

A menudo se señala, sin embargo, que dicho ahorro puede venir compensado, en la práctica, por un paralelo aumento en el número de reclamaciones (aumento de reclamaciones derivado, precisamente, del menor número de requisitos a que se somete la responsabilidad objetiva)²⁹⁹. Por ello, parece que la conclusión a la que puede llegarse es la siguiente: la responsabilidad objetiva genera menores costes de administración que la responsabilidad por culpa *a un mismo número de reclamaciones*³⁰⁰.

económico— de las partes (POSNER, Richard A., *El análisis económico...*, op. cit., p. 171).

²⁹⁹ Es lícito pensar que bajo un sistema de responsabilidad objetiva habrá más reclamaciones —porque más prosperarán: el daño sufrido por las víctimas será trasladado a otro sujeto en muchas más ocasiones, y dicha traslación genera costes de administración— que bajo un sistema de responsabilidad por culpa (COOTER, ROBERT; ULEN, THOMAS, *Derecho y economía*, op. cit., p. 411); ello, como recuerda POSNER, se exceptuará en aquellos supuestos en que el sometimiento a responsabilidad objetiva genere los estímulos adecuados para que se produzca una reducción del número de accidentes: a menos accidentes, menos reclamaciones y menores costes de administración (POSNER, RICHARD A., *El análisis económico...*, op. cit., p. 171).

Por supuesto, lo que menores costes de administración genera es la ausencia de toda responsabilidad, que la víctima no sea indemnizada y se deje el daño allí donde ha caído (COOTER, ROBERT; ULEN, THOMAS, *Derecho y economía*, op. cit., p. 410).

³⁰⁰ POSNER, RICHARD A., *El análisis económico...*, op. cit., pp. 171-172; COOTER, ROBERT; ULEN, THOMAS, *Derecho y economía*, op. cit., pp. 410-411.

GÓMEZ POMAR cree también que «bajo un régimen de responsabilidad objetiva es esperable que se produzcan más reclamaciones indemnizatorias y, por tanto, mayor número de litigios y de costes procesales globales que bajo un régimen de culpa». Y añade un argumento adicional en contra del apuntado —sólo aparente— menor coste terciario (coste procesal) de la responsabilidad objetiva: «con regla de la culpa o sin ella, siempre será necesario examinar en el proceso, además de la causalidad material, la imputación objetiva del daño causado a la conducta del causante. Y como este juicio de imputación objetiva no es conceptualmente distinguible del análisis coste-beneficio de la conducta del causante a la vista de sus costes de precaución, de la probabilidad del accidente y de la magnitud del daño, el proceso no resultará significativamente menos costoso bajo una regla de responsabilidad objetiva» (GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», op. cit., p. 3). A mi modo de ver, sin embargo, imputación objetiva no equivale a responsabilidad por culpa y menos aún a responsabilidad por culpa según la fórmula de HAND. En mi opinión, puede aplicarse perfectamente la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad objetiva sin convertirla en una responsabilidad por culpa: la imputación objetiva puede prescindir perfectamente de la culpa, una y

2. La responsabilidad objetiva y su fundamentación en el Derecho público de daños

2.1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EN DERECHO COMPARADO

2.1.1. Italia

En Italia, la responsabilidad objetiva se circunscribe a ámbitos muy delimitados de la actuación de la Administración. No existe, en dicho país, una responsabilidad objetiva global de la Administración. Ésta queda sometida a la cláusula general de responsabilidad por culpa del artículo 2.043 del Código civil de 1942 (CC [it.]), y sólo excepcionalmente (en los supuestos contenidos en artículos específicos del CC [it.] y otras Leyes especiales, igualmente aplicables a los particulares) pasa a sujetarse a responsabilidad objetiva. El requisito de la culpa se ha visto reforzado, además, por la reciente jurisprudencia de la *Cassazione* (sentada en la capital sentencia 500/1999, de 22 de julio), que ha insistido en la necesidad de que la misma concorra para que nazca la responsabilidad administrativa y ha acabado con la presunción —en la práctica *iuris et de iure*— de culpabilidad de los actos administrativos contrarios a Derecho existente durante mucho tiempo en dicho país.

La Administración italiana queda así sometida al mismo régimen de responsabilidad civil que los particulares, no a uno más estricto. De hecho, la historia de la responsabilidad administrativa italiana es la historia de la lucha de la doctrina con una jurisprudencia reacia a acabar con los privilegios que la Administración ha tenido, en ese país, en dicha materia³⁰¹.

otra constituyen nociones conceptualmente distinguibles. He intentado demostrarlo en MIR PUIGPELAT, ORIOL, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, op. cit., donde aplico —tras las necesarias modificaciones— la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad —sin duda objetiva— de la Administración española. Vuelvo sobre la teoría de la imputación objetiva *infra*, en el epígrafe 4.3. del presente capítulo.

³⁰¹ Remito aquí a la detallada exposición que efectúo del sistema italiano de responsabilidad administrativa y del enorme impacto que en él ha tenido la citada sentencia núm. 500/1999 de la *Corte di cassazione* (al poner fin —entre

2.1.2. *Alemania*

Tampoco en Alemania existe una responsabilidad objetiva global de la Administración ³⁰². La presencia de culpa en la actuación administrativa es fundamental para que nazca la responsabilidad civil de la Administración *stricto sensu* (para que nazca la *Amtshaftung*). La culpa desaparece en aquellas instituciones ligadas a la expropiación forzosa ³⁰³ y a la idea de sacrificio especial creadas y desarrolladas por la jurisprudencia alemana para compensar (en determinados ámbitos, y en relación con determinados bienes y derechos) el limitado alcance que la *Amtshaftung* tiene en dicho país, pero sigue presente (al menos en el *enteignungsgleicher Eingriff*, la institución más importante —con gran diferencia— de todas ellas), como elemento crucial, la necesidad de que la Administración se haya apartado de un modelo de conducta preestablecido, el que para ella fija el ordenamiento; la necesidad, en definitiva, de que su actuación sea *antijurídica*. La actuación irreprochable, ajustada al ordenamiento, de la Administración alemana, sólo dará, pues, derecho a indemnización, en términos generales, en los acotados y típicos supuestos de responsabilidad por riesgo especial (*Gefährdungshaftung*) previstos por Leyes especiales ³⁰⁴ y aplicables por igual a la Administración y a los particulares.

Leyes especiales que contemplan supuestos de responsabilidad objetiva son, p. ej., la Ley de circulación viaria de 19 de diciembre de 1952 (*Straßenverkehrsgesetz*; § 7), la Ley de res-

muchas otras importantes novedades— al famoso y típicamente italiano principio de la no resarcibilidad de los intereses legítimos) en mi trabajo «La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos». *op. cit.*

³⁰² Sobre los rasgos fundamentales del sistema alemán de prestaciones indemnizatorias públicas recuérdese lo dicho, *supra*, en el capítulo segundo (en especial, en el epígrafe 1).

³⁰³ Vinculación a la expropiación forzosa puramente formal —o histórica—, puesto que, como hemos visto en el capítulo segundo, dichas instituciones pertenecen, hoy en día, claramente, a la órbita de la responsabilidad civil de la Administración.

³⁰⁴ Como ya sabemos, el único supuesto de responsabilidad objetiva contenido en el *BGB* es el del § 833.1 (responsabilidad por los daños causados por animales).

ponsabilidad civil en la versión publicada el 4 de enero de 1978 ³⁰⁵ (*Haftpflichtgesetz*; el § 1 somete a responsabilidad objetiva la explotación de ferrocarriles y teleféricos, y el § 2 el control y conducción de electricidad, gases, vapores y fluidos), la Ley de navegación aérea en la versión publicada el 27 de marzo de 1999 ³⁰⁶ (*Luftverkehrsgesetz* —*LuftVG*—; § 33), la Ley de uso pacífico de la energía nuclear y de protección de sus peligros de 23 de diciembre de 1959 (*Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren* —*Atomgesetz*—; §§ 25-26 ³⁰⁷), la ya citada Ley de responsabilidad por productos defectuosos de 15 de diciembre de 1989 (*Produkthaftungsgesetz* —*ProdHaftG*—; § 1) o la Ley del medicamento de 24 de agosto de 1976 (*Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln* —*Arzneimittelgesetz*—; § 84).

La jurisprudencia alemana se ha negado en reiteradas ocasiones ³⁰⁸ a admitir una genérica responsabilidad objetiva de la Administración, una responsabilidad objetiva de Derecho público que vaya más allá de los concretos supuestos —procedentes del Derecho privado— enunciados por las Leyes y defendida, sobre todo, por FORSTHOFF ³⁰⁹. Una buena prueba del limitado papel que la responsabilidad objetiva de la Administración tiene y ha tenido en Alemania puede verse, precisamente, en el hecho de que FORSTHOFF, el máximo defensor de este tipo de responsabilidad en la doctrina iuspublicista de dicho país, la circunscriba exclusivamente a aquellas situaciones de riesgo individuales y extraordinarias creadas por el poder público ³¹⁰.

³⁰⁵ Esta Ley tiene su origen en la Ley de responsabilidad civil del Imperio de 7 de junio de 1871 —conocida como *Reichshaftpflichtgesetz*—, que dio continuidad, para todo el territorio alemán, a la responsabilidad objetiva de los ferrocarriles prevista en la Ley prusiana del ferrocarril de 1838, antes citada.

³⁰⁶ La primera versión de esta Ley es de 1 de agosto de 1922.

³⁰⁷ Preceptos modificados, con posterioridad, para adaptarlos a los Tratados internacionales existentes sobre la materia.

³⁰⁸ Referencias en RÜFNER, Wolfgang. «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, p. 763, nota núm. 156.

³⁰⁹ FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, pp. 359-364.

³¹⁰ FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, p. 363. FORSTHOFF, en efecto, creyendo insuficiente el sistema de resarcimientos públicos alemán, considera necesario ampliar el alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración de su país, siguiendo el ejemplo de la doctrina del Consejo de Estado francés. La responsabilidad objetiva, sin embargo, para dicho autor, debe estar sometida a límites estrictos, seguros y controlables, que eviten el desborda-

Por lo demás, la culpa y la antijuricidad seguirán dominando la responsabilidad civil de la Administración alemana en el caso —muy probable— de que la futura Ley (tan esperada por la doctrina alemana, y que tiene ya vía libre, como sabemos, tras la reforma constitucional de 1994) que regule de forma unitaria dicha institución mantenga los rasgos fundamentales de la frustrada *StHG* de 1981. La *StHG* partía de una cláusula general de responsabilidad de la Administración por los daños derivados del comportamiento antijurídico del poder público (§ 1.1). El § 2.1, sin embargo, mataba dicha cláusula señalando que la Administración quedaría exonerada del pago de la indemnización cuando la infracción del deber (el comportamiento antijurídico) generadora del daño no hubiera podido ser evitada ni aun observando la diligencia exigida, según las circunstancias, en el ejercicio del poder público. El § 2.1 mantenía, de esta forma, la responsabilidad por culpa de la Administración; culpa cuya prueba, sin embargo, invertía, beneficiando así a las víctimas de la acción pública. Esta responsabilidad por culpa introducida por el § 2.1 no alcanzaba, sin embargo, a todos los supuestos. Quedaban fuera de su alcance (por expreso mandato del § 2.2 y del tercer inciso del propio § 2.1) la lesión de derechos fundamentales y los daños derivados de fallos en el funcionamiento de dispositivos técnicos³¹¹; en ambas casos, la responsabilidad de la

miento de las reclamaciones de indemnización. Ello exige que la responsabilidad objetiva nazca sólo cuando la Administración cree una situación de peligro individual y extraordinaria (*eine individuelle und außergewöhnliche Gefahrenlage*), un riesgo especial, incrementado (*besondere, erhöhte Gefahr*), que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos; y que el daño (que tenga una cierta entidad: los daños insignificantes —*Bagatellschäden*— no han de ser, según este autor, indemnizados) sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro. Esta responsabilidad permitirá conceder indemnización en supuestos como (los ejemplos también son de FORSTHOFF) el del policía que, haciendo un uso reglamentario y no imprudente de su arma, hiere a un tercero durante la persecución de un delincuente; o el del tren cuyas chispas provocan un incendio forestal (FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...* op. cit., pp. 359-364).

³¹¹ La doctrina y jurisprudencia alemanas han dedicado una atención considerable a la imputación de responsabilidad en el caso de daños derivados de fallos en dispositivos técnicos empleados por la Administración en el ejercicio (o incluso sustitución) de las funciones públicas. Centrada primero la atención en los daños ocasionados por el mal funcionamiento de los semáforos, se ha

Administración se vinculaba, pues, al solo dato de la antijuricidad³¹². Como puede apreciarse, la culpa y la antijuricidad constituían los ejes vertebradores de la *StHG*³¹³.

2.1.3. Francia

Ni siquiera en Francia, país pionero en la construcción de hipótesis de responsabilidad sin culpa del poder público³¹⁴, existe una responsabilidad objetiva global de la Administración. La regla general, en Francia, hoy en día, pese a la consolidación e incluso expansión de los supuestos de responsabilidad objetiva, sigue siendo, sin lugar a dudas, la responsabilidad por culpa de la Administración, la responsabilidad por la denominada *faute de service*³¹⁵.

dirigido, después, a la informática (cada vez más presente en la actuación administrativa) y los errores (y daños) que la misma puede producir y produce, hasta tal punto que se ha acuñado, incluso, un término específico: la «responsabilidad informática» (*Computerhaftung*).

³¹² Aunque a cambio de una menor cobertura indemnizatoria: ni la lesión de derechos fundamentales ni el fallo de dispositivos técnicos permitían reclamar el resarcimiento del lucro cesante y el daño moral (§ 2.3).

³¹³ La *StHG* declaraba aplicables a la Administración los puntuales supuestos (previstos también para los particulares) de responsabilidad objetiva (*Gefährdungshaftung*) contenidos en Leyes especiales (§ 15.2).

³¹⁴ De hecho, como recuerda CHAPUS, la responsabilidad objetiva, en Francia, surgió antes en Derecho administrativo que en Derecho civil: la Administración fue sometida a responsabilidad objetiva ya en 1895, en el *arrêt Camés* (CHAPUS, René, *Droit administratif général*, vol. 1, 10.ª ed., Paris, Montchrestien, 1996, pp. 1214 y 1225). Los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración establecidos por el *Conseil d'État* francés han tenido gran influencia en otras experiencias jurídicas. Recuérdese, p. ej., lo que antes se ha dicho sobre el pensamiento de FORSTHOFF. Y es que, durante la primera mitad del siglo XX, Francia fue, seguramente, el país dotado de un régimen de responsabilidad administrativa más amplio: así lo creyó, al menos, DUGUIT (DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, III, 3.ª ed., Paris, Fontemoing & Cie., 1930, pp. 459-460 y 843).

³¹⁵ LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute dans la responsabilité administrative», en *Droits*, núm. 5, 1987, pp. 66 y 69; MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, 3.ª ed., Paris, PUF, 1996, p. 61; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1178; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, Paris, Litec, 1999, p. 247; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, 17.ª ed., Paris, Dalloz, 1998, pp. 268 y 271-272; DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves,

La *faute de service* es entendida como una culpa objetiva, como un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos, representa la desviación de la Administración del modelo de conducta para ella fijado. Lo más habitual es que toda falta de servicio, grave o no, desencadene la responsabilidad administrativa, y que deba ser la víctima quien pruebe la existencia de la misma. En no pocas ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia francesa exige que la falta de servicio sea *grave* para que nazca la responsabilidad de la Administración; dicha jurisprudencia también ha establecido, por otro lado, *presunciones de culpa*, de falta de servicio, que eximen a la víctima de probar su concurrencia.

La responsabilidad de la Administración francesa, por tanto, no sólo se vincula, normalmente, a la culpa, sino que a veces se circunscribe, incluso, a la culpa grave (*faute lourde*). La jurisprudencia ha ido reduciendo progresivamente el número de supuestos sometidos a culpa grave. Abandonada recientemente la exigencia de culpa grave en el ámbito médico, subsiste —en algunas ocasiones, al menos— en el ámbito de la actuación policial, fiscal, de control y tutela (control y tutela sobre otras Administraciones o entes públicos, sobre entes de Derecho privado, control en fronteras, control de la navegación aérea...), en la actividad de vigilancia de los servicios penitenciarios y en el sector de los servicios de extinción de incendios. En general puede afirmarse que la necesidad de culpa grave suele reservarse a aquellos casos en que la concreta actuación administrativa presenta una especial dificultad³¹⁶.

Traité de droit administratif, I, 14.ª ed., Paris, LGDJ, 1996, pp. 923-924, 927 y 936; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de droit administratif*, 4.ª ed., Paris, Montchrestien, 1995, pp. 681, 695 y 707; BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, 4.ª ed., Paris, Presses des Sciences Politiques/Dalloz, 1997, pp. 273 y 285; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 106-107, 122-125, 160.

³¹⁶ CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1187-1207; MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 67-71; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 270-271; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, pp. 702-703; DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 929-935; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 248-250 (citando un *arrêt* de 1998 que parece relativizar la exigencia de culpa grave en el sector de la extinción de incendios); VEDEL, Georges;

En cuanto a la presunción de culpa, tendente a beneficiar a las víctimas (a diferencia de los supuestos de culpa grave), la jurisprudencia francesa la prevé en dos grandes supuestos: daños que puedan sufrir los *usuarios* de obras y vías públicas (peatones, ciclistas, conductores, p. ej.), y determinados daños sufridos por pacientes de hospitales públicos (restringida primero la presunción a los daños anormales derivados de actos médicos sencillos, ha sido después ampliada a las infecciones nosocomiales y a los accidentes asociados a materiales defectuosos)³¹⁷.

Los principales supuestos de responsabilidad objetiva (*responsabilité sans faute*) de la Administración francesa identificados por el *Conseil d'État* y el legislador son los siguientes: daños accidentales sufridos por *terceros*³¹⁸ como consecuencia de la existencia, ejecución o funcionamiento de obras e instalaciones públicas; daños sufridos por los colaboradores ocasionales de la Administración³¹⁹; daños derivados de cosas, métodos o situaciones especialmente peligrosos (explosivos, armas de fuego, productos sanguíneos, obras e instalaciones públicas

DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, I, 12.ª ed., Paris, PUF, 1992, pp. 583-590; BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 282-284; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 108-113 y 142-146.

³¹⁷ MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 67-68 y 72-74; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1181-1187; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, pp. 701-702; DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, *Traité...*, *op. cit.*, p. 928; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 148-150; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 248.

³¹⁸ Y no, en cambio, los *usuarios*. Cuando la víctima tiene la condición de usuaria se beneficia, como hemos visto, de una presunción de culpa, pero no de responsabilidad objetiva (ello, sin embargo, deja de ser así cuando la obra o instalación pública es especialmente peligrosa; véase, al respecto, lo que se dirá a continuación). Los *participantes* (mediante retribución) en la construcción, explotación o mantenimiento de la obra o instalación pública ni siquiera gozan de la presunción de culpa, quedando sometidos a la regla general de responsabilidad de la Administración por culpa probada.

³¹⁹ Esto es, aquellos particulares que colaboran con la Administración en, p. ej., la extinción de un incendio o la detención de un delincuente que escapa. La responsabilidad objetiva beneficia tanto a los colaboradores forzosos, como a los voluntarios, como a los espontáneos (aquellos cuya colaboración es en un primer momento desconocida por la Administración).

especialmente peligrosas ³²⁰, permitir que presos y enfermos mentales puedan salir a la calle para facilitar su reinserción social, vacunas obligatorias, métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias todavía poco conocidas, etc.); daños permanentes o duraderos, no accidentales, inherentes a la existencia, ejecución o funcionamiento de obras e instalaciones públicas ³²¹; inaplicación de una resolución judicial (de, p. ej., desalojo de una vivienda ocupada sin título) por parte de la Administración, por razones de interés general (normalmente, para evitar alteraciones del orden público), y supuestos análogos de no ejercicio justificado de competencias de policía administrativa; en general, adopción de medidas justificadas, pero generadoras de graves perjuicios ^{322, 323}.

Limitada, fundamentalmente, a estos supuestos, la responsabilidad objetiva de la Administración se encuentra, además, en

³²⁰ Cuando las obras o instalaciones públicas son especialmente peligrosas, la responsabilidad objetiva beneficia también a sus usuarios, y no ya sólo a los terceros. Obras o instalaciones públicas especialmente peligrosas son, p. ej., según la jurisprudencia francesa, las de conducción y distribución de gas, agua y electricidad.

³²¹ El caso paradigmático es el de las obras públicas cuya realización causa graves perjuicios a los negocios y hoteles de la zona, dificultando o impidiendo el acceso de la clientela a los mismos. Pero no es el único. Se incluyen también aquí, p. ej., los daños permanentes o duraderos que puedan sufrir quienes habitan cerca de autopistas, aeropuertos, fábricas, centrales eléctricas y nucleares o cementerios.

³²² Así, p. ej., decidir no llevar a cabo finalmente una expropiación, o no construir una vía pública previamente proyectada (perjudicando a una empresa que construyó un gran aparcamiento de vehículos confiando en que prosperaría el proyecto de la Administración), o demoler algunos edificios (haciendo perder su clientela al farmacéutico de la zona), o impedir que un barco de carga pereciera entre en el puerto, o no autorizar el despido de trabajadores de una empresa en protección de la vida económica local.

³²³ CHAPUS, René, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 1215-1249; MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, op. cit., pp. 88-98; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, op. cit., pp. 271-275; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, op. cit., pp. 708-717; DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, *Traité...*, op. cit., pp. 936-947; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, op. cit., pp. 597-609; BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, op. cit., pp. 285-296; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, op. cit., pp. 159-166.

Francia, subordinada a dos requisitos adicionales ³²⁴: el daño sufrido por la víctima debe ser *anormal y especial*. El de la anormalidad es un requisito básicamente cuantitativo que alude a la entidad, gravedad del daño, mientras que el de la especialidad es de tipo cualitativo y hace referencia a la pertenencia de la víctima a un grupo fácilmente identificable y particularmente afectado por la acción administrativa lesiva ³²⁵. La responsabilidad objetiva de la Administración francesa, por tanto, además de ser excepcional, no indemniza todos los daños que caen en su ámbito operativo.

Señalar, por último, que la doctrina francesa se muestra mayoritariamente contraria a una generalización de la responsabilidad objetiva de la Administración, a una responsabilidad objetiva global por el funcionamiento de los servicios públicos. Este tipo de responsabilidad es admitida sólo en supuestos concretos perfectamente delimitados, como excepción a la que debe seguir siendo la regla general, la responsabilidad por *faute de service* ³²⁶.

³²⁴ Al menos en aquellos supuestos de responsabilidad objetiva fundamentados —como veremos— en el principio de igualdad antes las cargas públicas. Para algunos autores (p. ej., MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, op. cit., pp. 99-104; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, op. cit., p. 707) ambos requisitos del daño son exigidos en todos los supuestos de responsabilidad objetiva, pero para otros (p. ej., CHAPUS, René, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1240; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», op. cit., pp. 71-72; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, op. cit., pp. 625-628) sólo lo son en aquellos que encuentran su fundamento en el referido principio. En cualquier caso, las notas de la anormalidad y la especialidad no son exigidas ni en los supuestos de responsabilidad objetiva establecidos por el legislador, ni en el de los daños sufridos por colaboradores ocasionales de la Administración (MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, op. cit., pp. 103-104).

³²⁵ MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, op. cit., pp. 99-101.

³²⁶ En este sentido, p. ej., CHAPUS, René, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1215, y LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», op. cit., pp. 73-75. En contra de una responsabilidad objetiva global, también, DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 336-345; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, op. cit., p. 275.

2.2. LOS ARGUMENTOS SUMINISTRADOS POR LA DOCTRINA ADMINISTRATIVISTA EN FAVOR DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La doctrina administrativista, en general, ha dedicado menores esfuerzos que la civilista a sopesar los pros y contras de la responsabilidad objetiva. De hecho, cuando se discute si un determinado ámbito de la actuación administrativa debe quedar sometido o no a responsabilidad objetiva, es frecuente que se produzca una remisión —casi siempre implícita— a las razones aducidas por la doctrina civilista en favor y en contra de dicho régimen de responsabilidad, y que en apoyo de la misma se invoquen, de forma expresa, solamente, un genérico principio de *solidaridad* para con las víctimas de la acción pública y un —todavía más genérico— deseo de llevar la institución de la responsabilidad administrativa a mayores cotas de *progreso social*, cuando no una pura y simple apelación a la *equidad*³²⁷.

A pesar de ello, cabe encontrar, en la elaboración de la doctrina administrativista de los distintos países considerados en el presente trabajo, argumentaciones expresas, más o menos compartidas, en defensa de la responsabilidad objetiva de la Admi-

Una de las excepciones más destacadas a este mayoritario sentir doctrinal francés se encuentra en DUGUIT, ferviente partidario de someter a la Administración a una responsabilidad objetiva global (DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 466-475 y 494-511). Para DUGUIT, «siempre que el funcionamiento de un servicio público [en sentido amplio, como sinónimo de actuación administrativa], aun al margen de toda culpa, haya ocasionado un perjuicio a algunos [la colectividad] deberán contribuir a repararlo. Si el Derecho público no ha llegado todavía a esta solución, tengo la convicción de que la alcanzará en un futuro próximo, puesto que forma parte de la lógica de las cosas y de la evolución jurídica» (op. cit., p. 502). Debe decirse que la profecía de DUGUIT, setenta años después, todavía no se ha cumplido (en Francia, país en que obviamente estaba pensando este autor; sí se ha cumplido, curiosamente, en España —ya en 1954, como sabemos—), y nada parece indicar que vaya a hacerlo.

³²⁷ Además, en los países cuyos supuestos de responsabilidad sin culpa de la Administración han sido introducidos, fundamentalmente, por la jurisprudencia (Francia y Alemania, sobre todo), existe una sorprendente tendencia a aceptar de forma un tanto acrítica las innovaciones jurisprudenciales, aceptación acrítica que impide saber por qué las concretas hipótesis de responsabilidad objetiva son preferibles a alternativas menos generosas con las víctimas.

nistración. Unas veces coinciden con las ofrecidas en Derecho privado. Pero otras no, constituyendo explicaciones de la responsabilidad objetiva exclusivas del Derecho administrativo. Tres son, a mi modo de ver, las principales respuestas ofrecidas por la doctrina administrativista a la pregunta de por qué debe admitirse la responsabilidad objetiva en el Derecho de daños público:

1. Riesgo especial creado por la Administración. La doctrina del riesgo, de gran raigambre, como hemos visto, en el Derecho civil, es también aducida con frecuencia por la doctrina iuspublicista en defensa de la responsabilidad objetiva de la Administración: la Administración debe responder objetivamente cuando cree o domine un riesgo especial, cuando cree o domine un riesgo especialmente elevado de producción de resultados lesivos³²⁸.

No debe confundirse la doctrina del riesgo (del riesgo especial) con el uso que del término «riesgo» se efectúa en el marco de la teoría de la imputación objetiva y que BELADIEZ y yo mismo hemos tratado de aplicar —para explicarla mejor— a la responsabilidad objetiva de la Administración española³²⁹. Cuando, en el marco de la teoría de la imputación objetiva —en la versión proveniente del Derecho penal—, se sostiene que la Administración, para responder civilmente, debe crear un riesgo, y que dicho riesgo debe realizarse en el resultado lesivo, no se está aludiendo a un riesgo especialmente elevado, a un riesgo excepcional, sino que el término es manejado en su sentido más amplio y convencional, como posibilidad de producción de un resultado lesivo.

Tampoco parece manejar el concepto de riesgo especial la generalizada doctrina española³³⁰ que erige al riesgo creado en

³²⁸ Remito aquí a lo dicho *supra*, en el epígrafe 1.2 del presente capítulo, sobre la doctrina del riesgo.

³²⁹ En, respectivamente, BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación...*, op. cit., y MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, op. cit.

³³⁰ Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, op. cit., pp. 395-397 (antes, ya, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, op. cit., pp. 212-217).

título autónomo de imputación de daños a la Administración y en concepto en torno al cual articula la distinción entre caso fortuito —generador de responsabilidad administrativa— y fuerza mayor —excluyente de responsabilidad—. No parece manejarlo porque en los supuestos de caso fortuito el riesgo creado por la Administración no tiene por qué ser especialmente elevado ³³¹.

El riesgo especial como argumento en favor de la responsabilidad objetiva de la Administración ha sido manejado, sobre todo, por la doctrina y la jurisprudencia francesas ³³². Encuentran su explicación en el riesgo especial muchos de los supuestos de responsabilidad objetiva introducidos por el *Conseil d'État* y el legislador de dicho país, y a los que ya se ha hecho referencia más arriba ³³³.

En Alemania, teniendo en cuenta que, como hemos visto antes, el *BGH* se ha mostrado reacio a admitir una genérica y atípica responsabilidad por riesgo especial propia del Derecho

³³¹ Si, en efecto, se atiende a la definición de caso fortuito dominante en la doctrina administrativista española (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 395-396), se constata que los rasgos que lo caracterizan son la interioridad al servicio administrativo y la indeterminación, pero no la especial peligrosidad de la actuación administrativa en el marco de la cual se produce.

³³² Así, p. ej., MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 106-108; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1216-1225 (no, en cambio, en el resto de supuestos que este autor incluye dentro de la categoría de la responsabilidad por riesgo, ya que en ellos no existe un riesgo especialmente cualificado); RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 272-273; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 251-252 (aunque, al igual que CHAPUS, estos autores incluyen dentro de la responsabilidad por riesgo algunos supuestos no caracterizados por una especial peligrosidad); DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, pp. 298-300; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», *op. cit.*, p. 71; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, *op. cit.*, p. 708; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 598-602.

³³³ Recordémoslos: responsabilidad por explosivos, por el uso de armas de fuego, por obras e instalaciones públicas especialmente peligrosas (como las de conducción y distribución de gas, agua y electricidad, p. ej.), por permitir que presos y enfermos mentales puedan salir a la calle para facilitar su reinserción social, por vacunas obligatorias, por productos sanguíneos o por métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias todavía poco conocidas.

público, dicho argumento se limita a explicar los supuestos de responsabilidad por riesgo (*Gefährdungshaftung*) expresamente previstos por Leyes sectoriales y que resultan de aplicación tanto a la Administración como a los particulares ³³⁴.

En cuanto a España, el argumento del riesgo especial es manejado de forma expresa y frecuente por el Tribunal Supremo (sobre todo, por la Sala de lo penal) para fundamentar la responsabilidad objetiva de la Administración al menos en un sector determinado: el de los daños ocasionados por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad al hacer uso de su arma reglamentaria estando fuera de servicio. El Tribunal Supremo suele imputar en estos casos la responsabilidad a la Administración alegando que la decisión organizativa de permitir que los agentes porten armas de fuego aun estando fuera de servicio genera un riesgo especialmente elevado ³³⁵.

Al igual que en Derecho privado, el criterio del riesgo especial viene a menudo acompañado, también en sede de responsabilidad de la Administración, de la idea de la obtención de un beneficio ³³⁶: la Administración (la colectividad) debe cargar con el daño no sólo porque el mismo derive de una actividad o situación especialmente peligrosa creada o dominada por ella, sino, también (además), porque es la propia Administración (y, a través de ella, la colectividad) quien se beneficia directamente de dicha actividad o situación ³³⁷. La idea del beneficio, sin

³³⁴ MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, pp. 758-759; RÜFNER, Wolfgang, «Das Recht der öffentlich-rechtlichen...», *op. cit.*, p. 764. Quien más ha insistido, en Alemania, como ya se ha dicho, en fundamentar y ampliar los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración sobre la base del riesgo especial ha sido FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, pp. 359-364.

³³⁵ Al respecto, MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 182-197 (y la jurisprudencia y doctrina allí citada). Véase lo que críticamente diré al respecto *infra*, en el epígrafe 2.2.3 del capítulo quinto del presente trabajo.

³³⁶ Téngase en cuenta lo ya dicho *supra*, en el epígrafe 1.2 del presente capítulo.

³³⁷ Vincula expresamente el argumento del riesgo especial a la idea del beneficio obtenido por la colectividad de la acción administrativa lesiva (y peligrosa) FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch...*, *op. cit.*, p. 361.

embargo, ha recibido mayor atención por parte de la doctrina administrativista en el marco del segundo de los argumentos esgrimidos en defensa de la responsabilidad objetiva de la Administración, del que nos ocupamos a continuación.

2. Principio de igualdad ante las cargas públicas. El principio de igualdad ante las cargas públicas ha sido y es, probablemente, el argumento más repetido por la doctrina administrativista en defensa de la responsabilidad objetiva de la Administración. De lo que no hay duda es de que se trata de un argumento propio del Derecho público, desconocido en el Derecho privado, que tiene en cuenta la especificidad del actuar administrativo y de la relación existente entre la Administración y los particulares. O eso es, al menos, lo que parece. Porque si es analizado con detenimiento, se observa que en la formulación y funcionamiento de dicho principio resulta crucial el elemento del *beneficio*, elemento que, como ya sabemos, juega un papel clave también en la fundamentación de la responsabilidad objetiva efectuada en Derecho civil.

En efecto, el principio de igualdad ante las cargas públicas, nacido como concreta manifestación del principio de igualdad en el ámbito tributario³³⁸, incorpora esencialmente la idea del beneficio cuando es manejado en el ámbito de la responsabilidad de la Administración: en su virtud, los daños que el funcionamiento de los servicios públicos, la actividad administrativa, pueda ocasionar, deben ser siempre —tanto cuando haya culpa o antijuricidad como cuando no— asumidos por la colectividad (a través de la Administración y la institución de la responsabilidad administrativa) porque son producto de una actividad (la desarrollada por la Administración) que a todos (a toda la colectividad) *beneficia*. El

³³⁸ Como es sabido, dicho principio resulta fundamental en el ámbito tributario, imponiendo al legislador el respeto del principio de igualdad (que obliga a tratar de la misma manera los supuestos iguales, pero diferente —no se olvide— los distintos) al diseñar el sistema tributario: los tributos (las «cargas públicas») deben ser repartidos, distribuidos conforme al principio de igualdad, entre todos los ciudadanos. Dicho principio es reconocido, al máximo nivel normativo, por el artículo 31.1 CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

beneficio obtenido por la colectividad de la actuación administrativa lesiva da pie a la entrada del principio de igualdad en el ámbito de la responsabilidad de la Administración: precisamente porque todos se benefician de la actuación administrativa, no parece justo que los daños que la misma genere (daños calificados de auténticas cargas públicas) pesen más sobre unos que sobre otros. La asunción de la indemnización del daño por parte de la colectividad, por parte de la Administración, es vista, así, como mecanismo restablecedor de la igualdad rota y como compensación del sacrificio —en aras de la colectividad— de la víctima.

El principio de igualdad ante las cargas públicas, como el del riesgo especial, ha tenido un particular predicamento en la doctrina y jurisprudencia francesas³³⁹. Se trata del argumento allí manejado para explicar y fundamentar muchos de los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración de ese país³⁴⁰.

³³⁹ La aplicación y desarrollo de dicho principio en el ámbito de la responsabilidad administrativa se debe en gran medida a DUGUIT, que basó en él y en un conexo principio de solidaridad nacional para con las víctimas de la acción pública su defensa (antes aludida) de la responsabilidad objetiva global de la Administración (DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 469-475, 501-502). Monográficamente, sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas, sigue siendo ineludible citar a DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, op. cit. (la primera parte de este libro está dedicada a la operatividad de dicho principio en la legalidad, y la segunda a la que despliega en el ámbito de la responsabilidad civil).

³⁴⁰ Señaladamente, los supuestos de responsabilidad por daños permanentes o duraderos, no accidentales, inherentes a la existencia, ejecución o funcionamiento de obras e instalaciones públicas; por la inaplicación de resoluciones judiciales por parte de la Administración, por razones de interés general, y supuestos análogos de no ejercicio justificado de competencias de policía administrativa; por la adopción, en general, de medidas justificadas, pero generadoras de graves perjuicios.

Fundamentan estas y otras (pero no todas las) hipótesis de responsabilidad objetiva de la Administración en dicho principio MOREAU, Jacques, *La responsabilité administrative*, op. cit., pp. 106-108; CHAPUS, René, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 1239-1249; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, *Droit administratif*, op. cit., pp. 273-275; AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 252-253; DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, op. cit., pp. 320-321, 369-370; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la laute...», op. cit., p. 71; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours...*, op. cit., p. 708; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, op. cit., pp. 597-598 y 605-609.

No faltan, incluso, en Francia, quienes han visto en dicho principio el fundamento de todos los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración³⁴¹ y hasta de la entera institución de la responsabilidad civil de la Administración³⁴² (es decir, como fundamento tanto de la responsabilidad objetiva como de la responsabilidad por culpa de la Administración).

3. Garantía patrimonial de los administrados. Aunque el principio de igualdad ante las cargas públicas y, sobre todo, la idea del beneficio (la colectividad se beneficia de la actividad administrativa generadora de daños y debe, por ello, asumir su coste), se encuentren presentes en la doctrina administrativista española³⁴³, el argumento que con mayor frecuencia se ha manejado en España para fundamentar la responsabilidad objetiva de la Administración es el de la garantía patrimonial de los administrados: la Administración debe responder objetivamente porque le corresponde garantizar la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción pública; existe un principio general y abstracto de garantía del patrimonio de los ciudadanos que obliga a la Administración a compensar todo menoscabo que pueda irrogarles. La necesidad de garantizar dicha integridad patrimonial obliga a prescindir del carácter culposo o dili-

³⁴¹ P. ej., BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, op. cit., p. 285.

³⁴² P. ej., DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, *Traité...*, op. cit., pp. 924-925.

³⁴³ El principio de igualdad ante las cargas públicas (que incorpora, como sabemos, la idea del beneficio) es manejado como fundamento de algunos supuestos —al menos— de responsabilidad objetiva de la Administración por BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación...*, op. cit., p. 120; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», op. cit., p. 247; MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», op. cit., p. 327 (recordando planteamientos anteriores de este mismo autor); ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso...*, op. cit., pp. 370-371; DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», op. cit., p. 562. El argumento del beneficio, a su vez, desvinculado del principio de igualdad, es alegado por LEGUINA VILLA, Jesús, «El fundamento de la responsabilidad...», op. cit., p. 524; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, op. cit., p. 365; VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad...*, op. cit., p. 30 (haciendo suya una sentencia del Tribunal Supremo); RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, «La responsabilidad...», op. cit., pp. 388-389; GAMERO CASADO, Eduardo, «El nuevo escenario de la responsabilidad...», op. cit., p. 4.

gente, lícito o ilícito, de la actuación administrativa, y a tener que indemnizar siempre que se produzca un daño antijurídico, un daño que la Ley no obligue expresamente a soportar. La garantía patrimonial exige, así, trasladar la atención de la conducta administrativa al daño de ella derivado, trasladar la atención de la Administración a la víctima, al titular del patrimonio lesionado.

Éste es el fundamento que GARCÍA DE ENTERRÍA otorgó a la responsabilidad objetiva de la Administración española ya a mediados de los años cincuenta³⁴⁴. Pero no sólo a la responsabilidad objetiva de la Administración. El principio de garantía patrimonial, para este autor, servía (y sirve³⁴⁵) de fundamento, también, a la institución de la expropiación forzosa. La expropiación, como la responsabilidad de la Administración, encontrarían su fundamento unitario en el referido principio de garantía patrimonial³⁴⁶.

El anclaje constitucional del referido principio de garantía patrimonial debe buscarse —se dice— en el artículo 33.1 CE, donde el Estado reconoce la propiedad privada y se compromete a garantizarla frente a su propia acción³⁴⁷.

³⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, op. cit., pp. 163-179. Recuérdese lo ya dicho sobre el planteamiento de GARCÍA DE ENTERRÍA *supra*, en el epígrafe segundo del capítulo primero del presente trabajo.

³⁴⁵ Todavía hoy, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, op. cit., pp. 249 y 356.

³⁴⁶ Compartiendo el mismo fundamento, ambas instituciones se diferencian, para este autor, por la forma de producción de la lesión. Ya lo hemos visto, con mayor detenimiento, en el epígrafe 3 del capítulo segundo.

También el Tribunal Constitucional ha parecido ver en el principio de garantía patrimonial de los ciudadanos el fundamento común de la responsabilidad patrimonial de la Administración y de la expropiación forzosa: «es evidente [dice el tribunal] el paralelismo que guarda esta figura (art. 106.2 CE) [se refiere a la responsabilidad de la Administración] con la expropiatoria (art. 33.3 CE), ambas recogidas a efectos competenciales en el art. 149.1.18 CE, y modalidades de un mismo género: la garantía patrimonial del ciudadano» (FJ 33.º de la STC 61/1997, antes citada, sobre la normativa urbanística estatal).

³⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, op. cit., p. 356; y, sobre todo (aludiendo al artículo 30 del Fuero de los Españoles, de contenido similar al actual artículo 33.1 CE), GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, op. cit., p. 165.

Este argumento, característico del Derecho administrativo español, tiene sus orígenes en el Derecho civil. Concretamente, en la teoría explicativa de la responsabilidad extracontractual desarrollada por STARCK: la teoría de la garantía³⁴⁸. STARCK parte de la constatación de que buscar el fundamento de la responsabilidad civil en la culpa o en el riesgo, como se hace normalmente, es erróneo (es incompleto) porque en ambos casos sólo se tiene en cuenta la perspectiva del autor del daño, omitiéndose la de la víctima. Si, en cambio, se adopta la perspectiva de la víctima, se advierte que ésta es titular de una serie de derechos, derechos que pueden ser lesionados por terceros y que, en la medida en que son objeto de protección por el ordenamiento, merecen ser garantizados, también, a través de la institución de la responsabilidad civil y la indemnización que la misma conlleva, sin necesidad de que el acto lesivo sea ilícito³⁴⁹. La víctima, de esta forma, tiene un *derecho a la seguridad*, derecho a la seguridad cuya lesión justifica, por sí sola, una indemnización. La responsabilidad civil (objetiva, pues nace con independencia de cómo sea la

³⁴⁸ Así lo reconoce el propio GARCÍA DE ENTERRÍA: «[STARCK] es quizá de cuantos conocemos el autor que más se acerca a la posición señalada en el texto» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 170, nota núm. 193). Según PANTALEÓN, la tesis de STARCK —que se expone a continuación, en el texto, en sus rasgos fundamentales—, en cuanto vincula el nacimiento de responsabilidad civil a la mera lesión de derechos subjetivos absolutos, como exigencia lógica del concepto mismo de derecho subjetivo, se acerca a la de VENEZIAN y EPSTEIN (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, pp. 245-246, nota núm. 4).

En el texto se expone, a continuación, mínimamente, la tesis de STARCK. Ello resulta obligado porque sólo conociendo el pensamiento de este autor puede captarse el sentido último del fundamento concedido a la responsabilidad objetiva de la Administración por GARCÍA DE ENTERRÍA. Aunque —se advierte ya— las diferencias entre ambos autores son, como veremos más adelante, notables.

³⁴⁹ STARCK pone el ejemplo del derecho de propiedad: si alguien detenta —incluso de buena fe— una cosa que es propiedad de otro, el propietario dispondrá de la acción reivindicatoria, con base en la mera lesión del derecho y no ya en consideraciones relativas a la actuación del tercero (es indiferente que haya actuado con culpa o sin ella o que haya creado un riesgo o no); de la misma forma, si el tercero, en lugar de detentar la cosa ajena, la destruye o la deteriora, el propietario también debe recibir protección y obtener una indemnización en concepto de responsabilidad civil por el mero dato de la lesión de su derecho y con independencia de la conducta (imprudente o no, peligrosa o no) del tercero. Así lo exige —siempre según STARCK— la garantía del derecho de propiedad.

conducta lesiva) aparece, así, como garantía de dicho genérico derecho a la seguridad.

La perspectiva de la víctima, sin embargo, según STARCK, no es suficiente, y debe completarse con la del autor del daño. Desde esta segunda perspectiva se constata que el causante del daño también dispone de derechos, derechos que le permiten actuar y que son fundamentales para vivir en sociedad. El problema de la responsabilidad civil es entonces cómo conciliar los derechos antagónicos de víctimas y causantes de daños: cómo conciliar el genérico derecho a actuar del autor de daños con el genérico derecho a la seguridad que corresponde a las víctimas. La respuesta que ofrece STARCK es la siguiente: *a)* determinados derechos de actuar permiten dañar impunemente a los demás. Es lo que ocurre, p. ej., con el derecho a desarrollar una actividad empresarial o con el derecho de huelga. Los daños a la competencia (hacer que las otras empresas vendan menos o incluso se arruinen) y al empleador (que verá reducida la facturación mientras dure la huelga), respectivamente, son inherentes al reconocimiento de ambos derechos; por ello, la Ley, al reconocerlos, está permitiendo dichos daños. Los *daños* son, en estos casos, *lícitos*, primando el derecho a actuar sobre el derecho a la seguridad de la víctima; *b)* en otras hipótesis, sin embargo, se impone el derecho a la seguridad. Es lo que ocurre cuando el daño consiste en una lesión del derecho a la vida, a la integridad corporal o a la integridad material de los bienes. Dichos derechos son protegidos contra la actividad ajena, dando siempre lugar a indemnización, esto es, aunque la actividad lesiva sea irreprochable. Se trata de daños que no son inherentes al desarrollo de ninguna actividad, al ejercicio de ningún derecho de actuación. Son, por ello, *daños ilícitos* (aunque el acto que los produzca sea, en sí mismo, lícito)³⁵⁰.

Como puede observarse, la teoría de la garantía de STARCK pivota, en último término, sobre una gran división de daños: por un lado, los *daños corporales y materiales* (esto es, los daños consistentes en la lesión del derecho a la vida, a la integridad corporal o a la integridad material de los bienes); por otro, los *daños «de naturaleza puramente económica o moral»* (los relativos al

³⁵⁰ STARCK se ve obligado, en este punto, a admitir algunas excepciones, a reconocer que en algunas ocasiones el ordenamiento admite que los citados derechos sean lesionados: alude, entre otros ejemplos, a la legítima defensa, al boxeo y al rugby.

resto de derechos y posiciones jurídicas subjetivas). Los primeros estarían «garantizados objetivamente» y quedarían por ello sometidos a responsabilidad objetiva, mientras que los segundos se sujetarían a responsabilidad por culpa (no estando, en principio, garantizados, por ser la consecuencia normal, incluso necesaria, del ejercicio del derecho de actuar y de lesionar atribuido a quien los ha ocasionado, sólo serían resarcidos en caso de que se acreditara la culpa de éste³⁵¹)³⁵².

Nótese que la teoría de la garantía de STARCK no conduce a una responsabilidad objetiva global. La responsabilidad objetiva es circunscrita a la lesión de determinados derechos absolutos. Fuera de ellos la responsabilidad se basa en la culpa³⁵³. Nótese también que la división de la responsabilidad civil en las dos grandes áreas (culpa y responsabilidad objetiva) es efectuada por este autor atendiendo exclusivamente al *daño*, no ya a la conducta que lo produce o a otros factores.

3. Por qué no puede seguir sosteniéndose la responsabilidad objetiva global de la Administración

Ya sabemos qué grado de penetración tiene y ha tenido la responsabilidad objetiva en el Derecho de daños público y pri-

³⁵¹ Así —siempre según STARCK—, los daños que el ordenamiento tolera y permite encuentran su límite en la actuación culposa: quien desarrolla una actividad empresarial puede hacer la competencia a los otros empresarios (y, consiguientemente, ocasionarles daños), pero debe tratarse de una competencia *leal*; cuando los daños son fruto de una competencia desleal nace el deber de indemnizar; igualmente, la huelga, para que no dé lugar a indemnización, debe ser *regular*, efectuarse conforme a los presupuestos que la autorizan y justifican.

³⁵² STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations, op. cit.*, pp. 34-39.

³⁵³ La culpa, en el planteamiento de STARCK, juega un papel destacado incluso en el sector que somete a responsabilidad objetiva; su presencia, según este autor, comporta un incremento en el importe de la indemnización, un aumento de las primas de seguro, etc. Además, STARCK se muestra favorable a mantener la noción tradicional de culpa, subjetiva, caracterizada por la reprochabilidad, y se opone totalmente a quienes pretenden objetivarla. Sólo una culpa en el sentido tradicional permite, según STARCK, que la responsabilidad civil cumpla adecuadamente la función preventivo-sancionatoria que le corresponde (junto a la función de garantía) (STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations, op. cit.*, pp. 40-41).

vado y cuáles son los principales argumentos que uno y otro han suministrado en su defensa. Estamos, pues, en condiciones de contestar a la pregunta que planea sobre el presente capítulo: ¿Por qué conviene limitar el alcance de la responsabilidad de la Administración española?, ¿por qué no puede seguir sosteniéndose la responsabilidad objetiva global de la Administración?

3.1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA NO SE HA IMPUESTO SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA EN DERECHO CIVIL

La doctrina administrativista defensora del sistema español tradicional afirma a menudo que la responsabilidad de la Administración debe ser objetiva porque la responsabilidad objetiva es cada vez más importante en Derecho privado y algún día acabará por imponerse, también allí, sobre la responsabilidad por culpa. El Derecho administrativo, se piensa, no puede desmarcarse de esta palpable e inexorable tendencia del Derecho privado. Se afirma, además, que el Derecho administrativo puede y debe adelantarse, incluso, al Derecho privado, sometiendo a la Administración a una responsabilidad objetiva global antes de que el Derecho privado haga lo propio con los particulares. No hay duda de que el Derecho privado llegará pronto a la solución pionera del Derecho administrativo.

Discrepo totalmente de afirmaciones semejantes. Como hemos visto en el epígrafe 1.1 del presente capítulo, la responsabilidad objetiva, en Derecho privado, no sólo no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa, sino que se encuentra, actualmente, en una cierta situación de crisis. Tras más de cien años de existencia, la responsabilidad objetiva no ha conseguido desplazar a la responsabilidad por culpa, que sigue siendo la regla general en Derecho privado, la cláusula general de la gran mayoría de ordenamientos, exceptuada únicamente en supuestos (más o menos numerosos) típicos y perfectamente acotados de responsabilidad objetiva. Habiendo

pasado el mejor momento de la responsabilidad objetiva, y con la culpa en plena forma, recuperando incluso parcelas que había cedido a la primera, nada parece indicar que la responsabilidad objetiva vaya a desplazar de forma general a la responsabilidad por culpa en Derecho privado. Puede decirse, sin miedo a equivocarse, que la apuesta efectuada por el Derecho administrativo español de los años cincuenta en favor de la responsabilidad objetiva y su previsible evolución en Derecho privado se ha perdido.

El pronóstico de que la responsabilidad objetiva acabaría imponiéndose de forma general también en Derecho privado no era, en los años cincuenta, ni temerario ni demasiado aventurado. La responsabilidad objetiva venía experimentando una constante expansión en Derecho privado, con cada vez mayores ámbitos a ella sometidos por el legislador o la jurisprudencia. Dicho pronóstico, incluso, pareció corroborarse a lo largo de las dos décadas siguientes. Pero la evolución posterior —que ya conocemos— lo ha desmentido contundentemente.

Por ello, si se quiere acercar el sistema de responsabilidad de la Administración española a la responsabilidad civil de Derecho privado de nuestros días, lo que conviene hacer es limitar su alcance.

¿Resulta posible y oportuno acercar la responsabilidad de la Administración a la responsabilidad civil de los particulares? La respuesta, a mi modo de ver, debe ser afirmativa, puesto que las peculiaridades de la Administración pública y de su actuación, que existen y que justifican una regulación propia, no justifican, en cambio, una total indiferencia ante los rasgos que la institución general de la responsabilidad extracontractual (de la que procede, no se olvide, la responsabilidad patrimonial de la Administración, y de cuya naturaleza sigue participando) presente en cada momento. Así lo ha aceptado, por otro lado, la doctrina administrativista española tradicional, al tratar de justificar la responsabilidad objetiva global de la Administración en la —erróneamente diagnosticada, como se ha dicho— supuesta tendencia del Derecho privado a objetivar progresivamente la responsabilidad civil.

3.2. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN NO EXISTE EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO. LA NECESIDAD DE ACERCAR EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN A LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL RESTO DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Otra afirmación recurrente de la doctrina administrativista tradicional española es la de que el sistema español de responsabilidad de la Administración es el punto de llegada al que tienden inexorablemente los ordenamientos del resto de países europeos. En todos ellos se constata —se dice— una clara tendencia a ir aumentando progresivamente los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración. De su propia evolución se infiere que, tarde o temprano, todos adoptarán un sistema de responsabilidad objetiva global como el español.

Discrepo, nuevamente, de quienes efectúan dicho pronóstico. Como hemos podido comprobar en el epígrafe 2.1 del presente capítulo, los sistemas de responsabilidad administrativa de Italia, Francia y Alemania pivotan de forma fundamental sobre la culpa o la antijuricidad; todos ellos conocen, desde hace tiempo, hipótesis de responsabilidad objetiva, pero se trata de hipótesis excepcionales, perfectamente acotadas. Ni la doctrina ni la jurisprudencia de dichos países parecen dispuestas a subvertir su consolidado régimen de responsabilidad administrativa y a convertirla en una responsabilidad objetiva global, desvinculada totalmente de la culpa o la antijuricidad en el actuar administrativo. Nada parece indicar que vaya a cumplirse el pronóstico efectuado desde España.

El caso de Francia es paradigmático. Allí la responsabilidad objetiva de la Administración existe desde hace más de un siglo por obra, sobre todo, de una jurisprudencia cuyas soluciones han sido importadas por buena parte de los países de su entorno. Pero sigue siendo la excepción, la excepción a la regla general de la *faute de service*. Si tras más de cien años de existencia de responsabilidad objetiva, la regla general —que cuenta con el beneplácito de la doctrina, como sabemos— sigue siendo la responsabilidad por culpa, ¿resulta razonable creer que la situación vaya a cambiar drásticamente y que la culpa, la *faute de service*, vaya a

desaparecer y dejar paso a una responsabilidad objetiva global? No, en mi opinión.

Acercar, por tanto, la responsabilidad de la Administración española a la de las Administraciones de los países de su entorno exige, sin duda, limitar su alcance, acabar con su carácter objetivo global.

La pregunta que inmediatamente se plantea es la siguiente: ¿Conviene acercar la responsabilidad de la Administración española a la de los países de su entorno? En mi opinión, la aproximación del régimen de responsabilidad civil de la Administración de los distintos países miembros de la Unión Europea es aconsejable e incluso necesaria. El mercado común y la libre competencia exigen no sólo el acercamiento de la responsabilidad civil de los particulares³⁵⁴, sino, también, la de las Administraciones públicas³⁵⁵.

³⁵⁴ Acercamiento —armonización, incluso— que ya se ha producido, p. ej., en materia de responsabilidad civil de fabricantes y distribuidores de productos defectuosos y de circulación de vehículos a motor.

³⁵⁵ De hecho, dicho acercamiento ya ha tenido lugar en los dos ámbitos acabados de señalar (fabricación y distribución de productos defectuosos y circulación de vehículos a motor), pues en ellos la armonización comunitaria afecta también a las Administraciones públicas: todas las Administraciones de los países de la Unión Europea responderán de forma similar cuando fabriquen o distribuyan productos —defectuosos— y cuando —sus agentes— conduzcan vehículos a motor.

La aproximación de los regímenes de responsabilidad administrativa de los distintos Estados miembros hubiera ido mucho más lejos de haber prosperado la propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios presentada por la Comisión el 9 de noviembre de 1990 (y publicada en el *DOCE* C 12 de 18 de enero de 1991). Dicha Directiva (que debía complementar a la de responsabilidad por productos defectuosos), de haber sido aprobada, hubiera sometido a todo prestador de servicios (público o privado, de cualquiera de los Estados miembros) a un mismo régimen de responsabilidad extracontractual (aunque sólo —la matización es importante— respecto de los daños causados «a la salud y a la integridad física de las personas o a la integridad física de los bienes muebles o inmuebles» —artículo 1.1—). La aplicación de la Directiva a las Administraciones públicas se derivaba con total claridad de su propio articulado: su artículo 2 entendía por «servicio» «cualquier prestación realizada a título profesional o de servicio público, de forma independiente, a título oneroso o no, que no tenga por objeto directo y exclusivo la producción de bienes o la transferencia de derechos reales o de propiedad

Parece claro, en efecto, que una armonización de los regímenes de responsabilidad administrativa de los distintos Estados miembros favorecería la realización del mercado común y de las cuatro grandes libertades comunitarias. Mercancías, personas, servicios y capitales circularían con mayor facilidad por los distintos países miembros si la responsabilidad de la Administración fuera similar en todos ellos; los agentes económicos que quisieran efectuar operaciones en otro país comunitario conocerían de antemano el régimen de responsabilidad administrativa del mismo, con el consiguiente ahorro en costes de información. Además —y sobre todo—, la armonización otorgaría mayor confianza a los agentes económicos interesados en operar a nivel comunitario³⁵⁶.

La armonización también favorecería la libre competencia en el ámbito comunitario. La diversidad de regímenes de responsa-

intelectual», excluyendo de su ámbito de aplicación únicamente «los servicios públicos destinados a mantener la seguridad pública [...], los viajes combinados [...], los servicios relacionados con los residuos [...] y los daños cubiertos por regímenes de responsabilidad sujetos a convenios internacionales ratificados por los Estados miembros o por la Comunidad»; el artículo 3, a su vez, incluía dentro de la noción de «prestador de servicios» a «toda persona física o jurídica, sometida al Derecho privado o público que, en el marco de sus actividades profesionales o de servicio público, proporciona una de las prestaciones contempladas en el artículo 2». Ante el dictamen desfavorable emitido por el Comité Económico y Social (dictamen publicado en el *DOCE* C 269 de 14 de octubre de 1991) y las fuertes críticas procedentes de sectores profesionales, la Comisión decidió retirar dicha propuesta de Directiva en el mes de junio de 1994. Las razones que llevaron a la Comisión a proponer dicha Directiva y la armonización de los distintos regímenes nacionales de responsabilidad extracontractual en ella establecida pueden encontrarse —además de, por supuesto, en la Exposición de Motivos de la misma— en BERNARD, Monique, «Proposition de directive de la Commission des Communautés Européennes sur la responsabilité du prestataire de services», en ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo*, La Laguna, Centro de Estudios Criminológicos/Universidad de La Laguna, 1993, pp. 257-262.

³⁵⁶ Apunta BERNARD, en este sentido, que distintas encuestas (eurobarómetros) han puesto de relieve que los consumidores dudan todavía de las posibilidades de obtener una indemnización en caso de tener problemas en un Estado comunitario distinto del suyo (BERNARD, Monique, «Proposition de directive...», *op. cit.*, p. 258). Creo que este sentimiento puede extenderse al resto de agentes económicos.

bilidad administrativa actualmente existente sitúa a los distintos agentes económicos en una posición desigual; quienes se benefician de sistemas más generosos —como, señaladamente, el español— son de alguna forma subsidiados por el poder público (por la colectividad), asumen un riesgo empresarial menor, y ello supone alterar las condiciones exigidas para que funcione la libre competencia tan anhelada por el entero entramado comunitario³⁵⁷.

Pero también desde una perspectiva política, de profundización de la integración comunitaria, parece conveniente aproximar los respectivos ordenamientos en una materia tan importante y forjar, progresivamente, un Derecho común de la responsabilidad administrativa. No hay verdadera integración sin un régimen uniforme de garantías de los particulares frente al poder público.

La necesidad de tender hacia un Derecho común de la responsabilidad administrativa en los distintos Estados miembros se desprende, por otro lado, de la recientemente proclamada Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea³⁵⁸. En su artículo 41.3, dicha Carta establece el derecho —fundamental— a resarcimiento por los daños causados por las instituciones comunitarias o sus agentes en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, *de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros*». Dicha Carta, pese a su gran valor simbólico, carece, sin embargo —al menos por el momento—, de carácter normativo. Sí posee indudable carácter normativo, no obstante, el artículo 215.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957 (TCE; artículo 288 en la versión consolidada del Tratado de Amsterdam), precepto del que procede el transcrito artículo 41.3 de la Carta y que también remite a los principios comunes de los Derechos de los Estados miembros el régimen de responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias: «En mate-

³⁵⁷ Que un régimen de responsabilidad administrativa muy amplio puede servir de subsidio a la actividad empresarial se advierte claramente en lo concerniente a las compañías aseguradoras. Véase, a este respecto, lo que se dirá *infra*, en el epígrafe 3.8 del presente capítulo.

³⁵⁸ Publicada en el *DOCE* C 364 de 18 de diciembre de 2000.

ria de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, *de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros*»³⁵⁹.

El aislamiento español tampoco tiene sentido desde una perspectiva político-económica³⁶⁰. Merece la pena transcribir (y resulta obligado suscribir), en este sentido, el párrafo inicial del trabajo de PANTALEÓN: «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 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 indudable que España no puede permitirse “gozar” del sistema de responsabilidad de la Administración más “avanzado”, o sea, más caro del mundo»³⁶¹.

La conclusión que se extrae de la comparación con los sistemas vecinos es clara: España no puede seguir aislada en esta materia.

³⁵⁹ En aplicación de este artículo 215 TCE, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha elaborado ya un matizado y completo cuerpo de reglas jurisprudenciales relativas a la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias. Sólo señalar, al respecto, que dicha jurisprudencia no ha instaurado una responsabilidad objetiva global de las instituciones comunitarias. Se trata de una responsabilidad vinculada indisolublemente a la antijuricidad de la conducta de la Administración comunitaria; antijuricidad que, además, al tener que ser «cualificada», encubre a menudo una verdadera responsabilidad por culpa (véase, al respecto, OSSENBÜHL, Fritz, *Staatshaftungsrecht*, *op. cit.*, pp. 509 y 605-606).

³⁶⁰ Sobre las razones económicas que justifican la limitación del alcance del sistema vigente español de responsabilidad administrativa véase, *infra*, el epígrafe 3.9 del presente capítulo.

³⁶¹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 239.

3.3. EL CRITERIO DEL RIESGO ESPECIAL NO JUSTIFICA UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, uno de los principales argumentos manejados tanto por la doctrina civilista como por la administrativista en favor de la responsabilidad objetiva de los particulares y de la Administración, respectivamente, es el de la creación de un riesgo especial. Dicho argumento, sin embargo, no conduce a una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (nadie, de hecho, lo pretende) que su actuación sea siempre fuente de riesgos especiales. Ello es aceptado pacíficamente y no parece que requiera ulteriores demostraciones.

3.4. NO PROCEDE EQUIPARAR LA PERSECUCIÓN DEL INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN A LA PERSECUCIÓN DEL LUCRO POR PARTE DE LOS PARTICULARES (EL CRITERIO DEL BENEFICIO NO JUSTIFICA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN)

Hemos visto también que el criterio del beneficio, entendido, sobre todo, como beneficio económico, como lucro (y vinculado, normalmente, a la creación de un riesgo especial), es otro de los grandes argumentos manejados en Derecho civil para justificar la responsabilidad objetiva de los particulares. Y que dicho criterio, vinculado a la idea de riesgo especial, al principio de igualdad ante las cargas públicas o aisladamente considerado, ha sido utilizado también por administrativistas de los distintos países para justificar la responsabilidad objetiva de la Administración. Su aplicación al Derecho administrativo ha requerido, sin embargo, una mutación sustancial: como la Administración, con su actuación, no persigue normalmente lucro alguno³⁶², se

³⁶² Y, cuando lo hace, suele despojarse de su ropaje jurídico-administrativo y adoptar formas jurídico-privadas, normalmente societarias. Ello pone de relieve que lucro y Administración son prácticamente incompatibles.

ha prescindido de dicho elemento y se ha considerado que por beneficio debe entenderse la genérica utilidad que la colectividad percibe de la actuación administrativa, utilidad que deriva del entero actuar administrativo porque la Administración persigue —o debe perseguir— siempre la realización del interés general, esto es, el bien, el beneficio de la colectividad. De esta forma, todos (a través de la institución de la responsabilidad civil de la Administración y del sistema impositivo del que provienen los recursos para hacer frente a las indemnizaciones) deben responder ante las víctimas que provoque la acción administrativa porque todos se benefician de la acción de la Administración, de una acción dirigida a la satisfacción del interés general.

Esta equiparación entre la actuación con ánimo de lucro de los particulares y la actuación de la Administración ejercida en persecución del interés general me parece equivocada. Vale la pena transcribir un largo párrafo de PANTALEÓN³⁶³ que suscribo plenamente:

«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 de propiedad privada, a los tribunales civiles, según una jurisprudencia muy consolidada que cuenta con un generalizado respaldo doctrinal, no se les hubiera ocurrido condenar al propie-

³⁶³ A propósito de la ya célebre STS (Sala 3.ª) de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115), que condenó a la Administración sanitaria a responder civilmente de los daños generados por una intervención quirúrgica impecable desde el punto de vista de la *lex artis*.

tario del hospital (ni, naturalmente, al cirujano) a satisfacer indemnización alguna; ni se pondría en duda seguramente su 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»³⁶⁴.

Naturalmente, la equiparación se vuelve ya escandalosa cuando la idea del beneficio y la responsabilidad objetiva se aplican a la Administración y no, en cambio, a los particulares que obtienen un lucro de su actividad dañosa. Ello es lo que sucede, en España, en el ámbito al que se refiere PANTALEÓN, el sanitario: mientras los hospitales públicos, que actúan sin ánimo de lucro, responden objetivamente, los privados, que persiguen el lucro, sólo responden en caso de culpa.

No creo que tenga mucho sentido, en efecto, parificar la obtención de lucro y la persecución del interés general. La circunstancia de que la Administración, con su actuación, trate de satisfacer el interés general, explica y justifica, precisamente, los numerosos y exorbitantes privilegios y prerrogativas que se le han venido atribuyendo en el ejercicio de su actividad. El propio Derecho administrativo, que es un Derecho de garantías, pero, sobre todo, de privilegios, sólo se explica y justifica, en realidad, por la persecución del interés general, por el fin cualificado perseguido por la Administración pública en toda su actuación. Sería comprensible, por ello, que la búsqueda del interés general comportara una responsabilidad civil más limitada que la de los particulares, una responsabilidad civil que, en determinadas ocasiones, no naciera ni aun en presencia de culpa; que los privilegios de la Administración, en definitiva, alcanzaran también a su responsabilidad civil³⁶⁵. Pero difícilmente se comprende que la

³⁶⁴ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 244. En un sentido parecido en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, p. 456. Contrarios a equiparar ánimo de lucro y persecución del interés general, en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se han mostrado, también, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, pp. 104-105; LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*, pp. 16 y 25.

³⁶⁵ Eso es lo que ha sucedido, p. ej., en Italia, donde la tradicional situación de privilegio de su Administración, en materia de responsabilidad civil, ha sido

persecución del interés general haya de servir, no ya para limitar, sino para *agravar* la responsabilidad de la Administración. Fundamentar la responsabilidad objetiva de la Administración en la circunstancia de que persiga el interés general resulta, pues, contradictorio con el papel que el interés general juega en el resto del Derecho administrativo.

A ello cabe añadir que incluso desde la propia lógica del beneficio (esto es, aunque se acepte la equiparación entre ánimo de lucro y persecución del interés general) no se impone necesariamente la responsabilidad objetiva global de la Administración ni, en general, un agravamiento de su responsabilidad civil.

No se impone la responsabilidad objetiva global de la Administración porque así lo demuestra el hecho de que en muchos países el criterio del beneficio obtenido por la colectividad de la acción administrativa sirva sólo para justificar (conduzca únicamente a) hipótesis puntuales y excepcionales de responsabilidad objetiva. De nuevo resulta ilustrativo el ejemplo francés: en Francia, el criterio del beneficio es manejado, en el seno del principio de igualdad ante las cargas públicas, para explicar y justificar algunos supuestos de responsabilidad objetiva; pero ni fundamenta la totalidad de los supuestos de responsabilidad objetiva ni, mucho menos, una responsabilidad objetiva global de la Administración.

Del criterio del beneficio no puede desprenderse, en general, un agravamiento de la responsabilidad civil de la Administración, porque de ser así se desconocería un dato fundamental: que la víctima potencial también se beneficia de la actuación administrativa. Ésta es una diferencia muy importante entre la actuación de los particulares y la de la Administración: cuando el Derecho privado decide someter a responsabilidad objetiva a un particular (paradigmáticamente, el empresario) con base en el criterio del beneficio, lo hace porque sólo él, y no las potenciales víctimas, se benefician de la actividad dañosa (o porque, al

a menudo justificada, precisamente, en las finalidades públicas perseguidas por ella. Remito de nuevo a mi trabajo «La responsabilidad de la Administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos», *op. cit.*

menos, el beneficio que obtiene quien desarrolla la actividad dañosa es *superior* al de las potenciales víctimas)³⁶⁶. Ello no ocurre en relación con la actividad administrativa, que busca satisfacer no un interés particular, sino el interés general, el interés de toda la colectividad, incluidas, pues, las víctimas potenciales.

Dos ejemplos bastarán para ilustrar lo que se quiere decir. El primero es el de un daño ocasionado por un producto defectuoso. Puede sostenerse que las víctimas potenciales de productos defectuosos obtienen un beneficio —no económico— de la actividad de producción de bienes; es innegable la utilidad que los consumidores perciben de los productos que adquieren. Seguramente, además, es precisamente esta utilidad general la que justifica que el ordenamiento tolere la producción de bienes potencialmente dañosos. Pero también resulta innegable que existe un sujeto que percibe una utilidad todavía mayor de la producción de bienes: el empresario que los produce o distribuye. Esta mayor utilidad, este mayor beneficio es el que justifica que se agrave su responsabilidad civil. Compárese este primer ejemplo con un segundo: el de los daños ocasionados por un policía, fuera de servicio, en uso de su arma reglamentaria. La decisión organizativa de permitir que los policías porten armas aun estando fuera de servicio persigue reforzar la seguridad ciudadana, propiciando que dichos policías puedan evitar la comisión de delitos incluso durante sus horas de ocio. El beneficio que de dicha decisión administrativa se deriva es general, y alcanza, también, a las víctimas potenciales. Nadie percibe un beneficio superior que justifique trasladarle la responsabilidad³⁶⁷.

Ello nos lleva a una constatación más general de gran importancia: la Administración somos todos, incluidas las potenciales víctimas. No cabe trazar en Derecho administrativo una línea

³⁶⁶ La circunstancia de que las víctimas potenciales obtengan un no despreciable beneficio quizá explique —al menos en parte— por qué el Derecho privado no somete a responsabilidad objetiva un sector tan lucrativo como la asistencia sanitaria privada. Parece, en efecto, que los pacientes (las víctimas potenciales) de la actividad médica privada se benefician particularmente de la misma y de un régimen de responsabilidad menos estricto que evite la medicina defensiva.

³⁶⁷ Me remito, aquí, a lo que al respecto diré *infra*, en el epígrafe 2.2.3 del capítulo quinto del presente trabajo.

como la que se traza en Derecho privado entre quienes causan daños y las víctimas. La Administración no puede ser equiparada al empresario de Derecho privado y verse contrapuesta a las víctimas de los daños que genera su actuación. La Administración no persigue unos fines propios, particulares; sus fines son —también— los de sus víctimas.

3.5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS NO JUSTIFICA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Como hemos podido comprobar en el epígrafe 2.2 del presente capítulo, el principio de igualdad ante las cargas públicas pivota esencialmente sobre la idea del beneficio. Ello es por sí solo suficiente para negar a dicho principio la posibilidad de justificar una responsabilidad objetiva global de la Administración. Así se desprende —allí me remito— de lo acabado de decir sobre la extensión a la responsabilidad administrativa del criterio del beneficio.

Cabe añadir dos observaciones adicionales. La primera, que el principio de igualdad ante las cargas públicas encuentra, en mi opinión, mejor ubicación en sede de expropiación forzosa que en sede de responsabilidad de la Administración. La propia idea de carga, de sacrificio, en que se basa dicho principio, se adapta mal a los daños ocasionados de forma incidental por la actividad administrativa³⁶⁸, adecuándose mejor a los daños expropiatorios, aquellos que son provocados deliberadamente por el poder público por venir exigidos por el interés general, aquellos que constituyen un medio necesario para la consecución del fin público. Sólo estos daños pueden ser considerados una carga, un sacrificio; los daños incidentales no pueden ser considerados una carga, un sacrificio, porque no vienen exigidos por la colectividad, por el interés general. Tampoco la idea de igualdad y de discriminación inherente a dicho principio casa bien con la institu-

³⁶⁸ Éstos son los daños cubiertos por la institución de la responsabilidad civil de la Administración, como se ha visto, *supra*, en los epígrafes 3 y 4 del capítulo segundo.

ción de la responsabilidad extracontractual de la Administración, teniendo mayor sentido en el marco de la expropiación y, sobre todo, en el de la delimitación de derechos. El principio de igualdad sólo tiene sentido, sólo resulta operativo, si viene exigido *ex ante*, esto es, en el momento de actuación de los poderes públicos ³⁶⁹, y no ya *ex post*, cuando dicha actuación ya se ha producido y sólo cabe evaluar los efectos que la misma ha generado. Puede decirse que una delimitación de derechos o una expropiación son discriminatorias, pero no que lo sea un daño; podrá serlo la actuación administrativa que lo ha producido, pero el daño, en sí mismo, no. Y el principio de igualdad ante las cargas públicas lo que sostiene es que la víctima debe ser indemnizada porque el daño por ella sufrido —no la actividad administrativa que lo ha producido— es discriminatorio, contrario al principio de igualdad.

La segunda observación que conviene hacer (y que ya ha sido, de hecho, adelantada en el epígrafe precedente) es que el principio de igualdad ante las cargas públicas, donde más ha calado, Francia, no ha conducido ³⁷⁰ a la defensa de una responsabilidad objetiva global de la Administración. Sólo algunas hipótesis de responsabilidad objetiva (más cercanas, además, en su mayoría, a la expropiación que a la responsabilidad civil de la Administración) encuentran su fundamento en dicho principio ³⁷¹. El principio de igualdad ante las cargas públicas aparece así como un argumento residual e indeterminado, al que sólo se acude cuando no se encuentran razones más específicas que justifiquen la responsabilidad objetiva de la Administración ³⁷².

³⁶⁹ El principio de igualdad es un principio orientador (mejor: rector) de la actuación de los poderes públicos.

³⁷⁰ Salvo algunas excepciones; destaca, como ya sabemos, la de DUGUIT.

³⁷¹ Véase lo dicho, *supra*, en el epígrafe 2.2 del presente capítulo.

³⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, refiriéndose a dicho principio, ha señalado, atinadamente, que «Aunque se trata de un argumento de gran vigor plástico, no es sin duda válido como explicación jurídica [...] Es un argumento de los que hemos llamado más atrás "infraestructurales" y absolutamente indeterminado en sus aplicaciones, de los que la mecánica jurídica no necesita sino en las fases constituyentes» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, p. 173, nota núm. 200).

3.6. EL PRINCIPIO DE GARANTÍA PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADOS NO PUEDE JUSTIFICAR LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El principio de garantía patrimonial de los administrados, como sabemos ³⁷³, es el argumento más utilizado en España en defensa de la responsabilidad objetiva global de la Administración. Pese a ello, no lo comparto.

Ya la propia teoría civilista de la que arranca, la teoría de la garantía de STARCK ³⁷⁴, suscita grandes interrogantes que deja sin resolver y que explican que la misma no se haya impuesto en Derecho privado ³⁷⁵. PANTALEÓN ha objetado, por un lado, que la función de la responsabilidad civil no es la defensa de derechos subjetivos (a diferencia de, p. ej., la acción reivindicatoria), sino la asignación del daño, de un daño que no puede ser borrado del mundo, sino, únicamente, «cambiado de bolsillo»; y, por otro, que dicha teoría no permite resolver los casos en que agresor y víctima sufren la lesión de alguno de los derechos merecedores de garantía ³⁷⁶. Yendo más allá, puede recriminarse a STARCK por qué los derechos a la vida, a la integridad física y a la integridad

³⁷³ Recuérdese lo señalado *supra*, en el epígrafe 2.2 del presente capítulo.

³⁷⁴ Que he expuesto, en sus rasgos fundamentales, *supra*, en el epígrafe 2.2 del presente capítulo.

³⁷⁵ Como recuerda PANTALEÓN, la posición de STARCK (y las de VENEZIAN y EPSTEIN, a ella vinculadas) «[ha] sido siempre absolutamente minoritari[a] en la doctrina, y no [ha] seducido nunca a legislador alguno, salvo que [...] pudiera entenderse que seduj[o] al legislador español de expropiación forzosa» (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 246, nota núm. 4). Además de la LEF, parece haber recogido la teoría de la garantía el Código civil de Madagascar de 1966 (STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, *op. cit.*, p. 44, nota núm. 51; TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 93-94 y 155).

³⁷⁶ Eso parece querer decir PANTALEÓN cuando afirma que «así como, presupuesta la atribución de la propiedad de un bien a un sujeto, no hay dificultad para determinar cuándo un determinado estado de cosas 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 ha causado los daños derivados de la destrucción del automóvil y el árbol» (ésta y la anterior objeción en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 246, nota núm. 4).

material de los bienes, y no otros, merecen la garantía de la responsabilidad objetiva ³⁷⁷: ¿Por qué proteger el cuerpo de una persona y no, en cambio, su honor?, ¿por qué proteger la integridad material de los bienes —esto es, que nazca la responsabilidad civil de toda destrucción o deterioro de bienes ajenos— y no otros derechos patrimoniales tan o más importantes? ³⁷⁸. Se ha criticado también a la teoría de la garantía que parte de una distinción entre daños no siempre clara, suscitándose muchos supuestos límite; que en muchas ocasiones no permite saber quién debe indemnizar a la víctima; y que infravalora las ventajas que el seguro de daños directos presenta sobre el seguro de responsabilidad civil ³⁷⁹.

Si numerosas son las críticas a las que se expone la teoría de la garantía elaborada en Derecho civil, mayores son, en mi opinión, las que cabe dirigir a la teoría de la garantía elaborada por la mejor doctrina administrativista española en fundamento de la responsabilidad objetiva global de la Administración. STARCK, como se ha visto, construye toda su teoría sobre una gran bipartición de daños: sólo los daños derivados de la lesión de los derechos a la vida, a la integridad corporal y a la integridad material de los bienes (esto es, los daños corporales y materiales, manteniendo la terminología de STARCK) quedan cubiertos (garantizados) por la responsabilidad objetiva; el resto (daños de naturaleza puramente económica o moral) quedan sujetos a responsabilidad por culpa. A una culpa, además, en su sentido más tradicional: subjetiva, no objetiva. Quizá para evitar una de las críticas que se han dirigido a la teoría de STARCK (la que se cuestiona por qué unos derechos y no otros merecen la protección

³⁷⁷ TUNC, André, *La responsabilité...*, op. cit., p. 154.

³⁷⁸ STARCK trata de responder a esta objeción señalando que su teoría no pretende proponer soluciones, sino constatar cuáles son las ofrecidas por el Derecho positivo actual (STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, op. cit., pp. 38-39). Pero lo cierto es que la elección parece discutible no sólo desde un plano prescriptivo (*de lege ferenda*), sino, también, desde un plano descriptivo (*de lege lata*): resulta muy dudoso que el Derecho civil francés (incluyendo su aplicación jurisprudencial) someta (o sometiera, cuando escribió STARCK) siempre a responsabilidad objetiva los ataques a la integridad de los bienes y aun a la integridad y la vida de las personas.

³⁷⁹ TUNC, André, *La responsabilité...*, op. cit., p. 154.

adicional que confiere la responsabilidad civil objetiva) ³⁸⁰, la doctrina administrativista que la ha reelaborado en España ha prescindido de la distinción entre categorías de daños que se encuentra en su base y ha extendido la garantía —la responsabilidad objetiva— a todo tipo de daños, a la lesión de todo tipo de derechos y hasta de intereses legítimos.

Con ello no sólo se establece una responsabilidad objetiva global de la Administración (no circunscrita ya —como se hubiera derivado de una traslación íntegra de las tesis de STARCK— a la lesión por parte de la Administración de determinados derechos subjetivos), sino que «se esfuma la única posibilidad sostenible de fundamentación dogmática del sistema» ³⁸¹ y se llega a la situación que el propio STARCK siempre quiso evitar: la parálisis potencial de la libertad de acción de la Administración, como consecuencia del afán de garantizar el derecho a la seguridad de las víctimas en todo caso y a cualquier precio.

En efecto, como hemos visto en el epígrafe 2.2 del presente capítulo, STARCK enfatiza que la responsabilidad civil no sólo puede tener en cuenta la posición de la víctima y su genérico derecho a la seguridad. Los potenciales causantes de daños también pueden invocar derechos, derechos de actuación que no pueden ceder siempre ante el derecho a la seguridad de las víctimas, pues «condenar a reparar las consecuencias dañosas de su acción significa restringir o suprimir la libertad de actuar» ³⁸² y la acción y la libertad de acción son esenciales para vivir en sociedad. Es precisamente dicha constatación la que lleva a STARCK a examinar cómo deben conciliarse el derecho de actuar de los causantes de daños y el derecho a la seguridad de las víctimas, y a proponer la solución que ya conocemos: limitar la responsabilidad objetiva a determinados daños (donde prima el derecho a la seguridad) y basar en la culpa todos los demás (pri-

³⁸⁰ Aunque la razón última de la modificación introducida por la doctrina administrativista española parece que debe buscarse en el deseo de garantizar la más amplia posible tutela de los administrados.

³⁸¹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», op. cit., p. 246, nota núm. 4.

³⁸² STARCK, Boris, *Droit civil. Obligations*, op. cit., p. 36. (La cursiva es del propio autor.)

mando, en este segundo ámbito, el derecho de actuar de los potenciales causantes de daños).

Trasladar a la Administración pública este argumento de STARCK en contra de la responsabilidad objetiva global requiere sólo sustituir la referencia a los *derechos* de actuación por la alusión a las *potestades* que el ordenamiento ineludiblemente confiere a la Administración.

Parálisis potencial de la acción administrativa porque el argumento de la garantía, extendido a todo derecho subjetivo y a todo interés legítimo, puede conducir, en una aplicación literal, no ya a una responsabilidad objetiva global, sino a una responsabilidad (si puede seguir llamándose tal ³⁸³) virtualmente ilimitada. En efecto, si sólo debe adoptarse la perspectiva de la víctima, y de lo que se trata, únicamente, es de garantizar, mediante indemnización, la integridad patrimonial de los administrados, ¿por qué subordinar (como hace —acertadamente, sin duda— la doctrina partidaria de esta versión tan amplia de la teoría de la garantía) el nacimiento de la responsabilidad de la Administración a, p. ej., la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima?, ¿por qué no conceder una indemnización con cargo a recursos públicos a, p. ej., el empresario que se arruina como consecuencia de la fuerte competencia existente en su ramo de actividad ³⁸⁴?

Además, ¿dónde se establece que la Administración española deberá garantizar siempre, en todo caso, la integridad patrimonial de los administrados? Desde luego no se desprende del artículo 33 CE (como tampoco se desprendía, anteriormente, del artículo 30 del Fuero de los Españoles), que sólo establece el derecho de los particulares a ser indemnizados en caso de expropiación forzosa (y la expropiación, como sabemos, constituye un

³⁸³ El principio de la garantía patrimonial de los administrados, tal como es formulado en España, rebasa, en efecto, las fronteras de la responsabilidad civil y se adentra en el territorio de la seguridad social.

³⁸⁴ Este ejemplo no es casual. Se trata, como se ha visto, de uno de los ámbitos que para STARCK deben escapar del principio de garantía y de la responsabilidad objetiva, como consecuencia de la admisión de la economía de mercado y del reconocimiento de la libertad de empresa y de competencia.

supuesto concreto y perfectamente delimitado de lesión del patrimonio de los particulares por parte del poder público, que se encuentra lejos, muy lejos, de representar una garantía de los particulares frente a todo menoscabo patrimonial —imputable o no a la Administración— que puedan sufrir). Y tampoco se deduce del artículo 106.2 CE, como tendremos ocasión de comprobar en el próximo epígrafe.

Por todo ello, considero que el principio de garantía no ofrece una explicación satisfactoria de por qué la responsabilidad de la Administración debe ser siempre objetiva.

3.7. EL ARTÍCULO 106.2 CE NO IMPONE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA

Buena parte de la doctrina española partidaria de la responsabilidad objetiva global de la Administración sostiene que la misma viene impuesta por el artículo 106.2 CE ³⁸⁵. La Constitución —se dice—, y no ya sólo la Ley, es quien ha decidido someter a la Administración española a una responsabilidad objetiva global, a una responsabilidad objetiva que cubra, por igual, todos y cada uno de los numerosísimos sectores de la actividad administrativa. La consecuencia que de ello cabe extraer ³⁸⁶, obviamente, es que toda limitación del carácter objetivo de la responsabilidad civil de la Administración pasa, nece-

³⁸⁵ Así, entre otros, BELADIEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación...*, *op. cit.*, pp. 29, 30 —nota núm. 1— y 72 —nota núm. 7— (y, en general, en todo el trabajo); JORDANO FRAGA, Jesús, «La reforma del artículo 141...», *op. cit.*, pp. 324, 325 y 336 (con particular énfasis); ARIAS MARTÍNEZ, M.^a Antonia, «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 418 y 442. Parece que también LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», *op. cit.*, pp. 396-397; LEGUINA VILLA, Jesús, «La reforma de la Ley de Procedimiento», *op. cit.*, p. 13; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 371, 374 (al equiparar la expresión constitucional a la del artículo 139.1 LRJPAC) y 395, y VILLAR ROJAS, Francisco José, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 30 y 128 —nota núm. 233.

³⁸⁶ Aunque —al menos en lo que a mí me consta— ninguno de quienes creen que el artículo 106.2 CE consagra una responsabilidad administrativa de tipo objetivo la haya extraído expresamente.

sariamente, por una previa reforma de la Constitución, por una previa reforma del artículo 106.2 CE. ¿Debe compartirse esta interpretación? A mi modo de ver, rotundamente, no³⁸⁷.

La cláusula general de responsabilidad civil de la Administración contenida en el artículo 106.2 CE presenta dos diferencias fundamentales respecto de las recogidas, sucesivamente, por el legislador, en los artículos 121.1 LEF, 40.1 LRJAE y 139.1 LRJPAC, y que impiden considerar que aquélla, como éstas, contemple, garantice y, en definitiva, imponga una responsabilidad objetiva global de la Administración.

La primera de dichas diferencias es la no alusión específica al funcionamiento *normal* de los servicios públicos por parte del artículo 106.2 CE. Como se sabe, tanto el artículo 121.1 LEF, como el artículo 40.1 LRJAE, como —después— el artículo 139.1 LRJPAC, aluden expresa y específicamente tanto al funcionamiento normal como al funcionamiento anormal de los servicios públicos, señalando que los particulares tendrán derecho a indemnización, indistintamente, en uno y otro caso. El artículo 106.2 CE, en cambio, afirma, textualmente, que «Los particulares [...] tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran [...], siempre que la lesión sea consecuencia del *funcionamiento de los servicios públicos*».

Quienes creen que dicho precepto constitucionaliza la responsabilidad objetiva global de la Administración han quitado importancia a esta diferencia. Se ha sostenido, incluso, que la

³⁸⁷ Coincido, pues, con quienes han negado que el artículo 106.2 CE imponga la responsabilidad objetiva global de la Administración española: MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 341-342; CASINO RUBIO, Miguel, «El Derecho sancionador y la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 356-357; LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión...», *op. cit.*, p. 15, nota núm. 3; CUETO PÉREZ, Miriam, «Avances y retrocesos...», *op. cit.*, pp. 280-281 (esta autora, recuérdese, se muestra favorable a la responsabilidad objetiva global de la Administración); DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 37-40; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, p. 463 (con mayor rotundidad que en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 251 y nota núm. 16). De hecho, también, GARRIDO FALLA, Fernando, «Los límites de la responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 187-188.

circunstancia de que el precepto no aluda al funcionamiento normal lo único que hace es reforzar y consolidar el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, en la medida en que pone de relieve que el constituyente ya no ha creído necesario (por obvio y conocido y asentado en el ordenamiento jurídico español) tener que recordar expresamente que la Administración responderá no sólo cuando funcione de forma anormal, sino, también, cuando lo haga de forma normal, de forma perfectamente regular. Dicho argumento ha llevado, incluso, a algún autor, a cuestionar la decisión del legislador postconstitucional (la LRJPAC; en concreto, el artículo 139.1) de recuperar la fórmula tradicional y volver a aludir específicamente tanto al funcionamiento normal como al anormal³⁸⁸. En cualquier caso, se dice, el hecho de que el constituyente, en el artículo 106.2 CE, no limite expresamente el derecho a resarcimiento a los supuestos de funcionamiento anormal (como por otro lado ha hecho cuando así lo ha estimado conveniente: artículo 121 CE) significa que el mismo nacerá también en caso de funcionamiento normal.

No creo que ésta sea la única interpretación posible. Parece razonable sostener que, al contrario, si el constituyente se ha apartado de la fórmula de la normativa precedente (artículos 121.1 LEF y 40.1 LRJAE) ha sido, precisamente, porque no ha querido decir lo mismo que ésta, porque no ha querido consagrar

³⁸⁸ LEGUINA, en este sentido, ha afirmado que «El artículo 139 de la Ley [la LRJPAC] reproduce virtualmente el texto del artículo 106.2 de la Constitución, añadiendo dos precisiones: [...] 2) que el funcionamiento de los servicios públicos que genera la imputación de daños a la Administración puede ser tanto normal como anormal. [...] La segunda precisión es, en cambio, innecesaria, pues no 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 procedan 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 objetiva de la responsabilidad extracontractual administrativa» (LEGUINA VILLA, Jesús, «La responsabilidad patrimonial de la Administración...», *op. cit.*, pp. 396 y 397). (La cursiva es del propio autor.)

e imponer una responsabilidad objetiva global de la Administración. La fórmula de los artículos 121.1 LEF y 40.1 LRJAE, en 1978, había ya calado en la jurisprudencia y en la doctrina, se encontraba, en definitiva, consolidada en el ordenamiento jurídico-administrativo español, y lo más lógico y sencillo, si el constituyente hubiera querido decir lo mismo que dichos preceptos, hubiera sido, qué duda cabe, mantenerla en su integridad y no suprimir la expresa distinción entre funcionamiento normal y anormal. Sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 106.2 CE, al margen de esta (y otra, la que veremos a continuación) diferencia, coincide literalmente con los preceptos legales que le precedieron. Que no puede equipararse la fórmula del artículo 106.2 CE a la de los artículos 121.1 LEF y 40 LRJAE lo demuestra, además, el hecho de que, años después, la LRJPAC (artículo 139.1) haya creído necesario, para mantener el carácter objetivo global de la responsabilidad patrimonial de la Administración, recuperar la fórmula de la normativa preconstitucional y distinguir expresamente, de nuevo, entre el funcionamiento normal y el anormal de los servicios públicos: ¿Por qué no ha transcrito, simplemente, la fórmula del artículo 106.2 CE? La razón no creo que deba buscarse, como se ha dicho, en «un simple tributo a una fórmula legal que cuenta ya con notorio arraigo en nuestro ordenamiento»³⁸⁹.

Pero es que aunque el constituyente hubiera decidido mantener íntegramente la fórmula tradicional, y hubiera aludido expresamente al funcionamiento normal de los servicios públicos, habría que seguir negando que la Constitución impusiera la responsabilidad objetiva global de la Administración. ¿Por qué? Pues porque el artículo 106.2 CE, al ocuparse de la responsabilidad civil de la Administración, lleva a cabo una muy amplia

³⁸⁹ Que la fórmula de la LRJPAC y la del artículo 106.2 CE no son equivalentes lo ha señalado GARRIDO FALLA. Este autor ha propuesto, como se sabe, reformar el artículo 139.1 LRJPAC y sustituir su referencia al funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos por la genérica alusión al funcionamiento de los servicios públicos contenida en el artículo 106.2 CE. Con ello bastaría, para dicho autor, para poner fin a la responsabilidad objetiva global de la Administración española (GARRIDO FALLA, Fernando, «Los límites de la responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 187-188).

remisión a la Ley: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados...». Ésta es la segunda de las diferencias apuntadas entre este precepto constitucional y la normativa legal reguladora de la responsabilidad de la Administración. Una diferencia, claro está, vinculada a la posición que la Constitución ocupa en el sistema de fuentes español, como norma suprema que enumera los rasgos básicos del Estado y de cada uno de sus poderes (entre ellos, el ejecutivo y, dentro de él, la Administración) y que remite al legislador su desarrollo y concreción ulteriores.

La remisión que el artículo 106.2 CE efectúa a la Ley es, en efecto, muy amplia³⁹⁰. Tanto, que impide considerar que dicho precepto constitucional esté optando por un régimen concreto de responsabilidad administrativa. La amplia remisión al legislador explicaría, en este sentido, por qué el constituyente decidió no mantener la fórmula legal precedente y aludió, genéricamente, al «funcionamiento de los servicios públicos»: el constituyente, sencillamente, no ha querido decantarse por ninguna de las dos grandes alternativas que ofrece la responsabilidad civil (la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa), y ha preferido que sea el legislador quien decida, en cada momento, el alcance que presentará la responsabilidad de

³⁹⁰ El Tribunal Constitucional, en el FJ 4.º de la STC 325/1994, de 12 de diciembre, ha señalado, en este sentido, que el derecho a indemnización por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos que se deduce del artículo 106.2 CE es un *derecho de configuración legal*, «por deferir a la Ley su regulación». También así lo ha entendido el Tribunal Supremo en —entre otras muchas— las SSTS (Sala 3.ª) de 5 de febrero de 1996 (Ar. 987) y 11 de marzo de 1999 (Ar. 3035). Ambas SSTS afirman con total claridad que «el principio de Responsabilidad Patrimonial proclamado en el artículo 106 de la Constitución [...] conlleva un derecho de los llamados de configuración legal. Es decir, que no se trata de un derecho que derive directamente de la Constitución, sino que exige la interposición de una Ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figure en la Ley ordinaria que lo regule, porque tras la primera coma del párrafo transcrito [el artículo 106.2 CE] se reconoce el derecho “en los términos establecidos por la Ley”» (FJ 1.º y 2.º, respectivamente).

Esta amplia remisión legal es la que ha llevado a la mayoría de los autores antes citados a negar que el artículo 106.2 CE imponga una responsabilidad objetiva global de la Administración.

la Administración; la amplia fórmula del artículo 106.2 CE cubre, así, tanto un sistema de responsabilidad que pivote en todo o en parte sobre el funcionamiento normal, como otro, más limitado, que lo haga exclusiva o preferencialmente sobre el funcionamiento anormal.

Ello distingue al artículo 106.2 CE del artículo 121 CE, que limita el derecho a indemnización de los particulares (salvo en el caso de error judicial) a los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de justicia.

En mi opinión, esta decisión del constituyente merece ser compartida. La configuración del concreto sistema de responsabilidad civil de las Administraciones públicas no parece materia constitucional, no parece tarea del constituyente sino del legislador. El sistema de responsabilidad, como creo estar poniendo de relieve a lo largo del presente trabajo, es sólo una pieza más en el complejo sistema de protección de los particulares por parte del poder público, una pieza más que debe adaptarse a los cambios que experimenten las otras instituciones que integran dicho sistema, como, señaladamente, la expropiación o la seguridad social. Su régimen, por tanto, es un régimen dinámico, variable a lo largo del tiempo, que debe adaptarse a las cambiantes circunstancias sociales, ideológicas y, por supuesto, económico-presupuestarias. Su configuración, por ello, no debe quedar petrificada en la Constitución, de reforma tan compleja y esencialmente excepcional, sino que debe ser confiada al legislador, capaz (encargado, en realidad) de llevar a cabo esa necesaria tarea de adaptación y de permanente actualización³⁹¹.

Que el artículo 106.2 CE no imponga un régimen de responsabilidad objetiva de la Administración y que remita al legislador la definición de los rasgos básicos de dicha institución no significa, sin embargo, ni mucho menos, que constituya una fórmula vacía. Al contrario, de su redacción se dedu-

³⁹¹ Del mismo modo que la Constitución, en su artículo 41, no impone un modelo rígido de seguridad social. Por otro lado, no dejaría de sorprender que la Constitución agotara, en sus rasgos básicos, la institución de la responsabilidad civil de la Administración cuando ni siquiera prevé la responsabilidad civil de los particulares.

cen determinados límites a los que el legislador se encuentra subordinado, y que no puede desconocer o sobrepasar al configurar el régimen de responsabilidad civil de la Administración. Estos límites son la necesidad de que se sufra un daño³⁹² (una «lesión»), que exista actuación administrativa, «funcionamiento de los servicios públicos» (imputación de primer nivel), y que aquel daño sea imputable objetivamente a dicha actuación administrativa (imputación de segundo nivel; se deduce de la exigencia de que «la lesión sea consecuencia» de la actuación administrativa y de la exclusión de la responsabilidad en caso de fuerza mayor)³⁹³.

A estos límites que podemos llamar *operativos* o *de funcionamiento*³⁹⁴ se suma un límite genérico, esencial, que se deduce del artículo 106.2 CE en su conjunto y que a mi modo de ver explica y justifica la inclusión de dicho precepto en el texto constitucional: con dicha norma, el constituyente ha querido establecer la *garantía institucional* de la responsabilidad civil de la Administración española³⁹⁵. El legislador, por ello, desde 1978, ya no puede desdibujar los rasgos definidores de dicha institución, los rasgos que permiten identificarla. Podría, sin duda, modificar el régimen vigente de responsabilidad objetiva global y optar por uno más limitado, sometido a

³⁹² Como no podía ser de otra manera en el marco de la responsabilidad civil.

³⁹³ Manejo aquí las nociones de imputación de primer nivel y de segundo nivel que he concebido y desarrollado, con cierta amplitud, en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.* Volveré sobre ellas, brevemente, *infra*, en el epígrafe 4.3 del presente capítulo. Sólo repetir, aquí, porque a menudo se confunde, que (la teoría de) la imputación objetiva ni equivale a responsabilidad objetiva, ni pretende limitarla a través de una importación encubierta de elementos de la responsabilidad por culpa.

³⁹⁴ Pueden ser considerados, también, límites *máximos* (el legislador no puede extender, ampliar la institución de la responsabilidad administrativa indefinidamente, más allá de dichos límites), por contraposición al que veremos inmediatamente, que representa un límite *mínimo* o *de mínimos*.

³⁹⁵ También MONTORO considera que el artículo 106.2 CE contiene la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública (MONTORO CHINER, María Jesús, «L'assegurament de la responsabilitat...», *op. cit.*, pp. 2-6).

mayores requisitos (esto es, como se está viendo, lo que creo debería hacerse). Pero no podría eliminar la responsabilidad civil de la Administración. Ni, tampoco, hacerlo en sectores aislados de la actuación administrativa³⁹⁶. Y es que, como ya he señalado en el capítulo primero, el principal efecto del artículo 106.2 CE —y su principal mérito— es el de vincular la propia *concepción constitucional* de la Administración pública española al sometimiento a responsabilidad extracontractual: la Administración española, en su configuración constitucional, es una Administración *responsable*. Ello, en virtud de la garantía institucional del artículo 106.2 CE, no puede ser olvidado por el legislador.

³⁹⁶ Como parece ocurrir, p. ej., en el sector de la supervisión administrativa de los fondos de pensiones. Según el artículo 11.3 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de planes y fondos de pensiones, «Con carácter previo a la constitución del fondo [de un fondo de pensiones] los promotores deberán obtener autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, a cuyos términos se acomodará la escritura de constitución. El otorgamiento de la autorización en ningún caso podrá ser título que cause la responsabilidad del Estado». Para MAGIDE, dicho precepto exonera de responsabilidad a la Administración supervisora y es inconstitucional porque la remisión que el artículo 106.2 CE hace a la Ley «no parece que permita la exclusión de la responsabilidad para un determinado sector de la actividad administrativa» (MAGIDE HERRERO, Mariano, «El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración...», *op. cit.*, p. 390). El Tribunal Constitucional, sin embargo, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad de dicho precepto, no lo ha entendido así. Para el tribunal, el artículo 11.3 de la Ley 8/1987 se ajusta a la Constitución porque «dada su dicción, debe entenderse que lo que en él se pretende es evitar que el mero hecho del otorgamiento de la autorización sea por sí solo bastante para poner en marcha el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por ello, no puede considerarse que en él quede neutralizado el mandato general de responsabilidad de la Administración consagrado en el artículo 106.2 CE si concurren los presupuestos a que se vincula el nacimiento de dicha responsabilidad» (FJ 19.º de la STC 206/1997, de 27 de noviembre, sobre la Ley 8/1987, de planes y fondos de pensiones). Como puede apreciarse, lo que afirma el tribunal en dicha sentencia (que, en lo referente al citado artículo 11.3, parece claramente interpretativa), lejos de desvirtuar lo que aquí se sostiene, lo confirma: el legislador no puede exonerar de responsabilidad civil a la Administración en sectores concretos, no puede neutralizar «el mandato general de responsabilidad patrimonial de la Administración consagrado en el artículo 106.2 CE».

3.8. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONSTITUYE UN SUBSIDIO A LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS PRIVADAS

Como es sabido, el ordenamiento español permite que las compañías aseguradoras recuperen de la Administración la cantidad satisfecha a sus asegurados cuando los daños por éstos sufridos sean imputables al funcionamiento de los servicios públicos y desencadenen la responsabilidad administrativa³⁹⁷. Ello tanto en los supuestos en que el daño es imputable al funcionamiento anormal de los servicios públicos como cuando lo es a su funcionamiento normal.

Aunque pocos autores se han ocupado con detenimiento de dicha cuestión, me atrevo a afirmar que buena parte de la doctrina española (incluyendo la partidaria de la responsabilidad objetiva global de la Administración) se muestra contraria a esta acción de regreso de las aseguradoras privadas contra la Administración. Sobre todo cuando trata de imputarse el daño al funcionamiento *normal* de los servicios públicos.

En este sentido, no hay duda de que L. MARTÍN-RETORTILLO expresa un sentimiento generalizado cuando, en relación con el resarcimiento —en concepto de responsabilidad administrativa— pretendido (y finalmente obtenido) por las compañías aseguradoras en el caso del accidente del petrolero Urquiola, afirma que «Siempre se ha considerado que los riesgos del tráfico marítimo eran grandes —oscilando mucho a tenor de tantas

³⁹⁷ El artículo 43.1 LCS lo permite al establecer, de forma general (y sin exceptuar en ningún momento a las Administraciones públicas), que «El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización».

Así lo admiten, en la doctrina, p. ej., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 414. Y, en la jurisprudencia, paradigmáticamente, la STS (Sala 3.ª) de 6 de marzo de 1985 (Ar. 2807), que condenó al Estado español a pagar a varias compañías aseguradoras los más de 2.000 millones de pesetas que habían tenido que satisfacer por el naufragio del petrolero Urquiola en el canal de entrada del puerto de La Coruña el 12 de mayo de 1976.

circunstancias cualificadas— pero daba la impresión que ello se reflejaba en la cuantía de las primas de los seguros, faceta esta primordial en todo el derecho marítimo. Es como si el asegurador hubiera cubierto de antemano sus riesgos proyectándolos sobre las primas que cobra a los asegurados. *Da la impresión, a simple vista, insisto, de que si el asegurador es indemnizado por la Administración pública está cobrando dos veces por un mismo concepto*³⁹⁸.

PANTALEÓN, en un sentido parecido (aunque en términos más contundentes), y refiriéndose también al caso Urquiola, considera que «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. ¿Qué 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?»³⁹⁹.

Este rechazo debe ser, a mi modo de ver, compartido. No veo, en efecto, por qué razón debe la colectividad subsidiar la actividad (suficientemente lucrativa, según parece) de las compañías privadas que aseguran los daños que puedan sufrir los

³⁹⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, p. 104. (La cursiva es mfa.) En el mismo sentido, más adelante, en ese mismo trabajo, este autor afirma que en el artículo 2.2 de la Ley 52/1984, de 26 de diciembre, de indemnizaciones estatales por los daños causados a medios de transporte extranjeros, cuando se establece que el Estado podrá recuperar de las compañías aseguradoras de las víctimas las cantidades satisfechas, «se deja claro que el asegurador debe asumir los riesgos a que se ha comprometido (y, por ende, que la compensación que pague el Estado español no debe beneficiar a quien se haya resarcido ya a través de las primas correspondientes)» (*op. cit.*, p. 131, nota núm. 34).

³⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, p. 252, nota núm. 17 (idea reiterada en la p. 253). Como es sabido, la Administración fue condenada, en el caso del petrolero Urquiola, por el anormal funcionamiento del servicio público de cartografía marina y de información sobre el mar y el litoral (el naufragio se produjo por un error en las cartas náuticas de la zona).

particulares y asumir gratuitamente el riesgo de que la actuación correcta de la Administración (el funcionamiento normal de los servicios públicos) genere daños. Permitir que las aseguradoras recuperen de la Administración lo indemnizado en concepto de daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos significa reducir extraordinariamente (teniendo en cuenta que la responsabilidad objetiva de la Administración alcanza, incluso, a sus omisiones) el riesgo asumido por ellas en el desarrollo de su actividad empresarial, el riesgo que constituye, precisamente, su objeto. De ser aplicado verdaderamente por los tribunales el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración, las aseguradoras privadas de daños sólo servirían, en un número ingente de casos (aquellos en que el daño fuera imputable a las Administraciones públicas), de intermediarias entre la Administración y la víctima, de intermediarias que se limitarían a adelantar a sus asegurados la indemnización, incrementando enormemente los costes de gestión (los costes terciarios) del entero sistema.

Pero la solución, a mi juicio, no pasa, como se ha propuesto⁴⁰⁰, por impedir que las compañías aseguradoras tengan derecho a ejercer la acción de responsabilidad contra la Administración. Esta solución, que requeriría la intervención del legislador y la modificación de la normativa que actualmente permite que las compañías aseguradoras recuperen lo satisfecho de quienes sean civilmente responsables, comportaría un aumento significativo de las primas a satisfacer por los asegurados, abriría una disparidad de régimen difícilmente justificable (¿por qué razón cuando el daño proviene de la Administración deben carecer las aseguradoras de acción de repetición y no, en cambio, cuando proviene de un particular?), generaría enormes problemas prácticos (¿qué ocurriría, p. ej., cuando el daño fuera imputable, conjuntamente, a la Administración y a un particular?) y, sobre todo, llevaría —en el caso de que no se permitiera a las víctimas aseguradas reclamar indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración y acumu-

⁴⁰⁰ Así, p. ej., MONTORO, con distintos argumentos (MONTORO CHINER, María Jesús, «L'assegurament de la responsabilitat...», *op. cit.*, pp. 24-27).

larla a la percibida de su compañía aseguradora— a una insoponible irresponsabilidad administrativa (que alcanzaría no sólo al funcionamiento normal de los servicios públicos, sino, también, a su funcionamiento anormal) por la sola razón de encontrarse la víctima asegurada; irresponsabilidad administrativa inadmisibles porque significaría renunciar, prescindir de la prevención y el control que aporta, como hemos visto y veremos aún, la responsabilidad civil y, en particular, la responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

La solución pasa, en mi opinión, por limitar el alcance de la responsabilidad civil de la Administración española. Si la responsabilidad de la Administración deja de ser objetiva en todos y cada uno de sus ámbitos de actuación, la colectividad dejará de subsidiar a las aseguradoras privadas, que volverán a asumir el riesgo que les es propio y que asumen en toda Europa: el riesgo de que el funcionamiento normal de los servicios públicos genere daños no será ya —siempre— asumido por la colectividad, sino por las aseguradoras privadas. Esta solución evita los problemas de la anteriormente expuesta, consistente en mantener el sistema con su alcance actual y negar el acceso al mismo a las compañías aseguradoras. Con una responsabilidad administrativa más limitada desaparecen o —al menos— se atenúan enormemente las reticencias que pueda plantear la acción de repetición ejercida por una compañía aseguradora⁴⁰¹.

Lo que el —razonable— rechazo de los administrativistas españoles a la resarcibilidad de las compañías de seguros pone

⁴⁰¹ Aceptar la acción de repetición de las compañías aseguradoras en los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos tiene aspectos positivos que conviene tener en cuenta: además de impedir la irresponsabilidad administrativa y fomentar, así, la prevención de daños y el control de la actuación de la Administración, la atribución de la acción de repetición a las compañías aseguradoras redundará en una disminución de las primas que beneficia a sus asegurados. Si, en efecto, las aseguradoras pueden recuperar parte de lo indemnizado a sus asegurados ejercitando la acción de repetición contra la Administración, las primas podrán ser menores. Por otro lado, no parece que entre los riesgos que deben acabar soportando las compañías aseguradoras deba incluirse el funcionamiento anormal de los servicios públicos; si no deben soportar la actuación culposa de los particulares, no veo por qué tendrían que soportar la actuación culposa de la Administración.

de relieve, en el fondo, es que la amplitud que se quiere conceder al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (en concreto, a las hipótesis de responsabilidad por el funcionamiento *normal* de los servicios públicos) depende, en gran medida, de quién aparezca como víctima, o, mejor, de quién vaya a obtener la indemnización pública. Si se trata de indemnizar a un particular desvalido, nadie o casi nadie duda que deba nacer la responsabilidad administrativa, incluso en ausencia de toda anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos; si, en cambio, se trata de indemnizar a un sujeto económicamente poderoso, como una compañía de seguros, la disposición a ampliar el alcance de la responsabilidad administrativa mengua drásticamente. Ello es perfectamente comprensible. Y justo. Pero pone de manifiesto que la responsabilidad civil de la Administración es utilizada como forma de solidaridad con las víctimas, como vehículo de redistribución de renta. Pone de manifiesto, en definitiva, que la responsabilidad por el funcionamiento *normal* de los servicios públicos (la responsabilidad objetiva de la Administración) es manejada a menudo como una herramienta de *seguridad social*. Y la responsabilidad civil, como hemos visto y veremos todavía, no es apta para tales cometidos.

El análisis de las dudas que suscita la resarcibilidad de las aseguradoras privadas nos ha permitido encontrar un buen *test* de la responsabilidad patrimonial de la Administración, un buen *test* de cuál debe ser su alcance, qué debe quedar incluido en la órbita de la responsabilidad y qué debe quedar fuera, siendo asumido por instituciones fronterizas como la seguridad social: la responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir, debe reparar aquellos daños que parece deben ser reparados con independencia de la situación del destinatario de la indemnización (con independencia de que el destinatario sea rico o pobre); en aquellos casos en que el nacimiento de responsabilidad administrativa parezca que debe depender de la situación en que se encuentre el destinatario de la indemnización (si se encuentra necesitado, habrá derecho a indemnización, pero no si se trata de un sujeto económicamente poderoso —como, señaladamente, una compañía de seguros—) nos encontraremos, en realidad,

ante una hipótesis merecedora, eventualmente, de seguridad social, pero no de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Este test pragmático permite explicar, p. ej., por qué debe nacer la responsabilidad de la Administración cuando un agente administrativo causa un daño dolosamente a un tercero: la Administración, en un caso semejante, debe indemnizar aunque quien aparezca como reclamante no sea la víctima sino su compañía de seguros; del mismo modo que la aseguradora no está obligada a soportar el dolo —la mala fe— de su asegurado (artículo 19 LCS), tampoco parece que deba asumir el riesgo de que terceros actúen dolosamente, estando plenamente justificada su acción de regreso contra la Administración (sería inadmisibles, además, que ni la Administración ni —luego, internamente, en vía de regreso— el concreto agente respondieran). Permite explicar, asimismo, por qué no debe nacer la responsabilidad de la Administración (sin perjuicio de las compensaciones que la Seguridad Social pueda prever) en supuestos en que el servicio público ha funcionado correctamente: en el famoso caso de los aneurismas gigantes ⁴⁰², p. ej., donde el servicio público de asistencia sanitaria funcionó de forma correcta, muy posiblemente no se hubiera condenado a la Administración si quien hubiera reclamado la responsabilidad hubiera sido la compañía aseguradora de la víctima; ello hubiera sido perfectamente justificado: las compañías de seguros deben asumir el riesgo de que sus asegurados sufran daños como consecuencia de actuaciones sanitarias impecables desde el punto de vista de la *lex artis*.

3.9. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN ES INSOSTENIBLE ECONÓMICAMENTE. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL NO PUEDE ERIGIRSE EN EL CRITERIO DETERMINANTE DEL VOLUMEN DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Llegamos aquí al que seguramente ha sido el argumento más utilizado en contra de la responsabilidad objetiva global de la

⁴⁰² STS (Sala 3.ª) de 14 de junio de 1991 (Ar. 5115), antes citada.

Administración española: un sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración es —potencialmente— inasumible económicamente. En otras palabras: es demasiado caro ⁴⁰³.

Los partidarios del sistema vigente replican que ello no es cierto, que la responsabilidad patrimonial de la Administración española es objetiva desde hace más de cuarenta años y no ha sido nunca inasumible económicamente. Aportan, en su defensa, datos sobre el montante de las indemnizaciones satisfechas en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración que así lo acreditan. Y concluyen que el problema ha venido de algunas sentencias aisladas que han interpretado mal el sistema vigente y lo han llevado más allá de sus fronteras, de unas fronteras perfectamente delimitadas que no amenazan al presupuesto de las Administraciones públicas ⁴⁰⁴.

En mi opinión, el carácter potencialmente inasumible de un sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración es indiscutible. El sistema español no es ni ha sido, de momento, especialmente caro ⁴⁰⁵. Seguramente es y ha sido, incluso,

⁴⁰³ Por todos, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, pp. 239, 248, 249, 251 y 252. Antes de él, habían apuntado el peligro que para el erario público podía representar el sistema vigente (o, al menos, su interpretación extensiva) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Sobre los límites de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 647, y NIETO GARCÍA, Alejandro, «Prólogo», *op. cit.*, pp. 17-18.

El argumento económico (la excesiva onerosidad de la responsabilidad objetiva) es también alegado habitualmente en el extranjero para oponerse a ulteriores ampliaciones de las hipótesis de responsabilidad objetiva de la Administración. Así, p. ej., en Francia, DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, pp. 343-344; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», *op. cit.*, pp. 73-74.

⁴⁰⁴ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Responsabilidad de los médicos...», *op. cit.*, pp. 212 y 220-221; LEGUINA VILLA, Jesús, «Prólogo», *op. cit.*, pp. 16-17, y, en 1984, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 4-5 (Prólogo a la reedición de 1984).

⁴⁰⁵ He aportado y analizado los datos relativos al montante indemnizatorio que ha tenido que afrontar el Servicio Catalán de la Salud en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 33-38. En 1996, la prima de la póliza del seguro de responsabilidad civil suscrito por el Servicio Catalán de la Salud ascendió —sólo— a 390 millones de pesetas.

barato ⁴⁰⁶. Pero lo ha sido porque la jurisprudencia, sencillamente, no lo ha aplicado ⁴⁰⁷. La jurisprudencia siempre —o casi siempre— trata de identificar un funcionamiento anormal de los servicios públicos que justifique el nacimiento de responsabilidad administrativa. Y responsabilidad objetiva significa responsabilidad también en caso de funcionamiento perfectamente normal. En otro lugar he explorado cuáles son los límites de la responsabilidad objetiva, cuál es su alcance ⁴⁰⁸. No creo que pueda llegarse mucho más lejos en la delimitación de la responsabilidad objetiva. Ir más lejos significaría desvirtuarla, transformarla en una responsabilidad por culpa o antijuricidad. Y la responsabilidad objetiva así entendida, así configurada y delimitada, es muy amplia ⁴⁰⁹. Tanto, que puede considerarse, sin exagerar, que, mediando relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño sufrido por la víctima ⁴¹⁰, la regla debe ser el nacimiento de responsabilidad administrativa y su exoneración la excepción.

La situación potencialmente desbordante del sistema español de responsabilidad administrativa se ve agravada enorme-

⁴⁰⁶ Comparándolo con otros sistemas de responsabilidad administrativa y hasta con lo que pagan en concepto de responsabilidad civil y en primas de seguros de responsabilidad algunos profesionales (médicos, señaladamente) en otros países.

⁴⁰⁷ Así lo he señalado en MIR PUIGPELAT, Oriol, «La reforma del sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1015; en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 38-39, y *supra*, en el epígrafe 2 del capítulo primero del presente trabajo.

⁴⁰⁸ De nuevo en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*

⁴⁰⁹ Los resultados a que aboca en el ámbito sanitario, en las diferentes fases de la actividad médico-quirúrgica, han sido expuestos (partiendo de supuestos jurisprudenciales [en los que a menudo se exoneró —incorrectamente— de responsabilidad a la Administración]) en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 266-276.

⁴¹⁰ Incluso en ausencia de relación de causalidad puede nacer la responsabilidad de la Administración. Ello ocurre en los supuestos de responsabilidad por omisión. Véase, al respecto, MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 241-244 (donde equiparó la responsabilidad por omisión de la Administración a la comisión por omisión del Derecho penal).

mente por un elemento que lo caracteriza y singulariza y que no ha sido lo suficientemente destacado por la doctrina —ni siquiera por la más crítica—: el *principio de reparación integral*. El Derecho administrativo español de responsabilidad civil, en efecto, en su afán de proteger a las víctimas, les garantiza la reparación integral de los daños que puedan sufrir ⁴¹¹. Se

⁴¹¹ El principio de reparación integral no viene impuesto por el artículo 106.2 CE (que establece que los particulares serán «indemnizados», no ya que deban ser *íntegramente* indemnizados; la cuestión, de nuevo, queda en manos del legislador). Pero se deduce del artículo 141.2 LRJPAC y su genérica remisión a las «valoraciones predominantes en el mercado»: no se imponen límites cuantitativos, sino que debe entregarse a la víctima el valor de mercado del daño por ella sufrido, sea cual sea su importe (SALVADOR CODERCH, Pablo; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «Problemas de la responsabilidad civil en Derecho español», en *Europa e dir. priv.*, núm. 2, 1999, p. 434; quienes creen, sin embargo, que ello viene matizado por la circunstancia de que el valor de mercado no sea el único criterio de valoración empleado por dicho precepto. Siendo ello cierto, no lo es menos que los otros criterios de valoración aludidos por el citado artículo 141.2 LRJPAC —los establecidos en la legislación de expropiación forzosa, en la legislación fiscal y demás normas aplicables— conducen, casi siempre, en la práctica, al valor de mercado —así, p. ej., en aplicación del artículo 43 LEF, el precepto que con mayor frecuencia se emplea en las valoraciones efectuadas con motivo de expropiaciones no urbanísticas—).

Que la responsabilidad de la Administración española queda sometida al principio de reparación integral lo afirman, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, pp. 412-415; MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...», *op. cit.*, pp. 13 y 67-76 (téngase en cuenta lo que sobre dicho autor se dirá dentro de dos notas); PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 697-698 (criticando la equiparación entre valor real y valor de mercado); SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 493; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo*, I..., *op. cit.*, pp. 666-667; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 234-236, y DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 84-85.

También la jurisprudencia defiende —al menos teóricamente— el principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad de la Administración. Baste citar, a este respecto, la STS (Sala 3.^a) de 28 de noviembre de 1998 (Ar. 10358) y las allí enumeradas. En la práctica, sin embargo, a menudo se producen situaciones de infracompensación, de reparación inferior al daño efectivamente sufrido.

trata de una muestra más de su generosidad. Pero también de su total singularidad: en Derecho civil la responsabilidad objetiva se caracteriza, precisamente, en prácticamente todo el mundo, por venir acompañada —casi siempre— de límites cuantitativos a la indemnización⁴¹².

⁴¹² En España, la responsabilidad objetiva de los particulares viene ordinariamente acompañada de límites indemnizatorios cuantitativos. Así ocurre, p. ej., en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea (artículos 117-119; la cuantía de dichos límites ha sido actualizada por Real Decreto 37/2001, de 19 de enero); en la Ley 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear (artículos 45, 52 y 57); en la LRPD (artículo 11); o en la LRSCVM (artículo 1.2 y anexo). Esta última norma, desde 1995, no sólo limita cuantitativamente las indemnizaciones por daños personales derivados de la circulación de vehículos a motor, sino que las barema. Esta introducción de baremos indemnizatorios ha des-atado, como es sabido, una encendida polémica doctrinal; los términos fundamentales de la misma (los argumentos suministrados por PANTALEÓN y el Tribunal Supremo en contra de la constitucionalidad de dichos baremos, así como la réplica de RUBIO LLORENTE) se encuentran perfectamente explicados —y ponderados— en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, op. cit., pp. 223-234. Los baremos de la LRSCVM fueron objeto, incluso, de diversas cuestiones de inconstitucionalidad, resueltas por la STC 181/2000, de 29 de junio. En ella, el Tribunal Constitucional (con la oposición de cuatro de sus componentes) ha declarado la inconstitucionalidad parcial de dicho sistema de baremos en la medida —sobre todo— en que somete a límites indemnizatorios no sólo los daños personales causados sin culpa, sino también los daños personales irrogados por culpa exclusiva de los sujetos responsables. El Tribunal Constitucional, para el que resulta injustificado (contrario al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad contenido en el artículo 9.3 CE) que la víctima deba asumir parte del daño sufrido cuando éste tenga su origen en un comportamiento culposo del sujeto responsable, ha venido así a constitucionalizar, de hecho, el principio de reparación integral de los daños irrogados de forma dolosa o imprudente. Sobre dicha sentencia, críticamente (por mantener en sus rasgos fundamentales el sistema de baremos de la LRSCVM), puede verse PINTOS AGER, Jesús, «STC de 29/6/00, sobre el baremo», en *Indret*, <http://www.indret.com>, núm. 3, 2000. La doctrina sentada en esta STC 181/2000 ha sido confirmada por las SSTC 242 y 244/2000, de 16 de octubre, 267/2000, de 13 de noviembre, y 21/2001, de 29 de enero, resolviendo todas ellas recursos de amparo (no todas ellas, sin embargo, otorgan amparo al recurrente: lo hacen sólo la 242/2000 y la 21/2001).

La sumisión de la responsabilidad objetiva a límites indemnizatorios cuantitativos es también la regla general en el Derecho civil alemán; en Alemania, además, la práctica totalidad de las normas que establecen hipótesis de responsabilidad objetiva excluye el resarcimiento de los daños morales (KÖTZ, Hein, *Deliktsrecht*, op. cit., pp. 146-147; DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, op. cit., pp. 446-447).

Con ello no quiero decir que haya que introducir límites cuantitativos a las indemnizaciones satisfechas por la Administración ni, mucho menos, que haya que baremarlas⁴¹³. Lo que en mi opinión debe hacerse, como vengo diciendo a lo largo del presente trabajo, es limitar el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa; incidir, pues, en la *imputación* de daños, no en la *cuantificación* de los mismos. Con una responsabilidad administrativa más limitada, ajustada y adaptada a las funciones que verdaderamente le corresponden, no hay ningún inconveniente en mantener el principio de reparación integral de las víctimas. Que la Administración, cuando verdaderamente deba indemnizar, indemnice de verdad.

De decidirse, por tanto, la jurisprudencia, a aplicar el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración impuesto por la normativa vigente (de decidirse, en definitiva, a aplicar la Ley, a dejar de emanar sentencias ilegales, y a dar efectividad a la insólita combinación de responsabilidad objetiva global y principio de reparación integral contemplada y deseada por el ordenamiento jurídico-administrativo español), siguiendo el ejemplo de las sentencias aisladas que ya lo han hecho —con toda corrección, debe decirse—, se disparará, sin ninguna duda, el montante indemnizatorio que las Administraciones públicas deberán satisfacer en concepto de responsabilidad patrimonial. Y se situará, a buen seguro, en magnitudes inasumibles. Téngase

Los límites cuantitativos son previstos, fundamentalmente, para facilitar el aseguramiento de la responsabilidad objetiva. Como ya sabemos, responsabilidad objetiva y seguro de responsabilidad civil forman una unión prácticamente inescindible.

⁴¹³ Como, en cambio, parece proponer uno de los más acérrimos defensores del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración y de la máxima garantía de las víctimas, JORDANO FRAGA, Jesús, «La reforma del artículo 141...», op. cit., pp. 325 y 335-336.

L. MARTÍN-RETORTILLO y MARTÍN REBOLLO se han mostrado favorables a la introducción de ponderadas limitaciones cuantitativas y baremos legales en el ámbito de la responsabilidad de la Administración, aunque parece que lo han hecho más animados por el deseo de limitar el arbitrio (y la arbitrariedad) judicial y evitar las numerosas discriminaciones que el actual sistema produce que por la voluntad de restar garantías a las víctimas y salvaguardar los intereses de la Hacienda Pública (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, «De la eficiencia y economía...», op. cit., pp. 106-108; MARTÍN REBOLLO, LUIS, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», op. cit., p. 2811).

en cuenta un solo dato: a enero de 1998, el Estado (sólo el Estado, no las Comunidades autónomas y los entes locales y sus respectivos entes instrumentales) era objeto de reclamaciones judiciales de responsabilidad patrimonial, por todos los conceptos, por un importe superior al *billón* de pesetas (concretamente, y de forma aproximada, 1.100.000.000.000 ptas.)⁴¹⁴. Esta cifra sí es importante, sí es inasumible, desmesurada. Naturalmente, muchas de estas reclamaciones deberán ser desestimadas. Pero muchas otras (la mayoría, seguramente, teniendo en cuenta la generosidad del sistema vigente) no; merecerán indemnización, indemnización integral. La actual actitud de la ciudadanía, además, tan alejada de la tradicional resignación ante los infortunios, permite pensar que la cifra de reclamaciones, lejos de disminuir, seguirá incrementándose progresivamente.

Llegados a este punto resulta inadmisibles tratar de justificar el mantenimiento del sistema alegando que la jurisprudencia ya se encargará (se seguirá encargando), aun a costa de subvertir los principios que lo inspiran, de que el mismo siga moviéndose dentro de magnitudes razonables. La tarea del juez es la de aplicar e —en la medida en que lo exija dicha aplicación— interpretar la Ley, no la de corregirla, modificarla o derogarla. Se impone, por ello, limitar la responsabilidad de la Administración. Limitación que debe provenir del legislador y que ha de servir para evitar que se llegue a la situación expuesta, a la situación a la que el régimen actual indefectiblemente aboca.

No hay duda de que el coste económico de un sistema de responsabilidad civil debe ser tenido muy en cuenta a la hora de valorar su idoneidad y la necesidad de su mantenimiento o de su reforma⁴¹⁵. Sobre todo cuando se trata del sistema de responsabilidad civil de la Administración, nutrido por recursos públicos. En la doctrina española ha sido L. MARTÍN-RETORTILLO quien

⁴¹⁴ Información aparecida en *El País* (pp. 16-17 del suplemento «Domingo») de 18 de enero de 1998.

⁴¹⁵ Así parece entenderlo, también, la doctrina española partidaria del sistema vigente de responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que no afirma que el mismo deba ser mantenido cueste lo que cueste, sino que alega, en su defensa, que no ha resultado, hasta la fecha, inasumible económicamente.

más y mejor ha insistido en la necesidad de tener en cuenta el aspecto económico y presupuestario también en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la necesidad de someter —también— a dicha institución al artículo 31.2 CE y a los principios de eficiencia y economía en la asignación de los recursos públicos⁴¹⁶.

Tratemos de imaginar un escenario en que realmente se aplicara el régimen de responsabilidad objetiva global y de reparación integral previsto por el ordenamiento jurídico-administrativo español. Ante la explosión del volumen de indemnizaciones que habría que satisfacer en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración sólo cabrían dos opciones: la primera, aumentar los recursos de la Administración, es decir, incrementar (en la medida en que la mayor parte de los recursos de la Administración provienen de los impuestos) la presión fiscal sobre los ciudadanos. Aumentando convenientemente (esto es, considerablemente) los recursos de la Administración, ésta podría hacer frente al mayor volumen indemnizatorio sin tener que reducir su volumen de actividad. Con independencia de si resulta conveniente canalizar tantos recursos públicos a través del sistema de responsabilidad administrativa⁴¹⁷, lo cierto es que el contexto liberalizador actual no parece —lamentablemente— muy propicio para aumentar la presión fiscal: actualmente, pocos partidos políticos se atreven a presentarse a unas elecciones proponiendo subidas generalizadas de impuestos. La segunda opción, más factible, sería la de reducir el nivel (el volumen, la cantidad) de actividad de las Administraciones públicas: prestar menos asistencia sanitaria, menos educación, menos asistencia social, menos actividad informativa, organizar menos eventos festivos, etc.⁴¹⁸ Replegándose, la Administra-

⁴¹⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, «De la eficiencia y economía...», *op. cit.*, p. 101 (y, en general, en todo el trabajo).

⁴¹⁷ *Infra*, en el epígrafe 3.11 del presente capítulo, veremos que no lo es.

⁴¹⁸ Ello, según DESDENTADO DAROCA, es poco probable que suceda. Para esta autora, «Es evidente que, en la mayor parte de las ocasiones, la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad no va a llevar consigo una reducción del coste de accidentes, entre otras razones, porque no se va a producir, ni los ciudadanos quieren que se produzca, una disminución del nivel de actividad administrativa que los genera, ya que ésta satisface intereses generales»

ción posiblemente podría hacer frente a la responsabilidad objetiva global contenida en la LRJPAC sin requerir mayores recursos⁴¹⁹.

El estímulo de menores niveles de actividad es visto, precisamente, como una de las principales virtudes de la responsabilidad objetiva. En efecto, como hemos visto en el epígrafe 1.2 del presente capítulo, en Derecho civil se sostiene que la responsabilidad objetiva, pese a no estimular mayores inversiones en medidas de seguridad que la responsabilidad por culpa, sí induce a reducir el nivel de actividad y, de esta forma, a reducir el riesgo de producción de daños y el número y gravedad de los mismos. En ello radica —según se dice— el positivo efecto preventivo de la responsabilidad objetiva.

¿Es deseable dicho repliegue en la actividad administrativa (en una actividad administrativa destinada a dar efectividad al carácter *social* del Estado español: artículo 1.1 CE)? Y, sobre todo —en lo que aquí interesa—, ¿el volumen de actividad de la Administración pública —su nivel de intervención, el alcance de los servicios públicos— debe depender del régimen de responsabilidad patrimonial? No. Ni la Administración ni, en general, los poderes públicos pueden abandonar determinadas parcelas presenciales, desoyendo los mandatos contenidos, sobre todo, en el Capítulo tercero del Título primero de la Constitución (mandatos derivados de la configuración de España como un Estado social); ni el nivel de intervención de la Administración española (el alcance, el volumen de los servicios públicos, de la acción administrativa; el alcance, en definitiva, del Estado social) puede depender, quedar en manos del sistema de responsabilidad patrimonial.

(DESIDENTADO DAROCA, Eva. «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, p. 552; de nuevo en la p. 553). Yo soy menos optimista: en los Estados Unidos de América, con motivo de la crisis de las aseguradoras que tuvo lugar en dicho país durante la primera mitad de los años ochenta, municipios y otros entes públicos cerraron sus piscinas, centros de juegos y hasta prisiones por miedo a la responsabilidad civil (TUNC, André, *La responsabilité...*, *op. cit.*, p. 172).

⁴¹⁹ A no ser, claro, que cupiera entender que la inactividad (el repliegue) de la Administración desencadenara su responsabilidad por omisión...

Es innegable que el coste de los daños derivados de la acción administrativa es un dato que debe tenerse muy en cuenta en el momento de fijar cuál será el alcance de la misma, en el momento de decidir dónde y en qué medida intervendrá la Administración. Pero dicho elemento, aunque importante, no puede ser el único, no puede erigirse en el criterio determinante del alcance que deba tener la acción pública. Junto a los daños potenciales de la acción administrativa deben tenerse también en cuenta los *beneficios* que la colectividad extraerá de la misma. La Administración no puede dejar de prestar un servicio público (o, en general, llevar a cabo una determinada actividad) muy beneficioso para la colectividad por miedo a no poder afrontar los daños que puedan derivarse del funcionamiento perfectamente normal del mismo. Ello nos lleva de nuevo a lo dicho en el epígrafe 3.4 del presente capítulo sobre la improcedencia de equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la actuación con ánimo de lucro de los particulares: si la imposición de responsabilidad objetiva y su efecto de obligar a reducir el nivel de actividad (y hasta de suprimir la propia actividad, eventualmente⁴²⁰) cuando no es posible asumir el coste de todos los daños que la misma (aun desarrollada de forma impecable) genera, parece razonable cuando se trata de actividades privadas (normalmente peligrosas) desarrolladas para la obtención de un beneficio (normalmente económico) particular, lo es mucho menos cuando la actividad es ejercida por la Administración para dar satisfacción al interés general y beneficiar a toda la colectividad.

⁴²⁰ Como hemos visto al ocuparnos de los argumentos suministrados en Derecho civil en favor de la responsabilidad objetiva, se considera que una de sus grandes virtudes es la de expulsar del mercado (esto es, obligar a cerrar, a suprimir la actividad) a aquellas empresas que no sean capaces de asumir el coste de los daños que generen. La responsabilidad objetiva opera, así, como un eficaz instrumento de racionalización del mercado. ¿Tiene sentido aplicar el argumento a la Administración y considerar que la responsabilidad objetiva es útil y necesaria para depurar los servicios públicos —y hasta las Administraciones públicas— que cabe abolir?

3.10. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL NO SATISFACE ADECUADAMENTE LA FUNCIÓN DE CONTROL QUE CORRESPONDE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En el epígrafe 2 del capítulo tercero hemos constatado que una de las funciones principales que debe satisfacer todo sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración es la de control del buen funcionamiento de la actividad administrativa. Allí hemos dejado formulada una pregunta: ¿Cumple adecuadamente el sistema español de responsabilidad administrativa dicha función? Ha llegado el momento de responderla. Y la respuesta es que no: el sistema español de responsabilidad administrativa no cumple adecuadamente la función de control que le corresponde. No la cumple, precisamente, porque se configura como una responsabilidad objetiva global. Como una responsabilidad totalmente independiente de cómo se ha desarrollado la actuación administrativa. Si, como sostiene la doctrina partidaria del sistema vigente, resulta indiferente, para que nazca la responsabilidad administrativa, cuál ha sido la conducta de la Administración, y sólo importa la circunstancia de que haya producido un daño, mal podrá servir la institución de la responsabilidad para controlar dicha conducta. Si la responsabilidad ha de nacer tanto cuando la Administración ha funcionado mal, como cuando ha funcionado bien, no tiene ninguna utilidad tratar de averiguar cuál ha sido su conducta. No hay nada que controlar. La responsabilidad se configura como un instrumento —casi— exclusivamente reparatorio. Y se pierde la oportunidad de atribuir a la responsabilidad civil la benéfica función de control que sirva para mejorar el funcionamiento de los servicios públicos.

Si, en cambio, el sistema de responsabilidad pasara a pivotar fundamentalmente sobre la conducta de la Administración, si a los efectos del nacimiento del deber de indemnizar no resultara indiferente que la Administración hubiera actuado bien o mal (si, en definitiva, la responsabilidad administrativa pivotara sobre la idea del funcionamiento *anormal* de los servicios públicos), la institución cumpliría satisfactoriamente con la función de control que le corresponde y que la diferencia —junto a las

funciones de prevención y de demarcación— de otras básicamente compensatorias (como la seguridad social o, en general, los fondos de compensación de daños, que ya conocemos).

Que el control de la Administración sólo puede llevarse a cabo vinculando su responsabilidad patrimonial al funcionamiento *anormal* de los servicios públicos, al desarrollo incorrecto de la acción administrativa, lo ha señalado, sobre todo, en la doctrina española, MARTÍN REBOLLO⁴²¹. Se ha insistido mucho en ello, también, en la doctrina francesa. En Francia se considera a menudo que la responsabilidad por culpa (por *faute de service*) tiene la ventaja de permitir controlar la actuación administrativa, de permitir valorar y juzgar cuál ha sido el funcionamiento de la Administración en el caso concreto y si el mismo ha respetado o no el modelo de conducta administrativa diseñado por el ordenamiento. La responsabilidad objetiva, en cambio, impediría dicho control, dejaría las manos libres a la Administración para actuar como quisiera: bajo una responsabilidad objetiva, la Administración puede hacer lo que quiera siempre que indemnice; no hay fiscalización de la Administración, sólo hay un deber de indemnización impuesto sin una previa investigación de cómo ha actuado la Administración; la condena de la Administración, bajo un régimen de responsabilidad objetiva, no lleva aparejada la reprobación inherente a la responsabilidad por culpa⁴²².

Este menor control derivado de la responsabilidad objetiva genera, a juicio de DELVOLVÉ, una relajación de la Administración y un mayor número de daños (la responsabilidad por *faute* tendría, así, un mayor efecto preventivo que la objetiva): «En un caso concreto, aisladamente considerado, la víctima de un daño

⁴²¹ MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 360-361 y 365-367. También, de hecho, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, al predicar la función de control únicamente de los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, *op. cit.*, pp. 211-212; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, II, *op. cit.*, p. 395.

⁴²² DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, pp. 341-343; LLORENS-FRAYSSE, Françoise, «Le poids de la faute...», *op. cit.*, p. 73; GUETTIER, Christophe, *La responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 115 y ss., 138-139, 167 y ss., 181-183.

encuentra evidentemente ventajoso beneficiarse de un sistema de responsabilidad sin culpa: su indemnización se ve facilitada. Le importa, sobre todo, que se le conceda reparación.

Pero, desde un punto de vista general, los administrados encuentran una protección cierta en el sistema de responsabilidad por culpa. Éste permite censurar los comportamientos condenables de las Administraciones, sobre todo aquellos que el control de legalidad es incapaz de captar. Impide los abusos; los servicios públicos no son libres de hacer cualquier cosa.

Si, al contrario, la Administración es consciente de que, sea cual sea su comportamiento, deberá responder de las consecuencias de sus actos, sin tener que temer el juicio de dichos actos, su atención se relajará inevitablemente. Teniendo asegurada igual impunidad en cuanto a su actitud e igual responsabilidad en cuanto a los efectos que la misma genere, la Administración no tendrá que preocuparse de las normas que debe respetar. Esta situación conducirá a la multiplicación de los abusos y, también, a la de los daños»⁴²³.

La necesidad de que la responsabilidad civil se configure como una herramienta de control de la Administración y del buen funcionamiento de los servicios públicos —del correcto desarrollo de la acción administrativa— justifica, por otro lado, los enormes costes de gestión y administración (costes terciarios) de la propia institución de la responsabilidad civil, en general, y de la responsabilidad por culpa, en particular. Como hemos visto en el epígrafe 1.2 del presente capítulo, una ventaja que la responsabilidad objetiva presenta sobre la responsabilidad por culpa es la de su menor coste de administración. Con independencia de que dicha ventaja sea verdaderamente tal (como se ha dicho entonces, es muy posible que una responsabilidad objetiva genere un mayor número de reclamaciones y, de esta forma, mayores costes terciarios que una responsabi-

⁴²³ DELVOLVÉ, Pierre. *Le principe d'égalité...*, *op. cit.*, p. 343. Para este autor, la responsabilidad por culpa y el control que la misma incorpora no benefician sólo a los administrados, en los términos —literales— acabados de exponer, sino, también, a la Administración: la responsabilidad por culpa indica a la Administración cómo debe actuar en el futuro si quiere evitar la condena indemnizatoria (*op. cit.*, p. 342).

dad por culpa⁴²⁴), los mayores costes terciarios de la responsabilidad por culpa de la Administración se encuentran perfectamente justificados por la finalidad de controlar el buen funcionamiento de la acción administrativa: el plus de coste derivado de la necesidad de examinar cuál ha sido el funcionamiento de la Administración, y si ha sido correcto o no (gastos de prueba del funcionamiento anormal de la Administración: coste de los peritos y de los peritajes, mayor tiempo requerido, etc.) es útil y sirve para controlar a la Administración, no es dinero gastado en vano. Los —teóricamente— superiores costes terciarios de la responsabilidad por culpa aparecen así como mucho más útiles y necesarios que los inferiores de la responsabilidad objetiva. Vale más la pena (resulta más rentable), pues, gastar en (instaurar una) responsabilidad por culpa que en responsabilidad objetiva: la primera, además de indemnizar a la víctima (cuando proceda), permitirá controlar a la Administración; la segunda, —quizá— un poco más barata, sólo servirá para indemnizar.

Que la responsabilidad objetiva no sea apta para controlar a la Administración no es, a mi modo de ver, un defecto menor que pueda ser compensado con otras —supuestas— virtudes de este tipo de responsabilidad. Como he tratado de explicar en el capítulo precedente, la función de control es fundamental en la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un sistema de responsabilidad patrimonial que no sirva para controlar a la Administración y el correcto desarrollo de su actividad pierde, a mi juicio, su justificación, su razón de ser, y merece ser sustituido por otros mecanismos públicos de compensación de daños (fondos públicos ajenos a la idea de responsabilidad) que indemnizan más deprisa y de una forma más económica (con menores costes de gestión). Se entiende, así, que el argumento trazado en el presente epígrafe en contra de la responsabilidad objetiva global de la Administración (en contra del sistema vigente en España) sea uno de los más importantes, de los más convincentes.

⁴²⁴ Para DESDENTADO DAROCA los costes terciarios son mayores bajo un régimen de responsabilidad objetiva de la Administración que bajo una responsabilidad por culpa (DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, p. 553).

3.11. LA RESPONSABILIDAD CIVIL NO ES UN BUEN INSTRUMENTO DE CANALIZACIÓN DE LA SOLIDARIDAD SOCIAL: LA FUNCIÓN REDISTRIBUTIVA NO CORRESPONDE A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, SINO A INSTITUCIONES DISTINTAS, COMO LA SEGURIDAD SOCIAL

Es un lugar común en la doctrina administrativista española partidaria de la responsabilidad objetiva global de la Administración afirmar que la misma se justifica, en último término, por razones de *solidaridad*. El sistema de responsabilidad objetiva global resulta —se dice— más solidario con las víctimas de la actuación administrativa porque les garantiza indemnización en un número mayor de supuestos. El sistema de responsabilidad objetiva sería, así, más *progresista* que otro dotado de un alcance más limitado. Con ello se trata de fundamentar el régimen de responsabilidad vigente mediante un argumento claramente ideológico, argumento que pretende ser definitivo y que, en efecto, parece haber calado muy hondo en la doctrina de nuestro país ⁴²⁵.

Dicho argumento es, por supuesto, fácilmente rebatible por quien parta de premisas ideológicas opuestas. Quien, desde planteamientos conservadores, abandere el Estado mínimo o, al menos, una reducción de su actual tamaño, y niegue la necesidad de que la colectividad se muestre solidaria con las víctimas de la actuación administrativa, no tendrá inconveniente —ideológico— en defender sistemas de responsabilidad administrativa más modestos (y menos caros; es decir, que requieran una menor presión fiscal para su sostenimiento); o, incluso, la propia supresión de la responsabilidad administrativa y su sustitución por un sistema de seguros privados suscritos voluntariamente por las víctimas potenciales (sistema en el que quienes sufran daños sin

⁴²⁵ La vinculación del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración española a la solidaridad y, en general, al progresismo ideológico explica, a mi modo de ver, en gran medida, que hayan tardado tanto en producirse las reacciones críticas que ahora dividen a nuestra doctrina: durante muchos años, cuestionar el sistema vigente de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido casi tanto como poner en duda el carácter social del Estado español.

haber suscrito póliza de seguro y carezcan de recursos para hacerles frente dispondrán, únicamente, de la *caridad ajena*).

Constituye, ciertamente, una contradicción flagrante defender, al mismo tiempo, el adelgazamiento del Estado (tan en boga en esta época nuestra de privatizaciones, de exaltación capitalista —tras el desmoronamiento del socialismo real— y de globalización) y la necesidad de mantener sistemas de responsabilidad administrativa tan amplios como el de nuestro país ⁴²⁶.

¿Puede, sin embargo, ser rebatido desde una postura ideológicamente progresista, que erija a la solidaridad en motor de la acción pública y en único contenido posible de la cláusula de Estado social recogida en el artículo 1.1 CE?, ¿cabe, en definitiva, una limitación de la responsabilidad civil de la Administración pública que no merezca ser tachada de regresiva o, al menos, ideológicamente conservadora?

Por supuesto. El progresismo ideológico no sólo permite sino que *obliga* a limitar el alcance actual de la responsabilidad patrimonial de la Administración española. ¿Por qué? Porque la institución de la responsabilidad civil no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad, no es una buena herramienta redistributiva. Los recursos públicos son limitados, y su asignación masiva a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración (como ocurre actualmente —mejor: como ocurriría si el sistema se aplicara verdaderamente— en España, donde la responsabilidad de la Administración es tan amplia) sólo perjudica a la solidaridad y a la redistribución de renta: destinar gran parte de los recursos públicos a la responsabilidad patrimonial significa no destinarlos a otras instituciones que sí son aptas para realizar las ideas de solidaridad y redistribución; significa, en definitiva, desviar los recursos públicos del flujo de la solidaridad y la redistribución.

La institución de la responsabilidad civil no es un buen instrumento de canalización de la solidaridad, no es una buena herramienta redistributiva porque sólo tiene en cuenta el daño producido y su magnitud (además, por supuesto, del comportamiento

⁴²⁶ Así lo ha apuntado, certeramente, MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 370-371.

del sujeto a quien pretende trasladarle su coste), no otros factores como la situación socio-económica de la víctima y de su entorno; se muestra, por ello, insensible —indiferente— ante los más necesitados, no llevando a cabo la discriminación positiva exigida por la idea misma de solidaridad: beneficia por igual (actúa por igual frente) a ricos y a pobres, a necesitados y a no necesitados. La responsabilidad civil garantiza indemnización a unos y otros. Indemnización que, por supuesto, no será la misma en uno y otro caso: el más rico, en el ámbito de la responsabilidad civil, recibirá una indemnización mayor que la que pueda recibir el más pobre⁴²⁷. La diferencia entre lo que una víctima rica y una pobre percibirán será ya astronómica si, como sucede en el sistema español de responsabilidad administrativa —y es consustancial, de hecho, a la institución de la responsabilidad civil, salvo en el ámbito de la responsabilidad objetiva—, rige el principio de reparación integral y no se limitan cuantitativamente las indemnizaciones⁴²⁸.

Ello no es más que la confirmación del puesto central que ocupa el daño en la institución de la responsabilidad civil: la cuantificación de la indemnización depende exclusivamente —o casi— del daño sufrido y de su entidad, no de la *necesidad* de la víctima. A mayor daño, mayor indemnización, con independencia de la necesidad. De hecho, puede decirse que la cuantía de la indemnización que ofrece la responsabilidad civil es, en realidad,

⁴²⁷ Ello es evidente y no requiere mayores demostraciones: si un policía, p. ej., dispara por equivocación a un acaudalado notario y a un peón de obra, produciéndoles idénticas heridas, la indemnización que la Administración deberá pagar al notario en concepto de responsabilidad patrimonial será mucho mayor que la que entregará al peón, puesto que el lucro cesante del primero (es decir, lo que dejará de ganar durante su período de convalecencia) es muy superior al del segundo.

⁴²⁸ Piénsese en el siguiente ejemplo: un conductor rico y uno pobre tienen un accidente en el mismo punto kilométrico de una carretera mal señalizada. El primero conducía un coche de lujo recién salido del concesionario valorado en 15 millones de pesetas y el segundo un modesto y viejo utilitario de un valor de 150.000 pesetas. La responsabilidad civil obliga a indemnizar a ambos conductores. El principio de reparación integral conlleva que el primer conductor reciba una indemnización de (al menos: parte de la base de que el único daño sufrido por ambos conductores es la destrucción total de su vehículo) 15 millones de pesetas y el segundo una de —sólo— 150.000 pesetas. El conductor rico percibirá, pues, de las arcas del Estado, una indemnización 100 veces superior a la obtenida por el conductor pobre.

inversamente proporcional a la situación de necesidad de la víctima: cuanto más rica es la víctima y, por tanto, menor es su necesidad, mayor es la indemnización que percibirá.

Tras la entrada en funcionamiento de la responsabilidad civil, por tanto, el rico sigue siendo —igualmente— rico, y el pobre —igualmente—, pobre. La responsabilidad civil no efectúa, pues, redistribución alguna de renta. No redistribuye, sino que mantiene a las víctimas en su posición económica inicial⁴²⁹. No redistribuye, sino que perpetúa la posición económica de los sujetos. Por eso, asignar muchos recursos públicos a la responsabilidad patrimonial de la Administración significa asignar mucho dinero (extraído de los particulares con arreglo a criterios de solidaridad —porque inspirado en criterios de solidaridad es el sistema fiscal español, en gran medida progresivo—) a la perpetuación de las posiciones económicas individuales, impedir que dichos recursos sean utilizados para corregir las desigualdades sociales y dar efectividad a los principios de solidaridad y de redistribución de la renta.

Es por todo ello que PANTALEÓN ha llegado a afirmar que «así entendido [esto es, como lo concibe la doctrina administrativista dominante], [el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración] no es otra cosa que un *mecanismo de redistribución "per-versa" de renta*: puesto que indemnizar es restituir "al rico su riqueza y al pobre 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 verda-

⁴²⁹ Naturalmente, la responsabilidad civil no mantiene totalmente a las víctimas en su posición inicial cuando —aunque no es el caso, como sabemos, de la responsabilidad de la Administración española— no rige el principio de reparación integral y las indemnizaciones se encuentran limitadas cuantitativamente (quien sufra un daño superior a la indemnización que le conceda la responsabilidad civil —quien sea, en definitiva, infracomensado— verá menguada, obviamente, su posición económica de partida). La responsabilidad civil puede desarrollar, incluso, una —limitada— función redistributiva en el caso de que las cuantías indemnizatorias se encuentren baremadas o consistan en una cantidad fija: las víctimas con escasos recursos a menudo percibirán una indemnización superior al daño sufrido —sobrecompensación—, mejorando su posición económica de partida. Así lo parece entender, también, MARTÍN REBOLLO, LUIS, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2812.

dero seguro que representa el sistema de responsabilidad de la Administración en la concepción de la opinión dominante»⁴³⁰.

He dicho que la responsabilidad no redistribuye, sino que perpetúa las posiciones económicas, y que beneficia por igual a pobres y a ricos porque el mecanismo resarcitorio que comporta se activa por igual ante unos y otros. Pero cabe ir más allá. Cabe sostener que la institución de la responsabilidad de la Administración, en la práctica, no sólo no trata mejor a los pobres que a los ricos, sino que, incluso, llega a beneficiar más a los ricos que a los pobres: teniendo en cuenta que la posibilidad de que la propia Administración inicie de oficio el procedimiento administra-

⁴³⁰ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista...», *op. cit.*, pp. 251-252. (La cursiva es del propio PANTALEÓN.) A continuación, dicho autor pone de relieve, por un lado, que si los daños derivados del funcionamiento normal de la Administración no fueran cubiertos por la responsabilidad administrativa, y tuvieran que ser las eventuales víctimas quienes se aseguraran contra el riesgo de su producción, el mercado haría que los más ricos pagaran primas más altas que los más pobres; y, por otro, que quienes más sufrirán el eventual desmantelamiento de los servicios públicos (por el elevado coste del sistema de responsabilidad administrativa actual) serán las clases más desfavorecidas: «¿Quiénes habrán 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? 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. La existencia de una responsabilidad objetiva general de las 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”» (*op. cit.*, p. 252).

El largo párrafo transcrito evidencia que la crítica de PANTALEÓN al sistema vigente no puede ser tachada de «regresiva y neoliberal» (como ha pretendido JORDANO FRAGA [JORDANO FRAGA, Jesús, «La reforma del artículo 141...», *op. cit.*, p. 324], refiriéndose a la supuesta preferencia por el seguro de PANTALEÓN). Coincidió, por ello, con la valoración que de la misma efectúa RODRÍGUEZ PONTÓN, al calificarla de «crítica “social” del sistema de responsabilidad administrativa» (RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José, «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 415).

Este argumento contra el sistema vigente de responsabilidad administrativa ha sido nuevamente recogido en PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...», *op. cit.*, pp. 457-458.

tivo de reconocimiento de responsabilidad patrimonial⁴³¹ ha sido, hasta la fecha, prácticamente inédita, y que debe ser la víctima la que efectúe la reclamación de responsabilidad si quiere obtener indemnización por el daño sufrido; y teniendo en cuenta, por otro lado, que la vía administrativa no es a menudo suficiente para obtener indemnización (a pocos acuerdos indemnizatorios se llega en vía administrativa), debiendo la víctima acudir casi inexorablemente a la jurisdicción contencioso-administrativa y esperar muchos años⁴³² hasta ser resarcida, ¿quiénes reclamarán y finalmente se beneficiarán del generoso sistema de responsabilidad civil de la Administración española? Muy probablemente, los más pudientes (como grandes empresas —en especial, las grandes compañías aseguradoras—), quienes dispongan de los medios, el tiempo y la energía necesarios para hacerlo⁴³³. Una reclamación de indemnización ante la Administración y, luego, ante la jurisdicción, es sin duda muy larga y muy cara. No todos los ciudadanos pueden permitirse un abogado (y —tras la entrada en vigor de la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa— un procurador); y menos aún uno de prestigio que multiplique las posibilidades de éxito.

Si ello es así y los menos necesitados resultan ser quienes más aprovechan el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta no aparecerá ya sólo como una institución no apta para canalizar la solidaridad (como una institución

⁴³¹ Posibilidad prevista, como es sabido, en el artículo 142.1 LRJPAC y desarrollada por el artículo 5 RRP.

⁴³² Casi treinta y un años ha tenido que esperar (debido a la inactividad de la Administración), p. ej., un particular a quien el Tribunal Supremo, mediante la STS (Sala 3.ª) de 9 de marzo de 2000 (Ar. 2468), ha reconocido finalmente su derecho a indemnización.

⁴³³ En este sentido NIETO GARCÍA, Alejandro, «Prólogo», *op. cit.*, p. 18: «el resarcimiento sólo corresponde a unos pocos, a quienes poseen tenacidad y resistencia económica suficiente para soportar unos procesos interminables y costosos». Díez-PICAZO, a su vez, afirma que «La experiencia demuestra que la regulación de los daños que se encuentran socializados y que son pagados por las Administraciones Públicas, por la vía de la llamada responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos, beneficia por regla general a las clases medias que no son las menos favorecidas» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 188-189).

de algún modo neutral), sino que deberá ser vista como una herramienta de sutil ensanchamiento de las diferencias sociales.

Tratar de vehiculizar la solidaridad a través de la institución de la responsabilidad administrativa puede llevar, por otro lado, a conculcar el principio de igualdad, ya que la misma sólo permite cubrir a quienes sufran daños como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, y no a quienes sean víctimas de daños semejantes *al margen* de dichos servicios públicos ⁴³⁴.

Si, como acabamos de ver, la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración no constituye un mecanismo adecuado de articulación de la solidaridad y la redistribución, ¿cómo pueden lograrse —alcanzarse— dichos principios en el marco de los daños generados por la acción pública? La respuesta es clara: a través de su alternativa más importante, la *seguridad social*. Seguridad social en su sentido más amplio, comprensivo de los fondos públicos de compensación de daños ⁴³⁵. Si, en efecto, se quiere dar una respuesta solidaria, redistributiva y progresista al problema de las víctimas de la acción pública no debe alimentarse más y más la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que conviene ampliar la cobertura de la seguridad social.

Porque la seguridad social permite una adecuada redistribución de renta y puede ser diseñada por el parlamento en atención a las dotaciones presupuestarias y de forma planificada y paralela a las variables exigencias sociales ⁴³⁶. La seguridad social, a diferencia

⁴³⁴ Así lo ha sabido ver DESDENTADO DAROCA, que pone el ejemplo de las ayudas concedidas por el D-Ley 9/1993, de 28 de mayo, a quienes fueron contagiados por el virus del SIDA *en centros públicos*: «si la sociedad quiere mostrar su apoyo y ofrecer su ayuda económica a las víctimas del contagio fortuito de SIDA no parece lógico limitar las indemnizaciones con cargo a los fondos públicos únicamente a aquellas personas que se contagiaron en los hospitales públicos como hizo el Real Decreto-ley 9/1993» (DESDENTADO DAROCA, Eva, «Reflexiones sobre el artículo 141.1...», *op. cit.*, p. 554).

⁴³⁵ Como, p. ej., los regímenes de ayudas a las víctimas del terrorismo o de delitos violentos y contra la libertad sexual, más arriba aludidos.

⁴³⁶ Debe compartirse, en mi opinión, lo que TRIMARCHI opone a quienes han fundamentado la responsabilidad civil en el principio de *richesse oblige* y han defendido que el hecho lesivo (y la responsabilidad civil) sirva de ocasión para llevar a cabo una transferencia de riqueza de las clases más ricas a las más

de la responsabilidad civil, no indemniza cuando se produce un daño, sino cuando se produce una situación de necesidad. Por ello, a diferencia de aquella, no concede más al rico que al pobre, sino todo lo contrario: atiende sólo a quienes realmente lo necesitan ⁴³⁷; no indemniza tras años de pleitos y gastos y sufrimiento y empeoramiento del daño inicialmente irrogado, sino de forma rápida, barata y automática, con unos costes de administración menores que los que tiene todo sistema de responsabilidad civil ⁴³⁸.

La extensión de la seguridad social a —algunos de— los supuestos actualmente cubiertos por la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración no plantea ningún problema: si la seguridad social —en España y en todos los paí-

necesitadas: «a mí me parece que, si verdaderamente se quieren atenuar las disparidades económicas entre las clases sociales a través de transferencias de riqueza de unas a otras, ello debe ser realizado de forma sistemática y coherente, no de forma esporádica, dominada por la ley del caso concreto, y que no tiene el carácter de planificación social» (TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, *op. cit.*, p. 29).

⁴³⁷ Como señala ENGLARD, «La diferencia fundamental entre la responsabilidad [civil] individual y la seguridad social reside en sus objetivos generales: la primera persigue restaurar a la víctima [...] en su situación anterior; la segunda propone [...] alcanzar una más equitativa distribución de la riqueza en la sociedad. En otras palabras, la responsabilidad civil [*tort law*], bajo la presión del principio formal de justicia correctiva, persigue la total restauración de la víctima en su posición anterior, aunque ello signifique atribuir riqueza a los ricos. La responsabilidad civil, además, compensa a la víctima no sólo por sus pérdidas actuales, sino también por las futuras, de acuerdo con su originario —ahora perdido— potencial físico y mental. Por su parte, la seguridad social, guiada por la idea de justicia distributiva de la igualdad social, aspira a reponer a la víctima necesitada en una posición igualitaria y socialmente aceptable (ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, p. 113).

⁴³⁸ Según ENGLARD y VON HIPPEL, los costes de administración de la seguridad social son menores que los de la responsabilidad civil y los de las aseguradoras privadas (ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 112 y 118, nota núm. 13; VON HIPPEL, Eike, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.). Existen estudios que así lo acreditan: según la *Pearson Commission*, el coste de gestión, en la responsabilidad civil, representa, aproximadamente, el 85 por 100 del valor de la compensación satisfecha, mientras que, en la seguridad social, sólo —de forma aproximada— el 11 por 100 (ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, p. 118, nota núm. 13).

De este modo, un sistema de seguridad social no sólo distribuye los recursos de una forma más justa, sino, también, de una forma más barata (de manera que más recursos públicos podrán ser destinados a quienes lo necesiten).

ses en que existe— cubre ya situaciones de necesidad que ninguna vinculación tienen con la Administración pública, con mayor razón podrá —y deberá— amparar las que se deriven causalmente de la acción pública, las que produzca el funcionamiento normal de los servicios públicos.

A la vista de las ventajas sociales (mayor solidaridad y redistribución) y hasta económicas (menores costes de administración) de la seguridad social, ¿queda algún espacio para la responsabilidad civil de la Administración, o ésta debe desaparecer y ser sustituida por mecanismos de seguridad social? ⁴³⁹ En mi opinión, no hay duda de que la responsabilidad patrimonial debe subsistir. Pero en términos más acotados. En los términos que verdaderamente correspondan a sus funciones. La responsabilidad civil de la Administración debe ser mantenida, por tanto, sólo en la medida en que sirva a la reparación y prevención de daños, al control de la Administración y a la demarcación de sus conductas. La seguridad social repara y redistribuye la renta. Pero ni tiene efecto preventivo ni permite controlar ni demarcar las conductas de la Administración. La reparación que ofrece la seguridad social es, además, forzosamente parcial. Su cobertura va dirigida a muchos ciudadanos, y las limitaciones presupuestarias no permiten que los mismos reciban de ella un resarcimiento integral (la seguridad social indemniza, sobre todo, los daños personales; raramente puede hacer frente a los patrimoniales; y casi nunca repara los morales). La responsabilidad patrimonial de la Administración puede superar estos déficit funcionales de la seguridad social y servir a los objetivos de la reparación integral, de la prevención, del control y de la demarcación. ¿Y dónde puede realizar conjuntamente dichos cometidos (¿dónde conviene mantener la responsabilidad civil de la Administración?)? La respuesta, de hecho, ya la he adelantado en epígrafes precedentes ⁴⁴⁰: en el ámbito, principalmente, del funcionamiento *anormal* de la Administración.

⁴³⁹ Del mismo modo que, en su momento (como hemos visto *supra*, en el epígrafe 1.1 del presente capítulo), se llegó a proponer la sustitución de la responsabilidad civil de los particulares por mecanismos compensatorios de seguridad social.

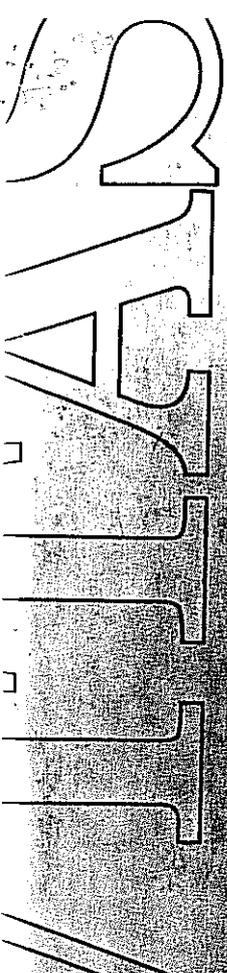
⁴⁴⁰ Sobre todo, en el epígrafe 3.10, al examinar cuándo se satisface y cuándo no la función de control de la Administración pública.

La supresión general de la responsabilidad civil de la Administración y su sustitución por mecanismos compensatorios de seguridad social encontraría, además, obstáculos constitucionales insalvables. Atentaría contra los artículos 9.3, 121, 149.1.18 y —sobre todo— 106.2 CE, y contra la propia concepción constitucional de la Administración pública que dichos preceptos perfilan: la Administración española pasaría a ser una Administración *irresponsable*. En términos más generales puede decirse que, del mismo modo que la cláusula de Estado *social* (artículo 1.1 CE) impone la existencia de seguridad social, de una seguridad social amplia, justa y generosa, la cláusula de Estado *de Derecho* (también recogida en el artículo 1.1 CE) exige el sometimiento de la Administración (de los poderes públicos) a responsabilidad extracontractual: la sumisión de la Administración española al Derecho se pone de manifiesto no sólo en su actuación (jurídica y material), sino, también, en su sometimiento a responsabilidad civil cuando vulnere, con dicha actuación, el ordenamiento ⁴⁴¹.

Como conclusión y resumen de lo expuesto conviene retener, pues, que, contra lo que se ha dicho, limitar el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración (y poner fin al régimen tradicional español de responsabilidad objetiva global) no constituye, en sí misma, una medida regresiva, una medida contraria a los principios de solidaridad y redistribución de la renta. Antes al contrario, será una medida progresista en el caso de que los recursos públicos que libere (esto es, el dinero público que deje de ser canalizado a través de la responsabilidad patrimonial) sean destinados a ampliar y reforzar la cobertura de la seguridad social y a indemnizar a quienes realmente lo necesitan. La línea divisoria del campo que corresponde a una y otra institución (responsabilidad patrimonial y seguridad social) debe situarse en el funcionamiento anormal de los servicios públicos, en el funcionamiento anormal de la Administración ⁴⁴².

⁴⁴¹ Algunos de los argumentos que se han ofrecido en Derecho privado en contra de que la seguridad social sustituya completamente a la responsabilidad civil pueden verse en ENGLARD, Izhak, *The Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

⁴⁴² Esta íntima relación entre la responsabilidad civil (en general, y no ya sólo la de la Administración; aunque, por supuesto, no cabe olvidar que las diferencias entre la responsabilidad civil de los particulares y la seguridad social son mucho mayores que las que pueda haber entre la responsabilidad civil de la Administración y la seguridad social: mientras responsabilidad civil de la Administración y seguridad social se distinguen, básicamente, por el *des*



Oriol Mir Puigpelat
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN HACIA UN NUEVO SISTEMA

El presente libro reclama, construye y fundamenta un nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Un sistema más limitado sobre la cláusula del funcionamiento de los servicios públicos (a su vez delimitado por los contenidos y exhaustivos estándares de gestión administrativa) y que solo en supuestos excepcionales y típicos acuda a la responsabilidad patrimonial.

Pero un sistema también más generoso, más amplio y menos genérico y uniforme, que responde a la necesidad de una mayor conciencia de responsabilidad que supere la insostenible carga de la regulación actual de mínimos que obliga a la Administración a responder del hecho de existir.

El libro plantea un nuevo modelo de responsabilidad patrimonial de la Administración que se fundamenta en la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos.

El libro plantea un nuevo modelo de responsabilidad patrimonial de la Administración que se fundamenta en la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos.

IAL PONS LIBRERO Tfno.
 eedor: Fecha:00.00.0000
 erial:100638791
 I:844701715X
 PUIG,C.
 esponsabilidad patrimonial de la A.
 OS:25,84 IVA INCLUIDO



LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. HACIA UN NUEVO SISTEMA

**ORIO L MIR
 PUIGPELAT**

M O N O G R A F Í A

**ORIO L MIR
 PUIGPELAT**

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN HACIA UN NUEVO SISTEMA

Prólogo de **EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA**

