonial en la Administracion pública.

La Administracion pública debe asumir un nuevo sistema de responsabilidad patrimonial sobre la gestión de sus servicios.

a condiciones de igualdad con los servicios públicos.

administración pública, en sus condiciones de igualdad con los servicios públicos.

Y, por último, el autor defiende que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública debe ser asumida por el Estado.

de justicia social y de igualdad de condiciones.

superior a la de los particulares.

de la gestión de los servicios públicos.



ARCIAL PONS LIBRERO Tfno.  
Proveedor: Fecha: 00.00.0000  
Material: 100638791  
ISBN: 844701715X  
MIR PUIG, C.  
ma responsabilidad patrimonial de la A.  
EUROS: 25,84 IVA INCLUIDO

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION. HACIA UN NUEVO SISTEMA

S I A F A G R A O N O

ORIOI MIR  
PUIGPELAT

LA  
RESPONSABILIDAD  
PATRIMONIAL  
DE LA  
ADMINISTRACION  
HACIA UN NUEVO SISTEMA

Prólogo de  
EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA